



**UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO.
DEPARTAMENTO DERECHO PÚBLICO.**

**CASUÍSMO EN DERECHO ADMINISTRATIVO: DOMINIO
PÚBLICO.**

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.**

MILENA ANDREA AEDO ZAPATA.

**PROFESOR GUÍA: DOCTORA GLADYS CAMACHO C.
SANTIAGO, CHILE.**

2006.

TABLA DE CONTENIDO:

TABLA DE CONTENIDO:.....	2
INTRODUCCIÓN :	7
CAPÍTULO PRIMERO	11
NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO.....	11
I. CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO.....	11
1). <i>Teoría francesa</i> :.....	12
2). <i>Teoría Española</i> :.....	14
II. ELEMENTOS DEL DOMINIO PÚBLICO.	17
1). <i>El Elemento Subjetivo</i> :.....	17
2). <i>El Elemento Objetivo</i> :.....	24
3). <i>El Elemento Teleológico</i> :.....	26
4). <i>El Elemento Normativo</i> :	26
III. CARACTERÍSTICAS DEL DOMINIO PÚBLICO.	27
1). <i>Inalienabilidad</i> :.....	28
2). <i>Imprescriptibilidad</i> :	31
3). <i>Inembargabilidad</i> :	33
IV. DOMINIO PÚBLICO V/S DOMINIO PRIVADO.....	34
CAPÍTULO SEGUNDO.....	38
EL DOMINIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	38
I. CONSTITUCIÓN POLÍTICA:.....	38
1). <i>Historia del establecimiento del precepto</i> :	41
II. CÓDIGO CIVIL:	46
TERCER CAPÍTULO.....	51
UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO	51
I. AFECTACIÓN:	51
II. DESAFECTACIÓN :	56
III. MUTACIONES DEMANIALES :	60
IV. USO COMÚN :	60

1). <i>Naturaleza jurídica del uso común</i> :.....	62
2). <i>Características del uso común</i> :	64
V .USO ESPECIAL:.....	65
1). <i>Permisos de uso</i> :	66
1.1) <i>Características</i> :.....	67
1.2) <i>Extinción del permiso</i> :	68
2). <i>Concesión</i> :	69
2.1) <i>Naturaleza jurídica:</i>	69
2.2) <i>Concesiones de dominio público en nuestro Derecho:</i>	73
CAPÍTULO CUARTO.....	75
TIPOS DE DOMINIO PÚBLICO	75
I.DOMINIO PÚBLICO TERRESTRE:	75
1.1) <i>Sector eléctrico (en relación al dominio público):</i>	75
1.2) <i>Sector telecomunicaciones(en relación al dominio público):</i>	81
1.3) <i>Calidad jurídica de las postaciones:</i>	83
II.DOMINIO PÚBLICO FLUVIAL Y LACUSTRE :	86
III. DOMINIO PÚBLICO AÉREO:	95
1). <i>Ley General de Telecomunicaciones, N ° 18.168, de 2 de octubre de 1982:</i>	100
2). <i>Concesiones reguladas en la Ley N° 18.838, que “Crea el Consejo Nacional de Televisión”</i>	104
CAPÍTULO QUINTO :	107
CASOS, EN RELACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO	107
CASO N°1:	107
1). <i>Legislación</i> :.....	108
2). <i>Doctrina:</i>	109
3). <i>Jurisprudencia.</i>	111
CASO N° 2:	113
1). <i>Legislación:</i>	114
2). <i>Doctrina:</i>	115
3). <i>Jurisprudencia:</i>	116

CASO N°3 :	118
1). <i>Legislación:</i>	119
2). <i>Doctrina:</i>	120
3). <i>Jurisprudencia:</i>	120
CASO N°4:	122
1). <i>Legislación:</i>	123
2). <i>Doctrina:</i>	126
3). <i>Jurisprudencia:</i>	128
CASO N°5:	131
1). <i>Legislación:</i>	132
2). <i>Doctrina:</i>	136
3). <i>Jurisprudencia:</i>	140
CASO N° 6 :	143
1). <i>Legislación</i>	144
2). <i>Doctrina:</i>	149
3). <i>Jurisprudencia:</i>	152
CASO N ° 7 :	156
1). <i>Legislación:</i>	157
2). <i>Doctrina:</i>	159
3). <i>Jurisprudencia:</i>	164
CASO N° 8	167
1). <i>Legislación:</i>	168
2). <i>Doctrina:</i>	176
3). <i>Jurisprudencia:</i>	180
CASO N° 9 :	186
1). <i>Legislación:</i>	187
2). <i>Doctrina:</i>	197
3). <i>Jurisprudencia:</i>	201
CASO N° 10 :	205
1). <i>Legislación:</i>	206

2). <i>Doctrina</i> :	214
3). <i>Jurisprudencia</i> :	218
CONCLUSIÓN:	232
BIBLIOGRAFÍA :	235

INTRODUCCIÓN :

La tradición francesa define las cosas de manera amplia, como todo aquello que no es de persona y que presta alguna utilidad a éstas. Esta idea de utilidad es el rasgo más característico de la noción de cosas. A partir de esta conceptualización surge una especie de las cosas: “*los bienes*”, que han sido definidos como “*aquellas cosas que prestando una utilidad al hombre, son susceptibles de apropiación.*” Como vemos, la noción bienes gira en torno a la apropiabilidad, determinada fundamentalmente por el clásico problema económico: la escasez, sin su existencia, no tendría sentido el derecho de propiedad.

Podemos decir, que el derecho de propiedad, es una expresión genérica, que define la relación de las personas con las cosas escasas, su uso y control. Esta relación se define por lo general de modo marcadamente individualista, ya que lo que se hace es establecer un ámbito de exclusión relativo al uso de las cosas.

Considerando el elemento de la apropiabilidad de los bienes, podemos distinguirlos, según puedan o no adquirirse por los particulares. Así, nos encontramos con la propiedad privada, instituto en el que las reglas están organizadas en torno a la idea que los recursos deben ser considerados como cosas separadas, cada una de las cuales es entregada a la decisión de un individuo determinado: “el propietario”. En el otro extremo, tenemos a la propiedad pública, en la que los bienes se encuentran regidos por un estatuto exorbitante en el que la comunidad en su conjunto, como

organización (Nación), determina cómo deben utilizarse los recursos. Es en este punto, donde aparece el Dominio público, objeto de estudio de este trabajo.

El Dominio público, es una Institución de larga data en el sistema jurídico. Encontramos sus raíces en el Derecho Romano, pero su cristalización se produce en la Edad Media. Ha sufrido múltiples transformaciones, que le han dado una nueva cara según la época de que se trate.

Su estudio corresponde al Derecho Público, más precisamente al Derecho Administrativo, es desde esta perspectiva que lo estudiaremos.

Hoy, el Dominio público juega un importante papel, pues muchas de las Constituciones vigentes en el mundo, consagran como un deber del Estado, la consecución del bien común, entendido como la mayor realización material y espiritual posible de todos y cada uno de los habitantes del país. Es en este quehacer donde el Dominio Público cumple un rol fundamental, pues constituye uno de los medios del Estado para lograr la realización del bien común.

El objetivo de este trabajo es revisar la institución del dominio público con un enfoque práctico, es decir, se examinará casuísticamente cómo recoge nuestro ordenamiento jurídico este instituto.

Para alcanzar el objetivo antes citado, se ha realizado, en el **Capítulo Primero**, un trabajo previo consistente en el repaso de la Teoría General de Dominio Público, oportunidad que permite examinar el concepto, elementos, características y realizar un paralelo con la propiedad privada.

En el **Capítulo Segundo**, se estudia la consagración del Dominio Público en nuestro Derecho, comenzando por la Constitución Política de 1980, siguiendo con el análisis de las disposiciones pertinentes del Código Civil.

El **Tercer Capítulo** se dedica, a examinar la utilización del Dominio público por los habitantes del país de manera general, y al uso privativo que puede otorgarse por el Estado. También en este capítulo se estudia la forma en que un bien se integra al Dominio público y cómo abandona este régimen.

El **Capítulo Cuarto** se refiere a la clasificación doctrinal de Dominio Público, que distingue entre Dominio Público terrestre, aéreo y acuático. En este punto se hace un análisis de nuestra legislación, en relación a un aspecto de cada uno de ellos.

Finalmente, el **Capítulo Quinto** plantea algunos casos relacionados con el tema de este trabajo. En este punto, se expondrá una situación y los antecedentes legales, doctrinales y jurisprudenciales, que digan relación con ella, y que puedan servir para resolver el problema. Esta parte del trabajo se inscribe en la propuesta metodológica del Taller de Investigación “Casuística en Derecho Administrativo” aspirando a formular una reflexión crítica sobre una de las instituciones del Derecho público de especial relevancia como la del Dominio Público. El enfoque práctico que se declara, busca detectar y analizar los problemas que se generan en la aplicación de este instituto a fin de exponer casos que contengan situaciones que obliguen a la utilización de estrategias y combinaciones nuevas para su resolución.

De este modo, la formulación de casos - problemas acompañada del material (legislativo, doctrinal y jurisprudencial) relevante para su resolución, pretende constituir un aporte al material pedagógico para la enseñanza práctica del Derecho Administrativo.

Debemos señalar que en general, el instituto del Dominio público, ha sido tratado de manera profusa y poco profunda por nuestra doctrina, de tal manera que en algunos de los casos que se presentan ha habido la limitación de atenerse a la exposición de doctrina comparada y al análisis de nuestra legislación.

CAPÍTULO PRIMERO:

NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO.

I. CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO.

En Chile, existe una diferenciación básica de los bienes del Estado que los clasifica en bienes fiscales y bienes de dominio público. En el primer caso, los bienes fiscales integran el patrimonio privado del Estado y si bien están sujetos a un régimen jurídico especial contenido en el Decreto Ley N° 1.939 de 1977, “Sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado”, se reconoce que el Estado posee sobre estos bienes un título de propiedad que se desenvuelve en la esfera de los bienes apropiables cuya regulación general está contenida en el Código Civil. Por otra parte, sobre los bienes nacionales de uso público el Estado no poseería un título de propiedad sino que este universo de bienes son los que constituirían el dominio público, noción sobre la que se enfoca el presente trabajo y a la que se hará referencia exclusiva a lo largo de él.

La definición de dominio público, está determinada fundamentalmente por momentos históricos, ya que la forma de entender esta noción no siempre ha sido la misma. El concepto de dominio público proviene de la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia.

Encontramos su raíz en el Derecho romano, aunque bastante difusa, pero su sistematización comienza en Francia.

No existe un concepto de dominio público, sino varias teorías que se pronuncian acerca de ello, basándose en distintos parámetros. En este trabajo analizaremos someramente las de mayor importancia y aceptación tanto por la doctrina extranjera como nacional, las agruparemos según el país en que se desarrolla la noción.

1). Teoría francesa :

El Código Civil francés, privatizó el dominio público, es decir, equiparó a la propiedad privada, frente a esta posición el jurista Víctor Proudhon elaboró la llamada “*primera teoría del dominio público*” cuyo objetivo es afirmar las diferencias entre dominio público y privado.

En su concepto el dominio público no es un derecho de propiedad, sino que se trata de un conjunto de bienes que el Estado administra y sobre los que tiene un deber de conservación, como representante de los intereses generales de la sociedad, “*el dominio público se compone de los bienes y derechos que detenta el Estado, en nombre de todos; él los protege a título de alta protección con la condición de que se aprovechen todos aquellos que viven en el territorio.*”¹

Desde esta perspectiva el dominio público emana de la soberanía del Estado, la que se concreta en este caso, en la potestad de administrar los bienes que por mandato de la Ley están destinados al uso de todos los habitantes.

¹ MONTT, Santiago. Memoria de prueba: El dominio público: estudio de su régimen especial de protección y utilización. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001.P.109.

En Chile esta doctrina fue seguida por civilistas como don Luis Claro Solar y don Leopoldo Urrutia, además de administrativistas como Enrique Silva Cimma, quien en su obra Derecho Administrativo, del año 1959 nos dice *“cabe preguntarse, ¿cuál es la naturaleza del derecho que el Estado o las Municipalidades tienen sobre estos bienes, en su carácter de personeros de la Nación desde el punto de vista territorial, tanto en el aspecto comunal como nacional?... La verdad es que, como hemos dicho en otra oportunidad, al Estado o las Municipalidades sólo corresponde la tuición, guarda y administración de dichos bienes pero en manera alguna el dominio de los mismos, cuyos atributos, exclusividad, perpetuidad, etc...están entregados a todos los habitantes de la República, con las limitaciones naturales relativas al uso y goce de ellas.”*²

Como reacción a la teoría antes referida el también jurista francés Maurice Hauriou, Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, plantea la denominada doctrina *“patrimonialista del dominio público,”* de acuerdo a la cual los bienes que integran el dominio público son objeto de una propiedad administrativa, que presenta las mismas particularidades que la propiedad del Derecho Civil. Señala que las diferencias entre ellas son meramente procedimentales y no de naturaleza jurídica, el problema se reduce a que *“mientras el dominio privado es administrado por procedimientos de la vida privada, el dominio público es administrado por procedimientos de la vida pública.”*³ El aporte de la teoría de Hauriou, es su fundamentación en la destinación (afectación) de la cosa a una finalidad

² SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo, tomo dos. Santiago, Editorial Universitaria S.A,1959. P. 235.

³ MONTT, Santiago. Op cit, citando a Julio García González. P. 112.

de utilidad pública, trátase de uso público o de servicio público. Es precisamente de esa afectación a una utilización pública, de donde emanan las características distintivas del dominio público.

La teoría de Hauriou, desplazó en los países de tradición continental a la teoría de Proudhon. En Chile siguen esta doctrina Patricio Aylwin Azocar, Jorge Reyes Rivera y Manuel Jara Cristi, quien en su obra “Derecho Administrativo” dice al respecto *“a nuestro juicio, es la afectación al uso público la que sirve para diferenciar el dominio público del privado. En nuestro derecho son Bienes Nacionales de uso público aquellos que han sido afectados a ese uso por disposición de la Ley.”*⁴

2).Teoría Española :

El profesor Villar Palasí, reacciona ante la doctrina patrimonialista como antes Hauriou lo hizo ante Proudhon, elaborando la llamada teoría *“funcionalista del dominio público”* cuyas bases son la función de las cosas⁵ y el reemplazo del concepto dominio por el de potestas.

No hay explicación más clara de esta doctrina que la de R. Parejo Gamir y J.M. Rodríguez Oliver *“el dominio público, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes*

⁴ JARA Cristi, Manuel. Derecho Administrativo. Santiago, Impresos N. Avaria e hijo, Imprenta “Artes y letras,” 1943. P. 177.

⁵ MONTT, Santiago .Op cit .p. 116 “en el derecho administrativo hay un rechazo al concepto de cosa ,en el sentido en que este es generalmente aceptado en el derecho privado, siguiendo el derecho alemán. En efecto en Alemania ,el concepto de cosa se define, en el derecho privado, desde una perspectiva material y de apropiabilidad para los sujetos, en cambio, en el derecho público el mismo concepto dice relación con la función que dichos bienes pueden servir a los intereses generales; el derecho alemán es dualista: las

utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales. Más concretamente el dominio público no interesa como propiedad, sino como justificación para que la Ley atribuya determinadas facultades, y para que el Derecho Privado no llegue a absorberlo.”⁶

En Chile sigue esta doctrina Alejandro Vergara Blanco, quien señala *“a mi juicio la tesis funcionalista es una correcta línea de análisis teórico - dogmático de los bienes públicos..... Los bienes públicos son más bien unas cosas destinadas a un determinado fin, que en general debieran estar al alcance pleno de los particulares, quienes podrán usarlos en forma común o exclusiva, según su naturaleza ,bajo la administración y gestión de los poderes públicos.”⁷*

Por último, administrativistas como Luciano Parejo Alfonso y Tomás Font i Llovet, han realizado un análisis del dominio público a la luz de los deberes constitucionales y legales. En este sentido hablan del dominio público como una *“prestación asistencial objetivada”*, es decir, como la contrapartida de los deberes impuestos a la Administración en orden a otorgar determinadas prestaciones a la comunidad, de ahí que su característica es ser esencialmente mutable y dinámico.

Según Parejo Alfonso, *“el dominio público, no es algo dado, el conjunto de bienes de propiedad del Estado o de la administración pública que estos afectan a servicios o usos públicos, sino que es algo*

cosas públicas no pierden el carácter de bienes de dominio privado, porque la publicación no los transforma en *res extracommercium*.

⁶ PAREJO Gamir y J.M. Rodríguez Oliver. Lecciones de dominio público. Madrid, Editorial ICAR , 1976. P. 7.

esencialmente dinámico y no sustancial o material, cuya consistencia viene dada no por la relación a los bienes que en un momento dado lo sirven, sino en función de los cometidos propios del poder público en los que se expresan las necesidades y aspiraciones públicas.”⁸

⁷ VERGARA Blanco, Alejandro. Naturaleza jurídica de los “bienes nacionales de uso público.” Santiago, Revista Ius publicum, Universidad Santo Tomás num 3, 1999 .P.51.

⁸ PAREJO Alfonso, Luciano. “*Dominio público: un ensayo de reconstrucción de teoría general.*” Madrid, Revista de Administración pública Num 100-102, enero-diciembre 1983. P. 2404.

II. ELEMENTOS DEL DOMINIO PÚBLICO.

Como vimos en el apartado anterior, referido al concepto de dominio público, no existe una definición única, sin embargo, en cuanto a los componentes esenciales entendidos como *“contenido típico del dominio público”*⁹ unánimemente se apunta a cuatro elementos que deben concurrir simultáneamente. El primer autor en referirse a los elementos del dominio público fue Manuel Balbé en su obra *“Concepto de dominio público,”* publicada en 1945.

Miguel Marienhoff, señala al respecto *“una cosa o bien puede reunir alguno o algunos de los elementos esenciales de la dominialidad, pero eso no basta para que se le tenga como dependencia del dominio público; debe reunir simultáneamente todos los elementos. Si uno de ellos falta, aunque concurren los otros, el bien o cosa no puede ser tenido por dominical.”*¹⁰

1).El Elemento Subjetivo:

Este elemento dice relación con quién puede ser titular de dominio público. Unánimemente se dice que sólo una persona jurídica de Derecho público puede ser titular de dichos bienes, ello fundamentalmente porque sólo ellas pueden garantizar la afectación del bien de que se trate, consideración esencial en torno a la cual gira la propia conceptualización de dominio público.

⁹ MONTT, Santiago. Op cit, citando a Sánchez Morón Miguel. P. 133.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de dominio público. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960. P.51.

Se ha producido en torno a este elemento una discusión doctrinal, en cuanto a si el titular del dominio público es el Estado o la Nación. A continuación nos referiremos brevemente a lo que implica esta distinción. En primer lugar debemos señalar que nuestra Constitución Política, no da lugar a discusiones en cuanto al titular del dominio público en Chile, pues, es clara al referirse a aquellos bienes “que deban pertenecer a la Nación toda y una ley lo declare así.”

El concepto de Estado está vinculado al vocablo que lo expresa, a la realidad histórica que refleja y a las doctrinas que lo justifican; muchas son las definiciones que se han dado de Estado, así Kant lo define “ *como la reunión de una multitud de hombres que viven bajo las leyes jurídicas,*” por su parte Hans Kelsen se refiere a él señalando “ *llámase Estado al orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización*”¹¹; George Jellinek define Estado como “ *la unidad de asociación dotada originalmente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio,*”¹² desde un punto de vista jurídico se refiere al Estado como “ *la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio.*”¹³ Por su parte Jacques Maritain expone que el Estado “ *es aquella parte del cuerpo político especialmente interesada en el mantenimiento de la ley, el fomento*

¹¹ PACHECO Gómez, Máximo. Teoría del Derecho. Santiago, Editorial Jurídica, Cuarta edición, 1990. P. 600.

¹² JELLINEK, George. Teoría General del Estado. Traducción de Fernando de los Ríos. Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954. P.145.

¹³.JELLINEK. Op cit. P.147.

del bienestar común y el orden público, así como la administración de los asuntos públicos.”¹⁴

En cuanto al concepto Nación este tiene una connotación más bien espiritual, así el escritor francés Ernest Renan, en una de las mejores conceptualizaciones acerca de lo que implica Nación, expresa respecto de ella “ *la condición esencial para que una población llegue a ser una Nación es poseer glorias comunes en el pasado, una voluntad común en el presente, haber hecho grandes cosas juntos y querer hacerlas todavía.*”¹⁵

Durante la Revolución Francesa el Abate Sieyes, en su obra El tercer Estado, señala que es insostenible que la soberanía radique en el pueblo, entendido éste como la suma de los individuos franceses, pues carecía de unidad y continuidad. Sieyes reconoce como titular de la soberanía a la Nación conceptuada como “ *la unión abstracta y permanente de todos los miembros de una sociedad, pretéritos, presentes y futuros.*”¹⁶

En el seno de la Comisión Constituyente se debatió a propósito del artículo 5 inciso primero¹⁷, acerca del concepto Nación, “*el señor Silva Bascuñan señala, en este precepto se debe precisar quién, dentro de la colectividad nacional, tiene la soberanía en el sentido de cual es la voluntad que decide la marcha del poder. En este sentido, se esta empleando en el artículo 1º el concepto soberanía. En nuestra sociedad*

¹⁴ MARITAIN, Jacques. El hombre y el Estado. Traducción de Manuel Gurrea. Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1952. P.25.

¹⁵ PACHECO, Maximo. Op cit. P. 619.

¹⁶ CEA, José Luis. Tratado de Derecho Constitucional. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, tomo I,1999.p. 140.

¹⁷ “Artículo 5º” La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.”

política, quien define su orientación esencial hacia el fin común, es el pueblo.”¹⁸

El señor Bertelsen observa *“que en una democracia basada en los principios humanistas y en el reconocimiento del principio de subsidiaridad, el pueblo no entrega todo su poder al Estado, sino que reserva gran parte de él para los hombres que lo componen y para los grupos que se asocian.”*¹⁹

El señor Guzmán advierte *“que el debate sobre la soberanía nacional y la soberanía popular ha perdido importancia, inclusive dentro de la teoría del derecho político, en razón de que la soberanía ha sido perfilada como una cualidad del Estado cuyo ejercicio compete a las autoridades estatales establecidas en la Constitución...Reconoce sin embargo, que siempre se ha tratado de determinar en que sujeto o titular reside la soberanía “esencialmente,” como lo expresa la Constitución de 1925. En este terreno prefiere la expresión “la Nación,” que considera mucho más amplia y profunda que “el pueblo,” puesto que la Nación corresponde a un cuerpo moral bastante más extenso que el cuerpo elector.”*²⁰

Luego de esta corta relación acerca de las Nociones Estado y Nación, reiteramos, que de acuerdo a nuestra legislación la titularidad de los bienes demaniales corresponde a la Nación no al Estado, así lo deja claro la propia Constitución. Todo ello determinado por la finalidad de estos bienes, que es

¹⁸ ACTAS Oficiales de la Comisión Constituyente. Santiago, Gendarmería de Chile, sesión N° 48 celebrada el día 25 de junio de 1974.P. 6.

¹⁹ ACTAS Oficiales de la Comisión Constituyente. Santiago, Gendarmería de Chile, sesión N° 402, celebrada el día 14 de julio de 1978.P. 3206.

servir a la comunidad toda, creo que es posible homologar la discusión a propósito de el titular de la soberanía, a la titularidad respecto del los bienes de dominio público, dentro de lo que cabe, puesto que ella radica en todos y cada uno de los miembros de la comunidad, independientemente de su edad, de su calidad de ciudadano, o demás características propias de cada persona. Desde este punto de vista podemos entender que existen dos categorías de bienes: los bienes públicos, o bienes nacionales de uso público y los bienes privados, dentro de los cuales se encuentran los bienes estatales y los bienes particulares, la única nota distintiva entre ambos radica en que los primeros tienen como propietario al Estado.

Vergara señala a propósito de este tema “ *son bienes privados para la legislación chilena, todos aquellos que no son públicos, o sea todos aquellos “cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes,” y que pertenecen directamente a una persona, ya sea particular, o están destinados por el Estado a uno de sus organismos fiscales o son municipales.*”²¹

La importancia de determinar quién es el titular del dominio público estriba, en las atribuciones y deberes que tal titularidad implica, en el mismo sentido cobra especial relevancia este tema cuando confluyen potestades respecto de un mismo bien. Es importante la discusión de la titularidad del dominio público también para resolver sobre las competencias que pueden ejercer las administraciones territoriales que

²⁰ ACTAS Oficiales de la Comisión Constituyente. Santiago, Gendarmería de Chile, sesión N° 361, celebrada el día 27 de abril de 1978. P. 2392.

²¹ VERGARA Blanco, Alejandro. Naturaleza Jurídica de los Bienes Nacionales de Uso Público.” Santiago, Ius Publicum, N° 3 Universidad Santo Tomás, 1999.P.75.

integran un Estado descentralizado. En nuestro caso, la problemática se plantea respecto del Estado y de las municipalidades, ambos con competencias reconocidas sobre el dominio público.

Haciendo un análisis de la legislación respectiva, se llega a la conclusión que en nuestro sistema jurídico, sólo el Estado puede ser titular de dominio público, y no así las Municipalidades.

Comenzaremos el análisis en nuestra Carta fundamental, que en el artículo 63 N° 10 establece “*son materias de ley:*

N° 10 las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las Municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión.”

Como se puede apreciar en este numeral el constituyente hace una distinción entre bienes pertenecientes al Estado y a las Municipalidades.

La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en sus artículos 5 y 36, también establece la distinción entre bienes nacionales de uso público (en Chile ellos son identificados con el dominio público, como veremos en el capítulo segundo) y bienes municipales.

Así el artículo 5 establece “*para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales:*

“C) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado.”

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

En apoyo de esta, conclusión podemos agregar los artículos 32 de la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y el artículo 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

El primero de ellos, señala *“los bienes municipalidades destinados al fomento de sus servicios y dineros depositados en cuenta corriente, serán inembargables.”* Este artículo establece una característica especial para los bienes municipales como lo es la inembargabilidad, de ello podemos deducir que el legislador estimó que las municipalidades no son titulares de dominio público por cuanto el dominio público consiste básicamente en un régimen especial de protección caracterizado por la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Por tanto si las municipalidades fuesen titulares de dominio público, el legislador no debió referirse a la inembargabilidad de sus bienes, sino sólo señalar qué bienes municipales comprenden el dominio público y con ello ya no habría duda acerca de sus condiciones.

También podemos citar jurisprudencia en este sentido, aunque anterior a la legislación referida, nos ilustra en la concepción del legislador acerca del tema, en cuanto hace una distinción entre bienes nacionales de uso público y bienes municipales y en la interpretación que la judicatura ha hecho de él .

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 4 de octubre de 1957 señaló al respecto *“sobre las calles, bienes nacionales de uso público, la respectiva municipalidad tiene un poder reglamentario en cuanto a su uso; puede ejercer su vigilancia o tutela, pero carece de poder de disposición.*

Desde el momento que la municipalidad destina al uso público un inmueble propio inscrito a su nombre en el Conservador de bienes raíces, pasa a tener el carácter de bien nacional de uso público y ya no puede disponer del mismo, porque sobre tales bienes puede ejercer la vigilancia o tutela, pero carece de poder de disposición.”²²

2). El Elemento Objetivo:

Este elemento dice relación, con la clase de bienes susceptibles de integrar el dominio público.

En Chile no existe una regulación normativa que limite el tipo de bienes que pueden pertenecer al dominio público, en este sentido podemos decir, que cualquier bien puede formar parte de él, en cuanto cumpla las finalidades que motivan la institución y “la ley lo declare así”, según establece el artículo 19 N° 23 de nuestra Constitución. El límite a la afectación de bienes está dado por las funciones y cometidos del Estado y la Administración pública.

Analizaremos brevemente la situación de distintos tipos de bienes:

- **Bienes inmuebles**: la posibilidad de que los inmuebles sean incluidos en el dominio público, nunca ha estado en entredicho, de hecho, puede decirse, que constituyen el dominio público por excelencia.

Marienhoff, señala que los accesorios de dichos inmuebles integran o no el dominio público, dependiendo de si dicho accesorio “*contribuye o no,*

²² CORTE DE APELACIONES Valparaíso. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 54, sección segunda . Santiago, Editorial Jurídica. P. 91.

en forma permanente, directa e inmediata, a que el bien dominical cumpla su destino y satisfaga los fines que motivan su institución.”²³

- **Bienes muebles:** su inclusión como bienes de dominio público, no ha suscitado la misma adhesión doctrinal que los inmuebles. En opinión de Marienhoff, *“no existe principio jurídico alguno que impida incluir en el dominio público a las cosas muebles.”*²⁴ Luego establece requisitos mínimos que deben cumplir estos bienes para estar sometidos a un régimen especial, como éste, ellos deben presentar un *“relativo carácter permanente e irremplazable.”* Por ello, señala que los bienes consumibles y fungibles, como el dinero por ejemplo, no pueden formar parte del dominio público, pues no cumplen con los estándares antes señalados.

No sólo cosas corporales, forman parte del dominio público, sino también algunas cosas incorporales, tal vez el caso más patente está dado, por el denominado *“dominio público aéreo,”* conformado por el espectro radioeléctrico y el espacio atmosférico.

El dominio público también está integrado por derechos como lo es por ejemplo, una servidumbre constituida ya para beneficio de un bien dominical o para algún fin de carácter público.

Como hemos visto, no existe una nómina o catálogo de los bienes que integran el dominio público, en este sentido sólo cabe preguntarnos ¿es o no conveniente su existencia? En nuestra opinión, la existencia de un listado no es conveniente, pues como ya vimos al analizar el concepto de dominio público, éste es esencialmente dinámico y está determinado por los fines

²³ MARIENHOFF, Miguel .Op cit. P. 92.

²⁴ MARIENHOFF, Miguel. Op cit. P. 95.

que debe satisfacer, lo que dependerá de la evolución de la sociedad y sus objetivos en consecuencia, también de la evolución del Estado que la sirve y las tareas públicas que éste debe asumir, según las circunstancias propias de su época, y las consideraciones ideológicas imperantes.

3). El Elemento Teleológico:

En opinión de ciertos autores constituye el meollo de la noción de dominio público, en cuanto la sujeción de ciertos bienes a un régimen especial, como lo es éste, debe estar basada en los objetivos que con ello se busca satisfacer, ya sea directa o indirectamente.

En este sentido, basta observar la evolución de la noción dominio público, para percatarse, de la vital importancia que otorga la doctrina a la finalidad que ha de cumplir el dominio público, en orden a contribuir al cumplimiento por parte del Estado de los deberes que se le hayan impuesto.

El elemento teleológico, se encuentra íntimamente vinculado a la noción afectación, entendida como *“el acto y efecto de dar a un bien de la administración un destino calificable como función pública.”*²⁵ Este concepto será analizado más profundamente en el Capítulo relativo a la *“Utilización de los bienes públicos.”*

4). El Elemento Normativo :

El cuarto y último de los elementos integrantes de la noción dominio público es el normativo. Básicamente se refiere al régimen especial y exorbitante al que se somete a los bienes demaniales. La sujeción de estos

²⁵ MONTT, Santiago citando a Manuel Balbé. Op cit. P. 155.

bienes a un régimen de Derecho público constituye una *condición sine qua non* de la demanialidad. El estatuto especial a que se somete el dominio público obedece a la finalidad que éste ha de cumplir y se traduce en las características de éste, que a continuación pasamos a analizar.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DOMINIO PÚBLICO.

El régimen jurídico al que están sometidos los bienes de dominio público es excepcional y de aplicación estricta; aplicable sólo y únicamente a los bienes que lo integran.

Los bienes dominiales son: inalienables, imprescriptibles e inembargables, tales características existen por principio, aún si nada dice al respecto la legislación. Si bien, en tanto integrantes del dominio público estos bienes ostentan indiscutiblemente estos atributos, éstos no les son exclusivos por su propia naturaleza, sino que son consecuencia de la dominialidad y no causa de ella. Por otra parte, hay bienes que ostentan estas características perteneciendo al dominio privado como los derechos personalísimos, el derecho de uso y habitación, el derecho a pedir alimentos, etc.

Por último, antes de analizar cada uno de ellos, corresponde señalar que estos atributos son medios jurídicos a través de los cuales, se pretende proteger los bienes de dominio público.

1). Inalienabilidad:

Es el medio a través del cual se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes demaniales, a los efectos de que cumplan con el fin que ha dado motivo a su afectación.

La inalienabilidad implica la indisponibilidad de los bienes de dominio público, mientras permanezcan como tales; dicho de otra forma conlleva la cualidad de que no puedan ser adquiridos en dominio por las personas (naturales o jurídicas incluso de derecho público distintas al Estado). En opinión de Javier Pérez-Ardá Criado *“la in comerciabilidad o indisponibilidad es la nota más característica del demanio, pues la técnica demanial surge históricamente para excluir ciertas categorías de bienes del tráfico jurídico –privado.”*²⁶

En nuestro país la regla general, de acuerdo a lo establecido por la Constitución Política es la apropiabilidad de los bienes, salvo las excepciones que ella misma establece. Ello refleja la contraposición entre Publicatio versus Appropriatio, que es otro de los rasgos distintivos del dominio público, que se traduce a grandes rasgos en la inalienabilidad del dominio público.

Este atributo, tiene su origen en la Edad Media y su objeto era impedir que el rey dilapidara su patrimonio y como consecuencia de ello, aumentara los tributos. Actualmente el fundamento de la inalienabilidad del dominio público, resulta de la afectación de los bienes al uso directo o indirecto de la comunidad. Se trata de reservar en cierta forma

²⁶ PÉREZ –ARDÁ Criado, Javier. Introducción al dominio público. Estudios sobre dominio público y propiedad privada; coordinadora: Carmen Chinchilla Marín. Madrid, Editorial Marcial Ponz. 2000. P.23.

(consideración del dominio público, como esencialmente dinámico) estos bienes a las futuras generaciones. En nuestro país, la jurisprudencia ha reconocido expresamente este principio, diciendo *“los bienes nacionales de uso público están sustraídos del comercio humano y no pueden ser objeto de venta, permuta u otro contrato por parte de la autoridad encargada de su custodia y vigilancia.”*²⁷

Consecuencias de este atributo:

- los bienes de dominio público, no pueden ser objeto de ningún acto jurídico que implique la transferencia de dominio.

- Los bienes que forman parte del dominio público no pueden hipotecarse; pues el acreedor hipotecario a falta de pago puede ejercer la acción real de hipoteca, destinada a vender la cosa de que se trata y pagarse con su producto.

- Los bienes de dominio público *“no pueden ser gravados con derechos reales que importen un desmembramiento del dominio.”*²⁸ Ello salvo cuando la ley expresamente lo establezca como ocurre en nuestro Código de Aguas, artículo 26.²⁹

La sanción a la contravención a este principio, es la nulidad absoluta, de acuerdo al art. 1464³⁰ N° 1 del Código Civil. Existe objeto ilícito en la

²⁷ CORTE DE APELACIONES de Valparaíso, 4 de octubre de 1957. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 54. Sección segunda P. 91.

²⁸ Corte Suprema 4 de julio 1938. Extracto contenido en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 1996, tomo II. P. 48.

²⁹ “El derecho de aprovechamiento comprenderá la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo”.

Abandonados estos terrenos o destinados a un fin distinto, volverán a su antigua condición.”

³⁰ “Hay un objeto ilícito en la enajenación :

1° De las cosas que no están en el comercio;

2°. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

enajenación de las cosas que no están en el comercio; los bienes de dominio público pertenecen precisamente a esta categoría, si bien nada dice la ley expresamente, se desprende del contexto general y especialmente del art. 19 N° 23³¹ de la Constitución Política de la República que exceptúa de la libre de apropiación de los bienes, a aquellos que por su naturaleza deben pertenecer a todos los hombres o a la nación toda. Debe concluirse, por tanto que en una eventual transferencia de bienes dominicales se configurará el objeto ilícito y consecuentemente, ello conllevará la nulidad absoluta de la enajenación por aplicación del art. 1682³² y nulidad de la venta por aplicación del art. 1810 del Código Civil.

Así lo señala también Víctor Vial “ *las cosas que no están en el comercio son aquellas que no son susceptibles de dominio o posesión por los particulares, como por ejemplo, las cosas comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público.*”³³

Se ha planteado otra tesis conocida como Velasco Letelier, de acuerdo a la cual el art. 1810, es una norma imperativa y no prohibitiva, por tanto la inalienabilidad se reduciría a la necesidad de cumplir requisitos

3º. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;

4º De las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio.

³¹ Artículo 19 “La Constitución asegura a todas las persona:

La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza a 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 n otros preceptos de esta Constitución.

³² “la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.”

³³ VIAL Del Río, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, cuarta edición, 2000.P.125.

formales para la enajenación de un bien. En este sentido “la venta será válida, aunque no la enajenación.”

La doctrina extranjera en su mayoría se pronuncia por la nulidad absoluta, en caso de quebrantamiento de la inalienabilidad.

2). Imprescriptibilidad:

La imprescriptibilidad al igual que la inalienabilidad es un medio jurídico de protección al dominio público, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus funciones.

La imprescriptibilidad del dominio público, supone que los bienes que lo integran no pierden el carácter de tales, por la posesión pacífica e ininterrumpida de un particular, cualquiera sea el tiempo por el que ella se prolongue. En nuestro Derecho esta respaldado en el art. 2498 del Código Civil que señala “*no pueden ganarse por prescripción los bienes que no están en el comercio humano.*”

Este atributo de los bienes de dominio público proviene del Derecho romano así Javier Pérez- Ardá citando a Gayo señala, “*lo que no esta en el comercio de los hombres no es susceptible de posesión, ni por tanto de prescripción.*”³⁴

Es importante destacar que lo que no puede adquirirse por prescripción es el bien mismo, pero si en algunos casos podría ganarse el derecho de aprovechamiento sobre él, así en nuestra legislación el art. 21 del Código de Aguas, permite ganar por prescripción el derecho de aprovechamiento sobre las aguas: “*La transferencia, transmisión y la*

³⁴ PÉREZ-ARDÁ Criado, Javier. Op cit. P. 26.

adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código.”

La imprescriptibilidad no proviene de la naturaleza de las cosas, sino de la afectación. Garrido Falla distingue la prescriptibilidad del dominio público según su destino y forma de afectación, así clasifica:

- Imprescriptibilidad absoluta de los bienes de dominio público, por naturaleza destinados al uso público.
- Prescriptibilidad tras la desafectación tácita de los bienes destinados al uso público.
- Prescriptibilidad absoluta, sin necesidad de plazo para desafectación de los bienes destinados a un servicio público.

Si bien es cierto, la imprescriptibilidad del dominio público, se basa en el interés común, también lo es que interesa a la comunidad la seguridad jurídica, es por ello que se hace absolutamente necesario encontrar un punto de equilibrio ente ambos intereses. La doctrina señala que dicho punto de equilibrio se encuentra aceptando la posibilidad de una desafectación tácita. En este sentido Eduardo García de Enterría sostiene que se produce desafectación tácita por la posesión exclusiva y excluyente de un particular, en su opinión la desafectación tácita consta de dos etapas:

- la posesión del particular, que otorga a la cosa la aptitud de prescribir;
- posesión continuada, luego de la cual, se lograría el objetivo final.

El punto dificultoso de esta teoría, radica en la determinación del plazo que debiere transcurrir, para que opere la prescripción adquisitiva. En

su opinión este plazo debiera ser menos de 99 años y señala como razonable que sea fijado en un plazo de prescripción adquisitiva extraordinaria.

Luis Claro Solar³⁵, propone una teoría basada en la naturaleza de la afectación de los bienes, para referirse a su prescriptibilidad o imprescriptibilidad.

En nuestro país, dada su tradición formalista y de acuerdo a lo establecido por la Constitución Política creemos que no es posible aplicar la distinción efectuada por Garrido Falla, puesto que si es una ley quien determina la afectación de un bien al Dominio Público, debe ser también una ley quien determine su desafectación, por tanto creo que no es posible en Chile, la desafectación tácita.³⁶

3). Inembargabilidad:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que los bienes de dominio público son inembargables, es decir, ellos no pueden ser objeto de resoluciones judiciales que ordenen su enajenación, ni aún para liquidar deudas contraídas por la Administración pública.

El fundamento de la inembargabilidad de los bienes públicos, radica en la contribución del dominio público a la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, por la Administración.

³⁵ CLARO, Solar Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo VI, 1979 .P. 177 señala “ *naturalmente esta inembargabilidad y consiguiente imprescriptibilidad de esta clase de bienes existen subordinados a su destinación, o en otros términos mientras subsiste su carácter de bienes nacionales de uso público; perpetuamente por consiguiente, respecto de aquellos bienes que por su naturaleza propia no pueden perder este carácter, como las playas del mar, los ríos y grandes lagos; temporalmente, durante su afectación especial, respecto de aquellos que han recibido su destinación esencial por determinación de autoridad pública. Los primeros constituyen lo que podría llamarse dominio público natural, los segundos podrán llamarse dominio público artificial.*”

La inembargabilidad sirve de garantía a la inalienabilidad, que es quizá la principal característica del dominio público y que no reconoce excepciones.

En nuestra legislación este principio está resguardado por el art. 752 del Código de Procedimiento Civil, que establece “ *toda sentencia que condene al Fisco a cualquier prestación, deberá cumplirse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de recepción del oficio a que se refiere el inciso 2, mediante decreto expedido a través del Ministerio respectivo.*”

El art. 28 de la Ley 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece una norma de protección similar en relación a los bienes municipales, señalando “ *los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente, serán inembargables. La ejecución de toda sentencia que condene a una Municipalidad, se efectuará mediante dictación de un decreto alcaldicio.*”

IV. DOMINIO PÚBLICO V/S DOMINIO PRIVADO.

La distinción comienza en el siglo XIX, cuando se establece que no todas las dependencias del dominio del Estado pueden estar sometidas al mismo régimen (distingo entre dominio público del Estado y dominio privado del Estado), esta diferenciación es obra de Proudhon, quien fue el primero en exponerla en su tratado de Dominio público, siendo adoptada a

³⁶ Nos referiremos al tema con mayor profundidad en el Capítulo Tercero de este trabajo, a propósito de la desafectación.

partir de ese momento por la legislación, pero en ella no se estableció un criterio de diferenciación. La distinción se funda en dos opiniones:

- Se define el dominio público, como todas las porciones de territorio afectadas al uso común, y no susceptibles de dominio privado. Es decir, la diferencia entre dominio público y dominio privado radica en que los bienes de dominio público pueden ser utilizados indistintamente por todas las personas.

- Por otra parte se dice que el dominio privado comprende todos los bienes que estando o no afectos a un servicio público, producen o son susceptibles de producir recursos pecuniarios, utilizados por su dueño a discreción. En este sentido la diferencia entre dominio público y dominio privado estriba en la destinación de los bienes de dominio privado a la producción con fines de lucro.

Dejando atrás la distinción a que hemos hecho referencia, creo que el denominado dominio público es propiedad al igual que el dominio privado partiendo de la base que propiedad es el género, que engloba varias especies, dentro de las cuales se encuentra el dominio, y señalando que se entiende por propiedad “ *la cualidad abstracta que algo puede tener de ser “propio” de alguien, en oposición no a “común” sino a “ajeno.”*”³⁷ La diferencia entre ellos no se basa en su naturaleza jurídica (puesto que como señalé anteriormente, a mi juicio ambos se encuentran comprendidos dentro de lo que se entiende por propiedad) sino en las modalidades a que está

³⁷ GUZMÁN, Brito Alejandro. Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995. P.137.

sujeto el dominio público, por el fin que esta destinado a cumplir. A continuación revisaremos brevemente, algunas diferencias entre ambos:

El dominio público está sujeto a un régimen especial de protección y utilización, compuesto por un conjunto de medidas tendientes a proporcionar a los bienes demanializados una especial protección a los ataques de que pueda ser objeto, este régimen se manifiesta principalmente en las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que ya analizamos. Es por ello que la diferencia básica que marca la distinción entre dominio público y privado estriba en la inapropiabilidad por parte de los particulares de los bienes de dominio público.

El dominio público hallase afectado a un uso o utilización común de todos quienes se encuentren en el país, en tanto el dominio privado responde a una utilización privativa de su dueño.

El dominio público comprende sólo el uso corriente de acuerdo a la naturaleza del bien de que se trate y excluye los usos especiales, para los cuales el particular deberá obtener un permiso de la autoridad de acuerdo a los procedimientos establecidos.

El dominio público admite una comerciabilidad muy restringida, de derecho público, compatible con los fines que motivan esta institución. En cambio en los bienes de propiedad privada la comerciabilidad por regla general es amplia, y limitada sólo por normas expresas.

El dominio público está reglado por normas de derecho público, en tanto el dominio privado lo está por normas de derecho privado. De allí que las normas que regulan el dominio público son en su vinculación con los

particulares normas de subordinación, en tanto las que reglan el dominio privado, son normas de coordinación.³⁸

³⁸ Con esto se alude a uno de los criterios que se han utilizado para distinguir el Derecho Público del Derecho Privado, a partir de la naturaleza de la relación jurídica que impera. De esta forma se dice que el tipo de relación es de subordinación, cuando una de las partes ejerce un poder o imperio respecto de las otras. A diferencia de ello se habla de relaciones de coordinación, cuando están desarrolladas sobre la base del principio de igualdad jurídica. En este sentido las normas que regulan el dominio público pertenecen al Derecho Público, por tanto los particulares se encuentran subordinados a ellas, en cuanto las normas que regulan el dominio privado, pertenecen al Derecho Privado, ergo, los particulares se encuentran en pie de igualdad frente a ellas.

CAPÍTULO SEGUNDO:

EL DOMINIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

I. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

El artículo 19 N° 23³⁹ de la Constitución de 1980, contiene las bases del dominio público en Chile. Este artículo se ubica en el Capítulo Tercero “De los Derechos y Deberes constitucionales,” y constituye una novedad ya que no se contemplaba esta garantía ni en la Constitución de 1925, ni mucho menos en la de 1833.

El artículo 63 número 10 se refiere también al tema al señalar “*Sólo son materias de ley:*

10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las Municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión;”

El artículo 60 establece la reserva de ley para las materias a que se refiere en sus distintos numerales. Este artículo es una reiteración del artículo 44 N° 3 de la Constitución de 1925, que no tenía precedente en la Constitución de 1833.

³⁹ El citado precepto establece: “ La Constitución asegura a todas las personas :
23.) 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 la 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 ; ”

El artículo 19 N° 23 establece la libre apropiabilidad de toda clase de bienes, por lo tanto esta íntimamente ligado al artículo 19 N° 24 que consagra el derecho de propiedad, en este sentido podemos decir, que el 19 N° 23 establece el derecho a la propiedad.

El artículo 19 N° 23, garantiza el derecho a la propiedad a todas las personas, tanto naturales como jurídicas, establece como regla general la apropiabilidad privada de los bienes. El poder constituyente garantiza la libertad para adquirir el dominio, derecho a la propiedad; esta libertad se refiere al dominio de toda clase de bienes, de manera que no hay bienes excluidos, salvo los que la misma Constitución consagra en el referido 19 N° 23. Se establece también acá que todo lo señalado es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de la misma; estos *“otros preceptos”* son el artículo 19 N° 12 que consagra la libertad de expresión y en su inciso quinto, establece que no cualquiera puede establecer y operar un canal de televisión; en opinión del profesor José Luis Cea, esta limitación se debe *“al amplio y penetrante impacto que tiene la televisión en la comunidad y, además, en razón del limitado espectro radioeléctrico.”*⁴⁰

Otro de los preceptos es el artículo 19 N° 24 que consagra el derecho de propiedad, en su inciso sexto, ya que es el Estado el dueño de las minas, y también el inciso final de este mismo artículo, ya que las aguas no pueden apropiarse libremente, son bienes nacionales de uso público.

El inciso segundo del artículo 19 N° 23 contempla las limitaciones en cuanto a la calidad y cantidad de bienes susceptibles de ser adquiridos, estas

⁴⁰ CEA Egaña, José Luis. Tratado de Derecho Constitucional. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, tomo II, 1999. P. 208.

limitaciones se caracterizan porque el titular del derecho continúa en condición de ejercerlo, pero como consecuencia de la limitación el ejercicio del derecho es acotado (ejemplo la cantidad de divisas o la situación de inmuebles fronterizos).

Para imponer estas limitaciones, se requiere de una Ley de quórum calificado y además es necesario que sea el interés nacional quien exija dicha imposición.

Luego de haber analizado en términos generales el sentido del precepto referido, nos referiremos a las excepciones que consagra el 19 N° 23 a la libre apropiabilidad de los bienes.

La primera excepción se refiere “a los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.” Ellos son una institución que proviene de la época de los romanos, pasando luego a las Siete Partidas de Alfonso X, el sabio y que en nuestro Código Civil se consagra en el artículo 585. En Derecho comparado y en el Derecho internacional se considera como “bienes comunes a todos los hombres” el aire, el alta mar, el espacio subterráneo, la luz del sol. Santiago Montt señala *“la primera excepción contenida en el artículo 19 N° 23 no tiene ninguna importancia en la construcción del dominio público en Chile, pues se refiere a bienes que no son de titularidad estatal.”*⁴¹

La segunda excepción se refiere “a los bienes que deban pertenecer a la Nación toda y una ley lo declare así.” Esta excepción contemplada en el artículo 19 N° 23 es la base de la teoría del dominio público en Chile. En nuestro país el dominio público está constituido por todos aquellos bienes

⁴¹ MONTT Santiago. Op cit. P. 208.

que una ley declare deben pertenecer a toda la Nación y es por ello que no son apropiables por particulares o privados, pero sus frutos son susceptibles de apropiación y además de acuerdo a la ley y como estudiaremos en el capítulo tercero, son concesibles.

“Los bienes que deban pertenecer a la Nación toda” son aquellos necesarios para la satisfacción del bien común que es el principal rol que la Constitución asigna al Estado. El profesor Cea señala en relación a ellos *“son aquellos bienes que, por su naturaleza intrínseca, deben pertenecer a todos los habitantes de Chile, entregarse al uso común de su población. Están destinados al bien común, como esparcimiento, medios de comunicación, etc.”*⁴²

1). Historia del establecimiento del precepto :

La Comisión Constituyente, tuvo como principales objetivos al establecer esta garantía:

- el principio es la propiedad privada y la excepción el dominio público.
- Establecer una política que facilite el acceso al derecho de propiedad legítimamente por todos los habitantes del país.

Cronológicamente la idea de establecer como garantía constitucional, el derecho a la propiedad, aparece en la Subcomisión de Derecho de propiedad, en donde se propuso que *“todas las cosas son apropiables, con la excepción de aquellas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.”* No obstante, por indicaciones hechas en el interior de la misma

⁴² CEA, Egaña José Luis. Op cit. P.298.

subcomisión la redacción del precepto agregó los Bienes nacionales de uso público.⁴³

Así la redacción de la norma que pasó a la Comisión Ortúzar fue: *“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos cuyo uso y goce pertenecen a la Nación toda o que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.*

La Ley, cuando así lo exija el interés general de la Nación o la seguridad nacional, puede reservar al dominio nacional o del Estado determinados bienes que carecen de dueño.”

En este trabajo me abocaré al estudio de la discusión en torno a las excepciones de la libre apropiabilidad de los bienes.

Las primeras correcciones que sufrió la redacción del artículo antes citada se produjeron en la sesión 202⁴⁴; así basada en la opinión del comisionado Sr. Ovalle, quien entiende que *“entre los bienes a que se refiere el inciso primero hay un hecho común: que a unos la naturaleza los ha hecho comunes a todos los hombres por su propio contenido y otros por su naturaleza deben pertenecer a toda la nación.”* En este sentido acota que la redacción debería ser *“deben pertenecer.”* Según el comisionado Sr. Ovalle habría una naturaleza intrínseca del bien que necesariamente condicionaría su introducción en la categoría de Dominio Público, como ya se ha visto por los aportes del Derecho comparado, esto no es así y por el contrario éste es esencialmente mutable. Con esta modificación los bienes

⁴³ ACTAS Oficiales de la Comisión Constituyente. Santiago, Gendarmería de Chile, 1976-1988. Sesión N° 197, 1° de abril de 1976. P. 41.

⁴⁴ ACTAS, Constitucionales. Op cit. Sesión 202.P. 10.

nacionales de uso público quedan determinados como aquellos que “deben pertenecer a la nación toda.”

La segunda modificación al precepto se produjo ante la observación de Pedro Jesús Rodríguez González, quien señala *“los bienes cuyo uso y goce pertenecen a la nación toda son inalienables. Y la condición de inalienables, en el momento que surja por la propia naturaleza de la cosa y se extinga cuando la cosa pierda su naturaleza positiva o se transforme en otra, originará la inseguridad jurídica más grande. Entiende que, de acuerdo con el régimen actual los bienes son nacionales de uso público en tanto y cuanto la ley los destine al uso público, con lo cual se produce una situación perfectamente clara desde el punto de vista jurídico en cuanto a su inalienabilidad. Pero si esto se hace descansar nada más que en la naturaleza como parece derivarse de lo expresado, entonces convendría agregar algo más: y la ley lo declare así. De esta manera sugiere que se agregue la expresión y la ley lo declare así, porque es una norma de competencia. El legislador no podría declarar bienes nacionales de uso público sino a aquellos que deban ser declarados de uso público. De este modo, se da una seguridad jurídica. Por lo demás ello respalda nuestra tradición jurídica formalista.”*

En la sesión 203⁴⁵, se sustituye los términos *“dominio nacional”* y *“dominio del Estado”* por *“reserva del Estado.”* Se llega a esta modificación luego de discutir acerca de la distinción entre dominio nacional y dominio del Estado, llegando a la conclusión en palabras del Sr. Ortuzar, *“que se trata de reservar al Estado determinados bienes o de*

⁴⁵ ACTAS, Constitucionales. Op cit. Sesión N° 203.P. 6.

reservar al Estado el dominio de determinados bienes.” (Para el Sr. Ortuzar en este caso el Estado es el titular tanto de los bienes de Dominio Público como de los llamados bienes fiscales). Se trata de excluir respecto de esos bienes el dominio privado.

Terminada la discusión descrita anteriormente, la norma queda con la siguiente redacción *“la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.*

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.”

De esta forma, la disposición contenía en su primer inciso, la libre apropiabilidad de todos los bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y aquellos que deban pertenecer a la nación, en cuanto a estos establece una reserva de ley.

En el inciso segundo permite a la ley reservar el dominio de determinados bienes en forma exclusiva al Estado, y la posibilidad de regular limitaciones a la libre apropiabilidad.

Terminado el anteproyecto, la norma sufrió varias modificaciones al interior del Consejo de Estado.

Sesión 64⁴⁶, se cambia la redacción del inciso segundo por una razón gramatical, esto es encontrarse repetida la palabra bienes. La nueva redacción tiende a garantizar que los bienes que por su naturaleza sean

⁴⁶ ACTAS, Constitucionales. Op cit. Sesión N° 64 del Consejo de Estado .P. 405 .

comunes a todos los hombres, o por ello deban pertenecer a la Nación toda no puedan ser adquiridos por los particulares; esta redacción es la siguiente: *“la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que por su naturaleza son comunes a todos los hombres, o deben pertenecer a la Nación toda, y la ley lo declare así.”*

En una segunda etapa, sesión 202,⁴⁷ se toma la decisión de suprimir este artículo, que garantiza la libre apropiabilidad de los bienes, el Sr. Carmona explica, que la Comisión acordó suprimirlo e incluir en cambio, en el artículo 61 entre las materias que sólo pueden ser objeto de ley, la siguiente disposición:

Artículo 61: *“Sólo en virtud de un a ley:*

Nº2 Reservar al Estado, cuando así lo exija el interés nacional y siempre que la ley se apruebe con quórum calificado, el dominio exclusivo de determinados bienes que por su naturaleza sean susceptibles de ser adquiridos por particulares.”

Por último la Junta de Gobierno repuso la garantía de libre apropiabilidad de toda clase de bienes, aunque variando los términos establecidos por la Comisión Ortúzar. Esta discusión se realizó a puertas cerradas, por lo que desconocemos los motivos por los cuales se restableció esta garantía y el por qué de los cambios en la redacción.

La garantía consagrada en el artículo 19 N° 23 de la Constitución entendida como libre apropiabilidad de los bienes, en mi opinión se encuentra implícita en el artículo 19 N° 24 que contiene el derecho de propiedad; creo que el verdadero sentido de esta garantía va por proteger

⁴⁷ACTAS, Constitucionales. Op. Cit. Sesión N° 202 del Consejo de Estado. P. 213 –214.

un tipo de economía, es decir, se consagra la propiedad privada como un freno a una economía social, que conlleve la apropiación por parte del Estado de la mayoría de los bienes, dejando reducida la propiedad privada a su mínima expresión.

II. CÓDIGO CIVIL.

Nuestro Código Civil contiene una clasificación de los bienes que no son susceptibles de dominio privado en los artículos 585 y 589, ellos se refieren a los bienes comunes a todos los hombres, a los bienes nacionales de uso público y a los denominados bienes fiscales.

Antes de comenzar a analizar la procedencia de dichas disposiciones, debemos decir que la terminología e ideología de Andrés Bello en relación a los bienes es anterior a la primera teoría del Dominio público, de Proudhon, por ello concebía a los bienes nacionales como una propiedad nacional, o sea, como un dominio con las mismas características que el dominio privado.

El artículo 585 se refiere a las cosas comunes a todos los hombres, este concepto proviene de la época romana, se entendía por cosas comunes, *res communes omnium*, aquellas que no se hallaban bajo dominio de nadie, sustraídas de propiedad privada y su uso estaba concedido a todos, así no podía existir propiedad sobre el aire, el mar y las aguas corrientes.

Este concepto pasa a las Siete Partidas, Partida III, título XXVIII, ley III “*las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven*

*en este mundo, son éstas; el ayre e las aguas lluvias, e el mar, e su rivera. Ca cualquier criatura que viva puede usar de estas cosas, según quel fuere menester....*⁴⁸

Alfonso X, el sabio, hizo anotar que por criaturas entendía no sólo a los hombres, sino también a las aves, las bestias y todas las criaturas que viven para poder usar de ellas.

En la glosa de Gregorio López, no se hace referencia, (en relación a este artículo) a tratadistas romanos ni comentaristas.

Don Andrés Bello, en 1857, cambió la terminología de las Partidas, al reemplazar “a todas las criaturas ” por “comunes a todos los hombres,” este cambio refleja la mentalidad imperante en el siglo XIX, producto de la influencia imperante en Europa, del individualismo –liberal.

Pero, más importante que el cambio de términos es la reducción de las cosas entendida como comunes a todos los hombres, ya que en las Partidas se comprendía en este concepto a las riberas del mar (playas) y al mar adyacente (mar territorial), estos en el Código Civil han pasado a la categoría de Bienes nacionales de uso público que contiene el artículo 589. En este sentido Fernando Dougnac señala *“los avances tecnológicos han ido despojando a las criaturas, o si se quiere a la humanidad, de parte de sus bienes comunes para entregarlos en propiedad a las naciones.”*⁴⁹ Podemos considerar que ello es producto del contenido del concepto Nación, en su sentido de representación de un conglomerado de factores distintivos de una comunidad.

⁴⁸ DOUGNAC, Fernando. Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como fundamento jurídico en Chile de la regulación de las emisiones atmosféricas. Santiago, Revista de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, 1993. Volumen 8 N°1. P. 91.

Pasemos al análisis del artículo 589:

Este artículo se refiere en su inciso primero a los bienes nacionales de uso público y en el inciso segundo a los bienes fiscales. Para hacer esta distinción se basa en un criterio de afectación al uso público.

En este artículo Andrés Bello sigue la clasificación proveniente del derecho romano, más precisamente del jurista Celso, quien distingue entre *ius publicae in publico uso* y *res in pecunia populi*, los que fueron absorbidos durante el Imperio por las *res fisci*.⁵⁰

Don Andrés Bello, en su obra “Instituciones de derecho romano”, cita precisamente esta distinción señalando “*cosas públicas son aquellas cuya propiedad es de un Estado o Nación particular, y el uso de todos los individuos de este Estado o Nación, a cuya clase pertenecen ríos, puertos, plazas caminos ...*”⁵¹

A pesar de que la clasificación proviene del derecho romano, no así la terminología, ya que la expresión “bienes nacionales” es originaria del derecho francés, nacida en la Ley revolucionaria de 1790, de allí paso al Código Civil de 1804, conocido como Código de Napoleón. En este sentido Bello en sus “Principios de Derecho internacional” señala “*los bienes de la Nación son de varias especies. Los unos pertenecen a individuos o comunidades particulares y se llaman bienes particulares; los otros a la comunidad entera y se llaman públicos.*”⁵²

⁴⁹ DOUGNAC, Fernando. Op.cit. P. 91.

⁵⁰ De acuerdo a esta clasificación, las *res publicae in uso publicum*, son aquellas destinadas directamente al uso público; en tanto las *res in pecunia populi*, corresponden a todos aquellos bienes pertenecientes al pueblo romano, proveniente fundamentalmente de conquistas militares y en que se articularon mecanismos para hacer posible el aprovechamiento privado de ellos.

⁵¹ BELLO, Andrés. Instituciones de Derecho Romano. Caracas, Ministerio de Educación, 1959. P. 46.

⁵² MONTT, Santiago. Citando a Andrés Bello. Op cit. P. 230.

La doctrina chilena ha identificado los Bienes nacionales de uso público con el dominio público, y los bienes fiscales con el dominio privado del Estado.

En este sentido Luis Claro Solar señala *“entre las cosas apropiables, hay unas que pertenecen a la Nación toda y no a los particulares individualmente se llaman Bienes nacionales, dice el inciso primero del art. 589, aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.*

En esta definición la ley comprende dos clases de bienes que se encuentran en situación bien diferente: los bienes públicos y los bienes privados de la Nación o como suelen decir los tratadistas los bienes que pertenecen al dominio público del Estado y los que constituyen su dominio privado. El Código da a los primeros el nombre de Bienes nacionales de uso público y a los segundos bienes del Estado o bienes fiscales.

*Las disposiciones del 589 importan, desde luego, el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, o sea de la Nación o el pueblo chileno organizado bajo ciertas autoridades en un territorio determinado...”*⁵³

Debemos tener presente en este sentido, que la doctrina civilista chilena ha considerado el dominio público como una propiedad común, que tiene ciertas características peculiares.

Daniel Peñailillo se pronuncia en el mismo sentido al señalar *“Bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y su uso a todos los habitantes.”*⁵⁴

⁵³ CLARO, Solar Luis. Op cit. P. 177.

⁵⁴ PEÑAILILLO, Arévalo Daniel. Los bienes (la propiedad y otros derechos reales). Santiago, Editorial Jurídica de Chile, colección manuales jurídicos, tercera edición , 1997. P.56.

La doctrina administrativista se ha pronunciado en igual sentido así Enrique Silva Cimma ⁵⁵ dice “*de las disposiciones del Código Civil se desprende pues en forma admirable la clasificación de los bienes nacionales.*”

Los bienes nacionales pueden ser:

a) Nacionales de uso público; o

b) Bienes del Estado o bienes fiscales.

Los primeros como dice la ley pertenecen a la Nación toda, constituyen el dominio público del Estado que puede ser: terrestre, marítimo, fluvial y aéreo.”

⁵⁵SILVA, Cimma Enrique. Op.cit .P. 233-234.

TERCER CAPÍTULO:

UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

En este capítulo nos referiremos, a la integración de bienes al dominio público, y de la posterior utilización de ellos, por los particulares, considerando que un elemento definitorio de los Bienes nacionales de uso público, es precisamente que su uso corresponde a todos los habitantes del país.

I. AFECTACIÓN.

El mecanismo mediante el cual una cosa pasa a ser de dominio público o demanial, es la afectación, a través de ella un bien queda sujeto al régimen especial de protección que ya antes hemos analizado.

La afectación es definida por Fernando Sainz Moreno como “*un acto (expreso, tácito, presunto) de derecho público por virtud del cual una cosa queda destinada a un fin de interés público (uso o servicio público) y adquiere una condición jurídica peculiar de bien de dominio público.*”⁵⁶

Por su parte Javier Pérez - Ardá Criado nos dice al respecto “*la afectación es el acto mediante el cual un bien de una entidad pública territorial se destina al uso público o a un servicio público en grado que*

⁵⁶ SAINZ, Moreno Fernando. El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza. Madrid, Revista de Administración pública N° 150, septiembre –diciembre 1999.P. 493.

*atendiendo al ordenamiento del país, comporta su entrada al dominio público.”*⁵⁷

La afectación es una figura clave en la teoría del dominio público, ya que mediante ella se determina el momento a partir del cual, un bien específico, esta sujeto al régimen especial que a ellos corresponde.

Luciano Parejo Alfonso⁵⁸, señala que la afectación es una especie de “vinculación”, categoría jurídica elaborada en el derecho italiano y de gran tradición histórica; consistente en *“inmovilizar la propiedad sacándola de la libre circulación y determinando para ella una sucesión fija y permanente.”* De la definición aparece como una de sus características la inalienabilidad. Los postulados liberales determinaron prácticamente la desaparición de esta institución del Derecho civil, pero según señala el autor antes citado se mantiene en el Derecho Administrativo, ejemplifica esta situación en la técnica de calificación y descalificación de los suelos, que los une a un estatuto determinado, mientras no varíe la calificación. Señala Parejo Alfonso, que la afectación es una especie de “vinculación,” en cuanto consiste en *“la destinación de un bien a un uso o servicio público.”*⁵⁹

Como ya lo señalamos en el primer capítulo la afectación es la expresión del elemento teleológico del dominio público.

La afectación, según la doctrina comparada, puede ser: expresa o tácita, a través de una ley o de un acto administrativo. A continuación nos

⁵⁷ PÉREZ –ARDÁ, Criado Javier. Op cit .P. 20.

⁵⁸ PAREJO, Alfonso Luciano. Op cit. P. 2419.

⁵⁹ Ibid.

referiremos brevemente a estas formas de afectar un bien al dominio público, así:

- afectación expresa: son una ley o un acto administrativo los que determinan formalmente, la afectación de un bien al uso público, sometiéndolo al régimen especial de protección que constituye el dominio público.

- Afectación tácita: son una ley o un acto administrativo, los que implícitamente afectan un bien, es decir, la finalidad de tal acto no es directamente ésta, sino que del cumplimiento de ellos resulta la afección.

Por último, Javier Pérez - Arda, habla de afectación presunta, señalando *“la afectación puede ser presunta si no deriva de un acto administrativo, dirigido o no a ello, sino de una situación de hecho; así para la Administración local, se admite la alteración de la calificación jurídica de los bienes y su inclusión en el demanio, en su caso, derivada de la prescripción adquisitiva o usucapión, que se producirá cuando la entidad local adquiriera con arreglo a Derecho civil el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso, servicio público comunal y esta situación se mantenga por más de 25 años.”*⁶⁰

Desde otro punto de vista la afectación es una decisión del poder público, resultante del ejercicio de una potestad. En este sentido la competencia para afectar un bien, puede estar entregada al legislador o a la Administración (se ha dicho que la atribución de competencia depende de la importancia, del bien de que se trate).

Podría ser afectado directamente por la Constitución.

⁶⁰ PEREZ –ARDA, Criado Javier. Op cit. P. 21.

La decisión puede estar entregada al legislador.

La competencia puede corresponder a la Administración pública en aplicación de la ley.

Un tema discutido en torno a la afectación dice relación con el “dominio público natural,” es decir, admitir la existencia de un dominio público creado por la naturaleza, preexistente a un reconocimiento jurídico, ejemplo de este tipo de dominio público serían el mar, los ríos, etc. La distinción (dominio público natural dominio público artificial) ha sido acogida por autores como Prodhon, y Eduardo García de Enterría, en nuestro país don Luis Claro Solar, acoge la existencia de un dominio público natural, como ya lo señalamos anteriormente en este trabajo.⁶¹

Existen también detractores de esta distinción, así en 1987 Ch. Lavialle, publicó al respecto un estudio en que señala: “*el dominio público es una creación cultural, una categoría jurídica que no tiene realidad sino dentro del universo del derecho. Es un régimen jurídico en el que se agrupan las reglas aplicables a ciertos bienes que pertenecen a las personas públicas y está condicionado por la afectación de los mismos al uso o servicio público. Afectación legalmente establecida: el dominio público natural es público no a causa de su afectación natural al uso público, sino porque el legislador lo ha decidido así...*”⁶²

⁶¹ Nota al pie, N° 19.

⁶² BARCELONA, Llop Javier. Consideraciones sobre el dominio público natural. En El derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Libro en homenaje al profesor Ramón Martín Mateo, Tomo II. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000. P. 2091.

La tesis de Lavialle, no niega que existan bienes de dominio público que lo son en atención a sus condiciones naturales, sino que lo que rechaza es que el legislador esté obligado a establecer un régimen especial para ciertos bienes en atención a condiciones naturales de ellos, en el fondo pretende asegurar la autonomía del legislador en sus decisiones aún frente a la naturaleza.

“No es pues, la tesis de Lavialle una tesis inocente; persigue finalidades bien concretas, persigue entreabrir una puerta a la flexibilidad en la contemplación legal del dominio público, liberando al legislador de condicionamientos que impedirían u obstaculizarían la adopción de determinadas soluciones novedosas cuya adopción se estima conveniente.”⁶³”

El criterio de afectación corresponde a quien tiene atribuida la competencia para afectar un bien, la discrecionalidad de esta decisión está limitada principalmente por la propiedad privada y en nuestro derecho por la utilización del dominio público, ya que se ha identificado con los bienes nacionales de uso público, cuyo uso corresponde a la nación toda.

En nuestra legislación y de acuerdo al artículo 19 N° 23 es la ley quien debe declarar la afectación de algún bien, es decir, declarar qué bien pasa a integrar el dominio público. Podemos citar algunos ejemplos de leyes que afectan bienes al dominio público o los transforman en bienes nacionales de uso público, así en primer lugar el artículo 589 del Código Civil, que declara la afección al dominio público de las calles, plazas,

⁶³ Ibid. P.2088.

puentes, caminos; el artículo 30 del Código de Aguas, que declara que los álveos o cauces de los ríos son bienes nacionales de uso público.

El Decreto Ley 1.939 “Sobre Adquisición, administración y disposición de bienes del Estado,” en su artículo 64 establece que podrán afectarse bienes inmuebles fiscales al uso público, mediante decreto dictado por el Ministerio (de Bienes Nacionales, antes Ministerio de Tierras y Colonización). Se trata de un reenvío normativo de la ley al decreto, pero sólo para el caso de los bienes fiscales, un decreto no puede afectar cualquier bien al dominio público, para ello, como ya señalamos se requiere una ley, de acuerdo a lo establecido por el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política.

Alejandro Vergara Blanco señala en relación a la afectación: *“es el título de las potestades administrativas que la administración se arroga sobre determinados sectores, entre ellos la utilización de ciertos bienes, que llamamos de uso común: las calles, los caminos, las playas, etc.”*⁶⁴

Señala que la afectación es una técnica de intervención, que implica la inclusión de determinados bienes en el dominio público del Estado y a la vez excluye de ellos la posibilidad de apropiación por los particulares, sea por prescripción o por los medios regulares según el Derecho Civil.

II. DESAFECTACIÓN.

La desafectación marca la cesación del régimen de dominio público aplicado a un determinado bien.

⁶⁴VERGARA, Blanco Alejandro. Op cit. P. 81.

Javier Pérez –Ardá, define desafectación, diciendo que es *“el acto de contrario imperio a la afectación, por el que bienes antes de dominio público se convierten en bienes patrimoniales.”*⁶⁵

Fernando Sainz Moreno, señala al respecto *“la desafectación es el acto contrario a la afectación y que produce el efecto de la pérdida de la cualidad de dominio público del bien en cuestión. La desafectación no implica sin embargo, necesariamente, un cambio de titularidad.”*⁶⁶

La desafectación puede ser expresa, tácita o presunta, al igual que la afectación, así es:

- Expresa: cuando existe una declaración del órgano competente destinada a desafectar un bien determinado;

- Tácita: cuando se produce a través de un acto que manifiesta una voluntad no formulada expresamente, pero que de forma inequívoca da un nuevo destino al bien en cuestión.

- Presunta: (en España) se entiende cuando no mediando ninguna declaración formal un bien se desafecta, por ser dedicados a otros usos durante un buen lapso de tiempo. Ello ocurre cuando *“los bienes públicos o los bienes comunales, se convierten en bienes propios, por haber dejado de utilizarse durante 25 años.”*⁶⁷

Es necesario referirnos, como lo hicimos anteriormente, a la distinción entre dominio público natural y artificial, ya que quienes acogen esta distinción se refieren a que la desafectación puede producirse respecto de ambos tipos de dominio público, en este sentido la desafectación como

⁶⁵PÉREZ- ARDÁ Javier. Op cit. P. 21.

⁶⁶ SAINZ Moreno, Fernando. Op cit. P.501.

⁶⁷ PÉREZ- ARDÁ, Javier. Op cit. P. 21.

acto propiamente encuentra su expresión más destacada en el dominio público artificial; en cuanto al dominio público natural por factores naturales, el bien podría perder las condiciones naturales que habían determinado su carácter, así por ejemplo el cambio de curso de un río, que deja un lecho vacío, en este caso si aceptamos la teoría del dominio público natural, entendemos que si un fenómeno natural es suficiente para conferir la dominialidad, también lo es para quitar esta calidad; si negamos la existencia de un dominio público natural, lo lógico es que sólo a través de la desafectación, como acto pueda entenderse que un bien ya no pertenezca más al dominio público.

El efecto fundamental de la desafectación es que los bienes pierden su condición de bienes de dominio público, en nuestra legislación bienes nacionales de uso público. Es posible que la desafectación no implique un cambio de titularidad, según señala la doctrina española; en nuestro Derecho y acorde a la conclusión a que hemos llegado, la desafectación siempre implica un cambio de titular, puesto que es la Nación la única titular de dominio público, por tanto, si se desafecta un bien y esta pasa a ser bien fiscal, habrá un cambio en la titularidad, así el bien pasa de la Nación al Estado.

En España la desafectación surte efectos jurídicos a partir de un acto llamado recepción formal, que es realizado por el Ministerio de Hacienda, si este trámite no se lleva a cabo se entiende que los bienes de que se trate siguen teniendo el carácter de bienes de dominio público.

El motivo que lleve a la desafectación de un bien puede ser un cambio en las condiciones naturales del bien, esta situación se encuentra

contemplada en nuestro Código Civil art. 654⁶⁸, según el cual, cuando un río cambia su curso, y el álveo queda “desocupado,” accede a los propietarios riberaños, de ello podemos desprender que nuestro legislador consciente de la discusión existente acerca del dominio público natural y artificial, se inclina por desconocer al primero de ellos, puesto que el sólo fenómeno natural no es suficiente para provocar la desafectación, ya que el legislador mismo se encarga de establecerla.

En nuestra legislación no se señala expresamente como en España qué tipo de acto es el que debe realizar la desafectación, pero en aplicación del principio de jerarquía normativa creo que si el artículo 19 N° 23 de la Constitución exige una ley para la afectación, lo mismo debe aplicarse a la desafectación, fundamentalmente si consideramos que en ello esta comprometido el interés de toda la Nación, y por ende el bien común. Aunque debemos tener en cuenta que cuando el legislador ha hecho remisión normativa al decreto para que sea éste el que afecte un bien, igualmente puede ser un decreto quien lo desafecte, como es el caso del artículo 64 del D.L 1939 “Sobre Adquisición, administración y disposición de bienes del Estado,” que establece *“por razones fundadas podrán desafectarse de su calidad de uso público determinados inmuebles. En estos casos el decreto, deberá ser firmado por el Ministro de la Vivienda y Urbanismo o por el Ministerio de Obras públicas, según corresponda.”*

⁶⁸ Artículo 654 C.C inciso primero: “Si un río varía de curso, podrán los propietarios riberaños, con permiso de autoridad competente, hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce; y la parte de éste que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión en el caso del artículo 659.

III. MUTACIONES DEMANIALES.

Se entiende por mutación demanial, el cambio de destino de un bien de dominio público. En este sentido la mutación demanial, implica, el cambio de uso de un bien público a otra utilización también de utilidad pública.

La mutación demanial, puede ser expresa o presunta.

- Expresa: es aquella que se realiza a través de un acto cuya finalidad es precisamente asignar el bien a un nuevo uso.

- Presunta: se produce cuando en el hecho un bien se ha destinado a un fin distinto, del que señala su acto de afectación.

También se distingue entre mutación demanial objetiva y subjetiva.

- Mutación objetiva: un bien afectado a satisfacer un fin establecido, es destinado a una finalidad distinta de aquella que motivo su ingreso al dominio público.

- Mutación subjetiva: se produce en los casos de alteración del sujeto titular del bien. Como ya lo hemos analizado anteriormente, ello no podría producirse en Chile, puesto que el titular del dominio público es única y exclusivamente la Nación.

IV. USO COMÚN.

Se habla de uso común de los bienes de dominio público, para referirse a aquel que se ejerce por las personas en general, de forma anónima. Es el uso que pueden hacer de los bienes de dominio público todos los habitantes de un país, por su sola condición de tales; este uso está

sujeto a las disposiciones establecidas por la autoridad competente, en relación a los bienes de que se trate. La regla general la constituye el uso común, por el simple hecho de que se trata de un bien nacional de uso público como se llama en nuestro sistema jurídico al dominio público, el uso especial, como veremos debe estar autorizado por el legislador (otorgamiento de permisos, concesiones, etc.). Ello nos permite afirmar que es posible ejercer una acción en caso de conculcarse el uso común, sin autorización legislativa. Creemos que la acción destinada a resguardar el uso común encuentra su fuente normativa fundamentalmente en el artículo 19 N° 23 de la Constitución que al referirse a aquellos bienes cuyo uso pertenezca a la Nación toda, se refiere precisamente al uso común; otra expresión de acción destinada a resguardar el uso común se encuentra en el artículo 948 del Código Civil que establece “ *la Municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos los derechos concedidos a los dueños de las heredades o edificios privados.*” En este artículo se concede una acción popular por la cual cualquier persona puede recurrir a la Justicia, a fin de que se respete el uso común a que están destinados los bienes nacionales de uso público; además esta norma confirma nuestra conclusión en cuanto a que el titular del dominio público en Chile, es la Nación, puesto que este artículo asimila a todas y cada uno de los integrantes de la Nación a un propietario. El Repertorio de Legislación y Jurisprudencia a propósito de este artículo contiene la siguiente doctrina: “*Establecido que un camino es público, y constituye, por tanto, un bien nacional, que ha sido cerrado sin permiso de*

la autoridad respectiva y que la persona que lo cerró se ha apropiado del terreno, los vecinos e interesados en que se mantenga expedito el tránsito, tienen derecho perfecto para pedir que se restituya el camino a su antiguo estado, destruyéndose, al efecto, los cierros hechos en él.”⁶⁹

Santiago Montt, define el uso común como “*la facultad o derecho de todos los habitantes de servirse de los bienes demaniales afectos a un uso público, de modo que el uso de unos no impida el de los demás.*”⁷⁰

1). Naturaleza jurídica del uso común :

No existe consenso, acerca de este tema, se proponen varias doctrinas, para justificar este tipo de utilización. A continuación nos referiremos a ellas, brevemente.

- Uso común, como derecho de carácter privado: esta teoría postula que el uso común, es el ejercicio por parte de los habitantes de una Nación, de un derecho real del privado respecto de una cosa, esta doctrina se funda en el dominio público observado como una propiedad colectiva, en la cual participan todos los miembros de la comunidad. Esta doctrina es representada por Gierke y Ihering.

- Uso común, como ejercicio del derecho de libertad del hombre: esta doctrina es seguida por Hauriou; en Argentina sostiene esta teoría principalmente Miguel Marienhoff.

⁶⁹ REPERTORIO de Legislación y Jurisprudencia, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996. P. 448.

⁷⁰ MONTT, Santiago. Op cit. P. 259.

Esta teoría postula que el uso común de los bienes de dominio público, está basado en la libertad del hombre, como derecho natural, preexistente al Estado.

Marienhoff, señala *“el uso común, dada su índole, nos pone en presencia de atributos naturales del individuo, de potestades inherentes a la personalidad humana, rasgo que resalta nítidamente si se considera el derecho a beber, a bañarse y a lavar las ropas en las aguas públicas. Es un derecho preexistente al Estado, innato en el individuo, que le pertenece en su calidad de miembro de la comunidad, como consecuencia de su condición de hombre.”*⁷¹

- Uso común como ventaja de hecho: en esta posición se inscribe principalmente Alessi.

Sostiene que la facultad de los particulares de usar el dominio público, es una simple ventaja de hecho, no se trata de un derecho subjetivo, sino de una situación dada, que no puede entenderse incorporada al patrimonio de las personas, por ello el individuo no tiene acción para proteger su facultad de uso, pues no se trata de un derecho, sino de un hecho, una mera ventaja.

- Uso común como derecho subjetivo: acá se ve al uso común como parte de una función pública, consistente en la apertura a la libre circulación de los particulares en los bienes demaniales, *“como en una actividad de tutela del uso que la administración ejercita sobre los bienes de dominio público.”*⁷² En este sentido nace un derecho subjetivo para los habitantes de

⁷¹ MARIENHOFF, Miguel .Op cit. P. 300.

⁷² MONTT, Santiago. Op cit. P. 274.

la Nación, en cuanto pueden exigir una prestación de la Administración del Estado.

- Se dice que el uso común es un derecho subjetivo público entendido como el derecho de los habitantes del Estado de usar los bienes demaniales, como una facultad equivalente a la que se tiene en relación a los servicios públicos.

Se trata de un derecho subjetivo, de carácter cívico, es decir, que corresponde a todo ciudadano por su condición de tal, se reconoce a toda la colectividad y no a un sujeto determinado. Esta teoría ha sido plantada fundamentalmente por Guneciardi.

2). Características del uso común :

Las características básicas del denominado uso común, de los bienes de dominio público son:

- Libertad: en el uso, ya que la utilización no está sujeta a una formalidad dada previamente.

- Igualdad: el uso es igualitario a todos los usuarios, ya que todos ellos se encuentran en una misma posición y deben ser tratados sin preferencias.

- Gratuidad: el uso común de los bienes de dominio público, es gratuito, es decir, en principio no está sujeto al pago de tasas o cánones; ello presenta excepciones como el pago de peajes por el uso de las carreteras, pero estas excepciones se encuentran expresamente reguladas, es decir, la regla general es la gratuidad en el uso de los bienes de dominio público y la excepción es el pago de cánones.

- Sin fecha de término: es decir, el uso común es posible, mientras, el bien exista como tal.

- Anónimo: el usuario que puede hacer uso de los bienes de dominio público, no está previamente determinado, en el caso de uso común, sino que cada habitante de la Nación se encuentra habilitado para la utilización de estos bienes.

En nuestro derecho sólo encontramos una disposición que se refiere someramente al uso común y en términos generales nos da algunas indicaciones, nos referimos al artículo 598 del Código Civil, que señala:

“el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en los ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen.”

V. USO ESPECIAL.

Se trata de aquel que únicamente pueden realizar las personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento vigente. Este uso puede ser obtenido a través de cualquiera de los medios que establezca el ordenamiento respectivo.

En nuestro derecho podemos señalar el artículo 36 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que señala *“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 podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurran 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 aquel.”

Estudiaremos el uso especial en virtud de permisos de uso y concesiones.

1). Permisos de uso :

Es el acto administrativo que otorga un uso especial del dominio público. A través de él se otorga a un particular en forma exclusiva y excluyente el uso de un bien de dominio demanial.

En cuanto a su naturaleza jurídica existen dos teorías. La primera de ellas se refiere al uso especial en virtud de un permiso de uso, como una mera tolerancia de parte de la Administración, esta doctrina es sostenida por Otto Mayer, quien señala “*se puede otorgar al individuo una facultad puramente de hecho: el poder de utilizar la cosa pública, de una manera no comprendida en el uso de todos.*”⁷³

⁷³ MAYER, Otto. Derecho administrativo Alemán. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982. P. 235.

Según esta doctrina, el titular del permiso, no tiene un derecho subjetivo, sino que se encuentra en una situación de precario, es decir, puede ponérsele término a la situación en cualquier momento.

En América sigue esta doctrina Miguel Marienhoff, quien al respecto señala *“el permiso de uso constituye básicamente una tolerancia de la Administración pública. No es un derecho público subjetivo, para su titular.”*⁷⁴

Una segunda doctrina considera al permiso de uso como un acto de concesión, el sostenedor de esta teoría es Hauriou, de acuerdo a ella el acto que otorga un permiso no se traduce sólo a una situación fáctica, sino que crea derechos a favor del titular del permiso, ello porque éste otorga el uso privativo de un bien de dominio público, por lo tanto se dice se trata de una concesión, que crea un derecho.

El artículo 36 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, acoge la primera teoría a que hemos hecho alusión, ya que se refiere expresamente a la precariedad de los permisos.

1.1) Características :

- Discrecionalidad: implica que el otorgamiento de un permiso, corresponde a la autoridad competente, quien no está obligada a darlo, sino que está habilitada para hacerlo. Lo que no implica que el acto de revocación no deba fundamentarse . Su otorgamiento y revocación son discrecionales pero no arbitrarios, por lo que aún en éste caso se debe justificar en un interés público la revocación. La Ley Orgánica

⁷⁴ MARIENHOFF, Miguel .Permiso especial de uso de bienes de dominio público. Régimen jurídico de precariedad Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot ,1996.P. 28.

Constitucional de Bases de la Administración del Estado impone la obligación de motivar los actos administrativos, en su artículo 13, inciso 2º al señalar “ La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella.”

- Unilateralidad: los permisos administrativos, no son contratos administrativos, sino que se trata de una manifestación de voluntad de la Administración, o sea, de un acto jurídico unilateral.

- Precariedad: se trata de un permiso que puede ser revocado en cualquier momento, sin derecho a indemnización de parte de la administración pública.

- El permiso es una técnica jurídica de ocupación demanial que genera una situación jurídica débil e inestable. Ello implica que cualquier interés público puede anteponérsele para justificar su revocación, pero ésta no puede ser resultado de un simple “querer” de la autoridad, sino que debe ser fundada, como todos los actos administrativos, según antes señalamos.

1.2) Extinción del permiso :

El permiso de uso puede extinguirse por diferentes causales, como:

Vencimiento del plazo: el acto por el cual se concede un permiso de uso, puede tener una fecha de término establecido, ello no obsta a que pueda ponérsele fin antes de su cumplimiento.

Revocación: la Administración puede revocar el permiso, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

- Caducidad: es el medio de extinción de que dispone la Administración para sancionar el incumplimiento de obligaciones por parte del permisionario, la caducidad no opera *ipso iure*, sino que es necesario un acto administrativo, que la declare.

- Desafectación del bien: si el Estado desafecta el bien sobre el cual se concedió el permiso, opera *ipso iure* el término del permiso.

- Renuncia: como el permiso se otorga en interés del permisionario, nada obsta a que su titular pudiese renunciar a él.

2). Concesión :

Marienhoff define concesión de dominio público como “*uno de los medios que la ciencia jurídica ofrece para el otorgamiento de derechos especiales de uso sobre dependencias de dominio público.*”⁷⁵

Las concesiones de dominio público, se otorgan básicamente con el fin de hacer más productiva la utilización del demanio.

2.1) Naturaleza jurídica:

La naturaleza jurídica de la concesión administrativa ha sido un aspecto sumamente discutido en el Derecho Administrativo. La doctrina ha formulado básicamente tres teorías acerca de este tema.

Para una parte de la doctrina, la concesión demanial, es un acto administrativo, unilateral, del que nacen derechos a favor del titular de la concesión; de acuerdo a esta teoría la causa *obligationis* del concesionario es diferente a la que persigue el concedente, la Administración, puesto que ésta lo que persigue es satisfacer el “interés general”, por ello “*la*

⁷⁵ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Dominio Público. Buenos Aires, Tipográfica Argentina , 1960. P. 342.

*administración obra como autoridad, según la norma de Derecho Público: esto revela la calidad de acto de imperio de la concesión.”*⁷⁶ De esta manera, si la concesión es un acto de imperio, no es posible que en su formación participe un privado, es decir, no hay unión de dos voluntades, por tanto la concesión sería un acto unilateral de la administración. En nuestro derecho acoge esta posición Silva Cimma, quien señala *“a nuestro juicio tanto el permiso de uso como la concesión son actos unilaterales de la autoridad, sin que obsten a ello las circunstancias de que el concesionario pueda adquirir ciertos derechos que nacen únicamente de la determinación espontánea y unilateral de la autoridad y de que exista una prestación económica que podría ser el precio de la concesión.”*⁷⁷

Otra parte de la doctrina se pronuncia en torno a que la concesión demanial es un contrato administrativo, es decir, un acto que produce efectos jurídicos y que tiene su origen en la manifestación de voluntad de la administración y del sujeto a quien se le otorga el derecho, aún cuando muchas veces éste manifiesta sólo una voluntad meramente adhesiva.

Si se trata de un contrato administrativo, se crea una relación jurídica que establece derechos y deberes para las partes. A favor de esta doctrina se manifiesta Marienhoff, quien señala *“la concesión de uso de dominio público constituye pues, un negocio jurídico, bilateral. De ahí que generalmente se le considera como una especie dentro de los contratos administrativos, regido exclusivamente por el derecho público, con*

⁷⁶ VERGARA, Blanco. Alejandro. Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras. Santiago, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, volumen 16, año 1989. P. 784.

⁷⁷ SILVA, Cimma Enrique. Op cit P. 250.

exclusión del derecho privado, tal como ocurre con todo lo relacionado con el dominio público, cuyo régimen es exorbitante del derecho privado.”⁷⁸

Existe además una tercera teoría, que entiende la concesión como un acto mixto; esta doctrina nace como una reacción a la doctrina contractualista. Las razones que se aducen para abandonar la descrita doctrina contractualista son básicamente dos: por una parte, la situación de los terceros beneficiarios quienes al no ser mencionados produce una desfiguración en la teoría, ya que no cabe esta figura dentro de la estipulación a favor de un tercero, la segunda razón dice relación con la relación entre el concedente y el concesionario, al respecto se señala *“el acuerdo de voluntad no puede ser considerado como contractual en razón del objeto sobre el que recae el acuerdo. Este objeto es la organización y funcionamiento de un servicio público del que la Administración debe conservar constantemente la dirección; una materia tal escapa al dominio contractual en virtud del principio fundamental según el cual la organización de los servicios públicos es de competencia unilateral y exclusiva de los poderes públicos.”*⁷⁹

La teoría del acto mixto plantea que la concesión es un acto mitad reglamentario, mitad contractual, pues siempre un acto concesional parte con un carácter reglamentario, dado por todas las condiciones que lo afectan directamente y que son establecidas por los poderes públicos, luego viene la parte contractual que establece las relaciones entre ambas partes del acto, concedente y concesionario.

⁷⁸ MARIENHOFF, Miguel. Op cit. P. 354.

⁷⁹ VERGARA Blanco Alejandro. Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras. Santiago, Revista Chilena de Derecho, volumen 16, 1989. P. 783.

También se ha discutido, acerca de la naturaleza jurídica del derecho del concesionario sobre los bienes dados en concesión. El profesor Rolando Pantoja⁸⁰, cita respecto de este tema a dos connotados civilistas señalando *“para don Leopoldo Urrutia la enumeración de los derechos reales que hace el artículo 577 del Código Civil no es taxativa, lo que le permite afirmar que el derecho del concesionario no es el derecho real de uso de que trata el Código, sino otro, no contemplado en ella, pero que por su naturaleza se ejerce sin respecto de determinada persona, encontrándose amparado por las acciones posesorias. Para don Luis Claro Solar, en cambio, ese derecho es un simple derecho personal que se ejerce respecto de determinada persona, el concedente, y que emana del acto de concesión. Si los bienes nacionales de uso público son insusceptibles de propiedad privada, razona el señor Claro, mal podría sostenerse que admitan desmembraciones del dominio, como sería aceptar sobre ellos el ejercicio de un derecho real.”*

Por su parte Alejandro Vergara Blanco entiende que de la concesión, nace un tipo especial de relación jurídico administrativa, conjunto complejo de relaciones en que incluye: las potestades de la Administración, los deberes de la Administración y el concesionario y derechos, entre los cuales incluye *“el derecho real administrativo que ha surgido de la concesión como título de derecho.”*⁸¹

⁸⁰ PANTOJA, Bauza Rolando. Separata: Los contratos administrativos. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000. P.55.

⁸¹ VERGARA Blanco Alejandro. Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras. Santiago, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, volumen 16, 1989. P. 789.

2.2) Concesiones de dominio público en nuestro Derecho:

En nuestra legislación, de acuerdo a lo establecido por el artículo 63 numeral 10° de nuestra Constitución la enajenación, arrendamiento o concesión de bienes del Estado o de las municipalidades, es materia de ley. Son varios los cuerpos legales que tratan de esta materia de manera dispersa y es necesario tener en cuenta para estos efectos lo que establece la ley sectorial, así por ejemplo el artículo 36 de la LOC de Municipalidades que establece *“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 concurran 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.”

Nos referimos a este caso en particular, porque es precisamente a las municipalidades, a quienes corresponde la administración de un gran número de bienes nacionales, que son además los de utilización más frecuente por toda la comunidad, como calles, veredas, plazas, etc.

Pero, además pueden otorgar concesiones sobre bienes nacionales de uso público, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de acuerdo a la Ley General de Electricidad, la Subsecretaria de Telecomunicaciones, sobre el espectro radioeléctrico, y otros organismos administrativos, bajo cuya tuición se encuentren los bienes de que se trate, esto es la Municipalidad respectiva.

CAPÍTULO CUARTO:

TIPOS DE DOMINIO PÚBLICO.

I. DOMINIO PÚBLICO TERRESTRE.

El dominio público terrestre comprende todos los bienes nacionales de uso público de la superficie del territorio del Estado tales como, calles, plazas, caminos, etc.

En este acápite del trabajo nos referiremos a la regulación establecida en la Ley General de electricidad y en la Ley General de Telecomunicaciones, respecto de los Bienes Nacionales de uso público.

Comenzaremos el estudio de la materia con una brevísima reseña de la regulación acerca de estas materias en nuestro país.

1.1) Sector eléctrico (en relación al dominio público):

A fines del siglo XIX comienza en Chile la instalación de plantas de electricidad, pertenecientes a privados, un caso representativo de esta situación es el de la central de Chivilingo, ubicada en Lota y que perteneció a la familia Cousiño.

La primera ley eléctrica propiamente tal es del año 1925, DL 252, de acuerdo al cual el servicio de electricidad continua en manos de privados, otorga algunas servidumbres y concesiones para facilitar la producción. Esta situación perdura hasta el año 1940 en que se crea ENDESA (Empresa Nacional de Electricidad), filial de CORFO (Corporación de Fomento de la

Producción), que elabora un plan nacional de electrificación, cuya finalidad es dotar al país de una infraestructura eléctrica adecuada y bajo el amparo del cual se construyeron Centrales Hidroeléctricas como Abanico, Los Cipreses Los Molles y Rapel. Bajo este sistema se dicta en 1959, una nueva regulación a través del DFL 4, que fue reemplazado en 1978 por el DFL 2224 que crea la Comisión Nacional de Energía.

La actual ley eléctrica fue promulgada el día 22 de junio de 1982 del, corresponde al DFL 1 del Ministerio de Minería, esta ley sufrió su última modificación el 13 de marzo de 2004, a través de la ley 19.940.

El DFL1, vino a establecer cambios significativos en el servicio eléctrico, básicamente al hacer una separación entre proceso de generación, transmisión y distribución.⁸² Uno de los objetivos de esta regulación es promover la competencia en cuanto a la generación de electricidad. Respecto de la distribución y transmisión, regula fuertemente estas áreas, por existir un monopolio natural. A modo de ejemplo de esta situación establece libertad para regular los precios, sólo en para el caso de consumidores de a lo menos 2000 KW. Los consumos menores están sujetos a tarifas prefijadas.

⁸² **Generación:** la ley no lo define directamente ,pero se extrae de ella ,que se refiere a la producción de energía eléctrica .Extraemos esta definición del art.71-6 de la Ley Eléctrica que señala “*toda empresa que inyecte energía o potencia al sistema eléctrico con plantas de generación propias ...*” Por su parte el art.71-7 se refiere a algunas fuentes de generación así habla de “*los propietarios de los medios generación conectados al sistema eléctrico respectivo cuya fuente sea no convencional ,tales como geotérmica, eólica, solar, biomasa, mareomotriz, pequeñas centrales hidroeléctricas...*” .

Distribución: tampoco lo define la ley , pero se refiere al reparto de energía a los sistemas de transmisión.
Transmisión : la ley lo define en el artículo 71 ,estableciendo “*el sistema de transmisión o de transporte de electricidad ,es el conjunto de líneas y subestaciones eléctricas que forman parte de un sistema eléctrico ...*”

(a continuación la ley hace una distinción entre sistemas de transmisión :transmisión troncal ,sistema de subtransmisión y sistema de transmisión adicional ,no nos extenderemos a ello, porque escapa al objeto de este trabajo)

Los principios inspiradores de esta ley son:

- Libre entrada al sistema concesional: aplicada a los tres sectores, es decir, generación, transmisión y distribución. Se exige concesión sólo para establecer, operar y explotar instalaciones de servicios públicos de distribución.⁸³

Para establecer centrales hidroeléctricas, líneas de transporte y transmisión, la concesión es facultativa para el operador, aunque, es ella la que permite imponer servidumbres sobre terrenos y redes existentes.

El concesionario debe ser chileno o tratarse de una sociedad constituida en Chile, de acuerdo a la ley.

- Obligación de interconexión y coordinación: todos los concesionarios de igual naturaleza están obligados a interconectarse. Es un principio general del servicio eléctrico, que todas las instalaciones estén interconectadas o actúen con sincronismo en el sistema eléctrico, para preservar la seguridad del servicio y garantizar la operación más eficiente del sistema.

- No discriminación: fundado en el artículo 19 N° 21 y 23 de la Constitución Política. Los distribuidores deben licitar públicamente su establecimiento; Reglamento eléctrico DS 327 de 1997 regula la *“obligación de licitar los contratos de distribución,”* las bases de licitación deben ser informadas a la Fiscalía Nacional Económica.

⁸³ La ley en el art.7 define el servicio público de distribución señalando *“es servicio público eléctrico ,el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión ,o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zona ,que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros . Las empresas que posean concesiones de servicio público de distribución sólo podrán destinar sus instalaciones de distribución al servicio público y al alumbrado público”*.

Pasemos al tema que es objeto de este trabajo, la relación de esta ley con el dominio público, en nuestra legislación identificado con los Bienes nacionales de uso público.

La Ley eléctrica en su artículo 2 N° 3 establece un permiso reglado cuya única condición es ser concesionario de un servicio de distribución ⁸⁴ para que “las líneas de transporte y distribución de energía eléctrica puedan usar y/o cruzar calles, otras líneas eléctricas y otros Bienes nacionales de uso público.” Será la Municipalidad respectiva quien estará obligada a otorgarlo, puesto que no posee margen de discrecionalidad, por lo que si lo niega estará incurriendo en ilegalidad.

El mismo artículo en su N° 4 también se refiere a los Bienes nacionales de uso público establece así: artículo 2: *“Están comprendidas en las disposiciones de la presente ley:*

N° 4 Las servidumbres a que están sujetos

b) las postaciones y líneas eléctricas, en aquellas partes que usen Bienes Nacionales de uso público. El artículo 16, señala “las concesiones de servicios públicos de distribución otorgan el derecho de uso de Bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas, y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión.”

Como podemos ver, esta ley, se refiere a varios temas en relación a los Bienes nacionales de uso público:

1° Configura un permiso legal, para realizar un uso especial, como lo es que las líneas eléctricas puedan usar o atravesar calles y otros Bienes

⁸⁴ Es el acto administrativo que otorga un uso especial del dominio público; se otorga a un particular en forma exclusiva y excluyente el uso de un bien de dominio demanial. Respecto de su naturaleza jurídica, nos remitimos a lo señalado en la página 22 de este trabajo.

nacionales de uso público. Es decir, el operador del servicio, cuenta con este permiso otorgado por la ley, y que de acuerdo al artículo 12 de la ley a la que nos referimos debe ser materializado a través de la Municipalidad, la ley no establece ninguna restricción por lo que la Municipalidad no puede negarlo, sino sólo le corresponde ejecutar este mandato de la ley.

2º Servidumbres: como ya lo dijimos el art. 2 n°4 letra b) faculta al operador a imponer servidumbres sobre “postaciones y líneas eléctricas que usen Bienes nacionales de uso público.” Es decir, aquel que use para instalar sus postaciones Bienes nacionales de uso público, está gravado con la servidumbre referida, es decir, otro concesionario podrá hacer uso de sus postaciones.

De acuerdo, a los art.61 a 68 el titular de la concesión, debe pagar al propietario del predio sirviente, una cantidad de dinero que represente el valor de todo el terreno ocupado por las obras (embalses, torres de líneas, postes, etc.), los perjuicios ocasionados durante la construcción de ellas, y el perjuicio que ellas mismas causen, además de una indemnización por el tránsito que el concesionario tiene derecho a efectuar por el predio para custodiar, conservar y reparar las líneas.

En relación a la servidumbre con que se encuentran gravados los Bienes Nacionales de uso público, nada se dice respecto del pago que el concesionario deba hacer al Estado, por lo que creemos que en este caso la servidumbre es gratuita, ya que se regula el pago, sólo a propósito de las servidumbres que gravan la propiedad privada. Además nos parece del todo lógico que en este caso no se cobre a los concesionarios, pues una de las características de los Bienes Nacionales de uso público, es precisamente

que “su uso corresponde a la Nación toda,” por ende y dado que se trata de una servidumbre constituida para la prestación de un servicio público en beneficio de toda la comunidad no parece razonable un cobro que conllevaría un mayor costo del servicio para la población.⁸⁵

3° Concesiones: el art. 16, ya antes referido, otorga el derecho a usar Bienes nacionales de uso público, para el tendido de líneas tanto aéreas como subterráneas. O sea, aquel que obtenga una concesión eléctrica, tiene derecho al uso del dominio público.

⁸⁵ En este sentido debemos señalar que se presenta un conflicto, dado el vacío existente en la ley eléctrica, respecto a si la servidumbre constituida sobre bienes nacionales de uso público, es o no gratuita. Las Municipalidades de acuerdo a su ley Orgánica Constitucional tienen la administración de los bienes nacionales de uso público que en general los faculta para cobrar por el uso de los bienes que administran. La ley eléctrica no exime a los concesionarios de este pago expresamente, aunque como lo señalamos anteriormente, al establecer la obligación de pagar a los privados, podríamos entender que exime de este pago cuando se trata de bienes nacionales de uso público. Este vacío ha generado conflicto entre las Municipalidades y los concesionarios eléctricos. Cabe agregar que la Ley General de Servicios Sanitarios, resuelve textual y expresamente este problema pues en su artículo 9 bis, señala pueden utilizar gratuitamente los bienes nacionales de uso público, para instalar infraestructura sanitaria.

1.2) Sector telecomunicaciones(en relación al dominio público):

La ley de servicios eléctricos de 1959, fue la primera que se refirió al tema, estableciendo un monopolio estatal para el servicio telegráfico. Las comunicaciones internacionales podían ser realizadas por empresas internacionales o de cables nacionales. El servicio privado se podía prestar sólo al interior del país, por medio de una concesión y dentro de un territorio delimitado; no se otorgaba concesión allí donde operaba el monopolio estatal, es decir, en el sector telegráfico.

En 1978 se dicta la Ley General de Telecomunicaciones, N° 18.168, ella marca una radical reforma en el marco regulatorio de las telecomunicaciones.

Las explotaciones de los servicios de telecomunicaciones pueden ser privados, servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusiones.

Se establece un procedimiento reglado para el otorgamiento de concesiones. Como organismo regulador se señalan la Subsecretaría de Telecomunicaciones y los organismos de control antimonopolio regulados en el DL 211 de 1973.

Los principios que gobiernan esta ley, son:

- Igualdad de acceso al sistema: el artículo 2 y 8 de la Ley General de Telecomunicaciones establecen expresamente, así el artículo 8 establece “para todos los efectos de esta ley, el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones o licencias de telecomunicaciones...”

- Obligatoriedad de interconexión: artículo 25 de la ley. Los operadores del sistema están obligados a las interconexiones que determine la Subsecretaría. Deben proveer los medios para que la interconexión, el que tiene la red y permitir la conexión en los puntos que se fijen por la Subsecretaría de telecomunicaciones, para evitar barreras de entrada.

- No discriminación: el acceso a las redes es clave en un sistema de monopolios.

- Libertad tarifaria: artículo 29 de la ley. Se establece la libertad tarifaria de servicios públicos de telecomunicaciones y de servicios intermedios de telecomunicaciones.⁸⁶ Se contemplan dos tipos de servicio sujetos a fijación tarifaria, ellos son:

- Los que expresamente señale la ley, ejemplo: cobros de interconexión; y

- Los señalados por la Comisión resolutive antimonopolios, cuando *“las condiciones existentes en el mercado no sean suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria”*(art 29).

Luego de esta breve relación del contenido de la Ley General de Telecomunicaciones nos referiremos a ella en lo concerniente al objeto de nuestro estudio, es decir, el dominio público. Esta ley establece un sistema bastante parecido, al de la Ley General de Electricidad, aunque existen en ella una regulación menos exhaustiva del tema. Así el artículo 18 establece *“los titulares de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho a tender*

⁸⁶ Art 3 letra b) Servicios públicos de telecomunicaciones: son los que buscan satisfacer las necesidades de la población en general. Se presta directamente a los usuarios. Existe la obligación de dar suministro.
Art 3 letra e) Servicios intermedios de telecomunicaciones :es el dado a terceros a través de redes para dar un servicio a los concesionarios del servicio público o a los usuarios de larga distancia.

o cruzar líneas aéreas o subterráneas en calles, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para los fines específicos del servicio respectivo.”

Como podemos ver, también esta ley concede a los operadores del sistema de telecomunicaciones el uso de Bienes nacionales de uso público, para desarrollar la actividad, acá nada se señala respecto al órgano ante quién debe gestionarse el permiso, como en la ley general de electricidad, pero creemos que ha de ser ante aquel órgano que tenga a su cargo la administración del bien de que se trate, esto es la Municipalidad respectiva.

1.3) Calidad jurídica de las postaciones:

Este es un tema respecto al cual ha existido algún grado de discusión.

Para saber a quién corresponde la propiedad de los postes hay que hacer una distinción entre postes de distribución de energía eléctrica y postes de alumbrado público.

Los primeros son *“aquellos destinados al servicio público de distribución de energía eléctrica”*⁸⁷ y se encuentran bajo tuición y administración de la respectiva empresa concesionaria, generalmente pertenecen a estas empresas, independientes de que puedan soportar luminarias de alumbrado público.

Por su parte los postes destinados al alumbrado público, que la Municipalidad dispone en cumplimiento de sus funciones, que no soportan una red de energía eléctrica, son de su propiedad (el servicio de alumbrado por parte de la Municipalidad puede prestarse usando postes de una

⁸⁷CONTRALORÍA General de la República, Dictamen N°24860, 13 de junio de 2003.

concesionaria, en este caso nos encontramos ante la situación referida en el párrafo anterior).

El tema ha sido resuelto por la Contraloría General de la República, el Dictamen 24.860 de 13 de junio de 2003, en este caso la Asociación de empresas de Servicios Públicos A.G. solicita a la Contraloría la aclaración respecto de jurisprudencia suya, en relación a la calidad de las postaciones eléctricas cuando forman parte de las obras de urbanización.

La Contraloría estableció *“los postes que debe instalar el concesionario de distribución eléctrica en el área de concesión, sea o no un terreno urbanizado, toda vez que la ley no distingue, son instalaciones eléctricas que el titular debe disponer para el cumplimiento de los deberes que le impone la misma, con independencia de que se trate de terrenos fiscales, municipales, nacionales de uso público o particulares, para cuyo efecto la ley prevé la imposición de servidumbres a favor del concesionario, reguladas especialmente en los artículos 47 y ss, de la ley.”*

A su vez el concesionario está obligado a dejar pasar por sus postes las líneas de alumbrado público, puesto que sus instalaciones se encuentran afectas a servidumbres a favor de ciertas entidades, entre las cuales se encuentran las Municipalidades. Es decir, los concesionarios tienen la obligación de colocar las postaciones para brindar el servicio, para ello la ley le otorga el derecho a usar de Bienes nacionales de uso público.

En cuanto a la consulta hecha, en relación a la calidad que adquieren los postes, luego de recepcionada la urbanización por parte de la Dirección de obras municipales, se señaló que es el propietario del bien urbanizado quien tiene la carga de ejecutar las obras necesarias para ello de acuerdo al

artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Por su parte el artículo 135 del mismo cuerpo legal, establece que al ser recepcionadas las obras por la Municipalidad, estas pasan a integrar los Bienes nacionales de uso público.⁸⁸

El pronunciamiento de la Contraloría respecto del tema señala *“las postaciones de la red eléctrica, aún las recepcionadas por la Municipalidad al término de la urbanización, siempre se encuentran afectadas a un régimen especial de concesión regulado por la Ley General de Servicios Eléctricos, por lo que la titularidad de dichas instalaciones eléctricas corresponde a la empresa concesionaria.”*

Como vemos el artículo 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, establece una regla opuesta al principio “ lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, que ha sido acogido en nuestra legislación, reflejándose fundamentalmente en el Título V del Libro segundo del Código Civil, “De la Accesión.”

Los postes jurídicamente serían inmuebles por adherencia de acuerdo al artículo 568 del cual *“se desprende que inmuebles por*

⁸⁸ Art. 134 Ley General de Urbanismo y Construcciones: “ Para urbaniza un terreno, el propietario del mismo deberá ejecutar, a su costa, el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, las instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y de aguas lluvias, y las obras de defensa y de servicio del terreno.

Sin embargo, cuando las obras de alimentación y desagüe que deban ejecutarse beneficien también a otros propietarios, el servicio respectivo determinará el pago proporcional que corresponda al propietario en estas obras, en la forma que determine la Ordenanza General.

Las plantaciones y obras de ornato deberán ser aprobadas y recibidas por la Dirección de Obras Municipales respectiva.

Art. 135 Ley General de Urbanismo y Construcciones “ Terminados los trabajos a que se refiere el artículo anterior, el urbanizador solicitará su recepción al Director de Obras. Cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción indicada, se considerarán, por este solo hecho, incorporadas al dominio nacional de uso público todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada.”

adherencia son ciertos bienes que, siendo muebles, se reputan inmuebles por estar adheridos permanentemente a un inmueble.”⁸⁹

Si la regla del art.135 no existiera las postaciones, que formasen parte de las obras efectuadas en un proceso de urbanización, pertenecerían al dueño de ese terreno, según el principio antes señalado, más aún los artículos 668 y 669 del C.C. Así lo establecen señalando “*si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción...*”

II. DOMINIO PÚBLICO FLUVIAL Y LACUSTRE.

Comprende todas las aguas del territorio nacional. Nos referiremos a la situación de las aguas a lo largo de la historia, para ilustrar la situación actual.

El derecho romano realizó una clasificación de las cosas en relación a la posibilidad de apropiación o pertenencia al patrimonio individual, desde esta perspectiva se distinguía entre cosas que se encontraban dentro del comercio humano, sobre las cuales se podía ejercer propiedad y cosas que están fuera del comercio, es decir, inapropiables.

Las cosas extrapatrimoniales podían serlo por derecho divino, si su destinación era a fines religiosos, o por derecho humano, si la razón de su exclusión se encontraba en razones de interés público, usualmente ligadas a usos generales establecidos por el Estado o por las ciudades romanas.

⁸⁹ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. Los Bienes: la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1997. P.32.

Para determinar las cosas que por derecho humano se encontraban fuera del patrimonio, se distinguió de acuerdo a las características de ellas entre cosas comunes a todos los hombres, cosas universales y públicas.

En el derecho romano las aguas se clasifican en:

- No apropiables: o *extra commercium*, eran aquellas que por su naturaleza no podían incorporarse al patrimonio de un individuo; en ellas se incluían, las aguas comunes a todos los hombres y las aguas públicas.

1) Aguas comunes: se trata de una inapropiabilidad dada por la situación natural del agua, así las aguas lluvias y las aguas del alta mar, se debe agregar las aguas corrientes, *acqua profluens*, es una noción abstracta pues no se trata del río, sino que el agua en movimiento contenida dentro de él. Hoy nuestro artículo 585 del Código Civil⁹⁰ recoge una parte de estas denominadas aguas comunes, las aguas del alta mar.

2) Aguas públicas: en este caso no nos encontramos ante una inapropiabilidad natural, sino que por efecto de su aptitud o destinación efectiva; la declaración de aguas publicas, se refiere a aguas intrínsecamente apropiables, es decir, que pueden ser objeto de dominio, pero por razones de conveniencia y utilidad general, no se acepta a su respecto el dominio privado. En esta calidad se incluye lo que hoy denominamos mar territorial, el límite de éste está determinado por la navegación, es decir, comprendía la porción de agua que bordea la costa, y en la cual era posible la navegación. Se incluía también los ríos, dentro de

⁹⁰ Artículo 585 C.C. “ Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.”

los cuales se distinguía entre navegables, perennes y de cierta magnitud, que eran públicos y los que no reunían estas características eran privados.

- Apropiables: aguas *intra commercium*, en ellas se incluía:

1) los ríos, arroyos y torrentes, no navegables, de menor magnitud, carentes de perennidad e inaptos para satisfacer necesidades públicas, considerados privados.

2) Lagos, considerados privados.

3) Aguas subterráneas :eran consideradas privadas; y.

4) Aguas de vertientes situadas dentro de una propiedad única .

En el derecho indiano lo más importante en materia de aguas fue la declaración hecha por el rey Carlos V, de acuerdo a la cual todas las aguas pertenecían al dominio de la Corona, lo que significa en términos actuales que tenían el carácter de públicas y que su acceso por los particulares se haría en adelante por concesiones gratuitas o mercedes.

Luego, ya durante el período republicano, el gobierno de O'Higgins, dicta en el año 1819 un Senado - Consulto, que establece:

“El regador, bien sea, del canal Maipo, o de cualquier otro río, se compondrá en delante de un sesma de alto, una cuarta de ancho, con un desnivel de quince pulgadas, el que se aprecia en 750 pesos, cuya venta se verificará en dinero contado; previéndose que así como el que necesitase menos, nunca podrá bajar ce la mitad; y que los marcos...”

Este Senado –Consulta, establece una medida común en las aguas del país, admite la comercialidad del derecho de aguas y además establece la servidumbre de acueducto como obligatoria y gratuita. ”

La Constitución de 1833, en su artículo 12 N° 5, reconoció el derecho de propiedad sobre derechos adquiridos con anterioridad, lo que incluyó los derechos de aprovechamiento de aguas.

Antes de la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria, existían aguas que eran bienes nacionales de uso público y otras que pertenecían a los particulares. Desde esa ley todas las aguas existentes en el territorio nacional son bienes nacionales de uso público, así lo establece el artículo 5 del actual Código de Aguas, aprobado por el DFL N° 1.222, del 29 de octubre de 1981, Ministerio de Justicia.

La Carta fundamental vigente en el artículo 19 N° 24 inciso final también reconoce la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.⁹¹ Como vemos la Constitución asegura la propiedad de los derechos de aprovechamiento constituidos o reconocidos, esta distinción es muy importante porque la forma de asignación del recurso ha variado en el transcurso del tiempo, así el Código Civil, estableció en 1855 el sistema de riberaneidad, propio de los países húmedos, y que contenía el Código civil francés del cual lo tomó Bello, este sistema de asignación consiste en la autorización libre del uso de las aguas para el propietario de un predio riberano al cauce natural. El Código de Aguas en los artículos 310 a 313, establece normas para el reconocimiento de derechos de aprovechamiento, adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual legislación en esta materia, con ello se persigue el respeto a los derechos adquiridos.

⁹¹ Art 19 “la Constitución asegura a todas las personas:

N°24 El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Inc. final Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad de ellos.”

El artículo 310⁹², da validez y reconoce los derechos preexistentes, provenientes de actuaciones de autoridades concedentes anteriores, reconoce también los derechos emanados del sistema de riberaneidad, y acepta la prescripción, orientada a los derechos, y no a las aguas. Los artículos siguientes se refieren a la calidad que ha de otorgarse a los derechos reconocidos (consuntivo no consuntivo, etc.).

En cuanto a la constitución de un derecho el Código establece un procedimiento regulado, con algunas diferencias para las aguas superficiales y subterráneas. Este procedimiento se encuentra reglado en los artículos 140 y siguientes del C. de Aguas, acá nos referiremos a él de la manera más sucinta posible.

Para obtener un derecho de aprovechamiento debe presentarse una solicitud ante la oficina de la Dirección General de Aguas (en adelante DGA) o, de no existir en el lugar, ante la Gobernación respectiva (la competencia está definida por provincias). Esta solicitud debe ser publicada en los 30 días siguientes a su presentación, en un diario de la capital de la provincia, o si no existe dicho periódico, en uno de la capital de la región. A partir de esa publicación nace un plazo para que terceros que se sientan afectados se opongan, si se da esta situación el solicitante tiene 15 días para contestar la oposición, luego de ello la DGA analiza el expediente y se

⁹² Art. 310 “Subsistirán los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación de este Código, y los que emanen:

1. De mercedes concedidas por autoridad competente, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2° y 5° transitorios;
2. De los artículos 834,835 y 836 del Código Civil, con relación a los propietarios riberanos y del artículo 944 del mismo Código, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones, siempre que estén en actual uso y ejercicio, y
3. De prescripción.”

encuentra facultada para pedir aclaraciones o informes técnicos adicionales. La DGA tiene un plazo de 4 meses para resolver la petición, (art.134). Su pronunciamiento es susceptible de un recurso de reconsideración, el que debe presentarse ante la misma DGA, y de un recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones, correspondiente.

La resolución de la DGA que otorga el derecho de aprovechamiento solicitado, debe reducirse a escritura pública suscrita por el interesado y el representante de la DGA o la persona en quien delegue esta función. Esta resolución debe inscribirse en el Conservador de bienes raíces del lugar donde se encuentre la bocatoma del canal matriz del cauce natural, sobre cuyas aguas se otorgó el derecho de aprovechamiento.

El Código contempla la posibilidad de que se presenten varias solicitudes respecto del mismo derecho, en este caso si no hay disposición suficiente del recurso para otorgarlo a todos los solicitantes, se realiza un remate, para la asignación del derecho.⁹³ Excepcionalmente, el art. 148 establece que no se realizará este remate, sino que será el Presidente de la República quién otorgue el derecho, por razones de interés público, esta situación se produjo, en Porvenir, en donde se solicitó el derecho de aprovechamiento, por la Municipalidad y una empresa privada, otorgándolo el Presidente a la primera por razones de “interés público.”

En algunas situaciones es la propia ley la que otorga el derecho de aprovechamiento:

⁹³ Art 142 C. de Aguas “ Si dentro de plazo de seis meses contados desde la presentación de la solicitud, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto.”

Así el artículo 10 del Código de Aguas⁹⁴, otorga el derecho de aprovechamiento sobre las aguas lluvias (es decir las personas no necesitan de ninguna concesión para utilizar estas aguas), el artículo 20 inciso segundo, del mismo cuerpo legal⁹⁵ otorga este derecho sobre las aguas de una vertiente que nace y muere dentro de una misma heredad; el artículo 56 del C. de Aguas⁹⁶ otorga el llamado derecho de la sed, según el cual se otorga el derecho de aprovechamiento de aguas, para uso doméstico y bebida, según este artículo el propietario de un predio puede hacer en el un pozo, y no necesita de un derecho de aprovechamiento, para la utilización de sus aguas, pero ella debe obedecer a fines estrictamente domésticos, en los que se incluye, bebida para las personas y sus animales eventualmente, regadío de sus huertos, etc.

En cuanto a los cauces el artículo 30 del C. de Aguas los define señalando *“álveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas*

⁹⁴ Artículo 10 C. De Aguas “ el uso de las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio de propiedad particular corresponde al dueño de éste, mientras corran dentro de su predio o no caigan a cauces naturales de uso público.

En consecuencia, el dueño puede almacenarlas dentro del predio por medios adecuados, siempre que no se perjudiquen derechos de terceros”.

⁹⁵ Artículo 20 C. De Aguas, inciso segundo “ Exceptuándose los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como asimismo, sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia de este Código. La propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el sólo ministerio de la ley, al propietario de las riberas. Se entiende que mueren dentro de la misma heredad las vertientes o corrientes que permanentemente se extinguen dentro de aquella sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar”.

⁹⁶ Artículo 56 C. de Aguas “ Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos.

Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación.”

periódicas.” El inciso segundo de este artículo establece que ese suelo es dominio público, estableciendo *“Este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios riberanos podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas.”* La única excepción a esta regla esta contenida en el artículo 31 del C de Aguas, que establece que los cauces naturales de corrientes discontinuas, formadas por aguas pluviales, pertenecen al dueño del predio.

El artículo 39 del C. de Aguas, autoriza al titular de un derecho de aprovechamiento a conducir aguas particulares por cauces naturales *“las aguas de aprovechamiento particular podrán vaciarse en cauces naturales de uso público para ser extraídos en otra parte de su curso, previa autorización de la Dirección general de aguas.”*

El artículo 36 del señalado cuerpo legal, se refiere a la naturaleza jurídica de los cauces naturales de aguas detenidas, señalando *“álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria. Este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de 100 toneladas.”*

En la práctica, el DS N ° 11 de la Subsecretaria de Marina del Ministerio de Defensa, de 15 de enero de 1998, ha fijado los lagos que cumplen estas características y por tanto son bienes nacionales de uso público.

Por último en relación, a los cauces artificiales el artículo 36 del C. de Aguas⁹⁷, establece que integran el dominio privado, y de esta forma pueden ser bienes particulares o fiscales, si han sido construidos por el Estado.

Existe un organismo especializado en el tema de las aguas, que es la Dirección General de Aguas, que forma parte del Ministerio de Obras Públicas y depende directamente de él.

Este organismo tiene varias atribuciones, en relación a las aguas quizá, la más conocida e importante, sea conceder el derecho de aprovechamiento, pero su función no termina allí, la ley establece como otras de sus labores:

- Realizar estudios técnicos, destinados a conocer la situación de las aguas en el país sus características y disponibilidad.
- Protección y conservación de las aguas, destinada a mantener el recurso en condiciones de ser utilizado razonablemente y asegurar su disponibilidad futura.
- Planificación indicativa: consistente en la posibilidad que la autoridad del agua pueda efectuar estudios tendientes a entregar guías y consejos sobre las necesidades futuras de agua en el país y las posibles fórmulas para asegurar su disponibilidad.

⁹⁷ Art.36 C. de Aguas “ canal o cauce artificial es el acueducto construido por la mano del hombre. Forman parte de él las obras de captación, distribución y descarga del agua, tales como bocatomas, canoas, sifones, tuberías, marcos partidores y compuertas. Estas obras y canales son de dominio privado. Embalse es la obra artificial donde se acopian aguas.

III. DOMINIO PÚBLICO AÉREO.

La doctrina estima que el espacio, considerado como entidad vacía en la que se mueven los objetos corporales, no es un bien ni una cosa. Desde la época romana se ha considerado al aire como un bien común a todos los hombres, como tal no podría existir propiedad sobre él.

Las Siete Partidas, del Rey Alfonso X, el sabio establecen *“las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas, que viven en este mundo, son éstas; el ayre, e las aguas lluvias...”*

Nuestro artículo 585 del Código Civil sigue a las Siete Partidas,⁹⁸ aunque no su terminología, pues el artículo 585 sólo se refiere al alta mar como bien común a todos los hombres; pero debemos entender que la señala sólo a modo de ejemplo y de ningún modo se restringe estos bienes sólo a ella.

*“En la actualidad nadie duda que el aire, el sol, así como las aguas lluvias y el alta mar son bienes comunes a todos los hombres.”*⁹⁹

Con el desarrollo de la aeronavegación, el nacimiento y expansión de las telecomunicaciones, los Estados han tomado conciencia de la importancia del espacio aéreo suprayacente a sus territorios y la necesidad de definir el régimen jurídico aplicable a él.

Antes de la Primera Guerra Mundial (1914-1919), existían tres doctrinas acerca de la situación jurídica del espacio aéreo:

⁹⁸ DOUGNAC, Fernando, “Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como fundamento jurídico en Chile de la regulación de las emisiones atmosféricas.” Revista de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, 1993, Volumen 8 n°1. P. 91.

⁹⁹ Ibid.

- El espacio aéreo es libre: propugnaba un régimen de libertad absoluta en dicho espacio, considerando que es un medio de uso común, que no puede ser sometido a la soberanía de los Estados, ya que el aire por su calidad de móvil, no puede ser objeto de derechos. Esta doctrina fue defendida por Estados Unidos, en la Conferencia de Chicago sobre transporte aéreo civil, 1944.

- El Estado tiene completa soberanía sobre el espacio aéreo que está sobre su territorio: según esta teoría la soberanía del Estado es absoluta sobre el espacio aéreo que se encuentra sobre su territorio. Es la extensión del mismo principio jurídico de la soberanía que posee sobre su territorio. Esta doctrina es la adoptada por los acuerdos internacionales, en la materia.

- Resultado de una mezcla de las dos anteriores, surge la teoría ecléctica que establece que sobre el territorio hay dos zonas:

- Una inferior bajo la soberanía del Estado, correspondiente; y
- Una zona superior de espacio aéreo libre.

La práctica de los Estados durante la Primera Guerra Mundial, fue la soberanía absoluta, de tal forma que no se permitía el sobrevuelo sobre el territorio, de naves extranjeras, salvo si habían obtenido previamente una autorización.

Al término de la Primera Guerra Mundial, se firmó el Convenio de París, para la “Reglamentación de la navegación aérea internacional” (1919). El artículo 1º de ella establece *“las partes contratantes reconocen*

*plena y exclusiva soberanía sobre el espacio aéreo que está sobre su territorio y sus aguas jurisdiccionales.”*¹⁰⁰

En 1944, delegados de cincuenta y cuatro países se reunieron en Chicago, con el objeto de establecer una regulación internacional para el transporte aéreo civil. La Conferencia de Chicago, reemplazó el Convenio de París. Entre los principios generales de ella destaca la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo suprayacente a su territorio. El artículo 1º establece *“los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva sobre el espacio situado sobre su territorio.”*¹⁰¹

Este artículo tiene un carácter meramente declarativo, por cuanto a la fecha de celebración de este tratado la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo suprayacente era un principio reconocido de Derecho Internacional consuetudinario, vigente para todos los Estados sean o no parte de la Convención.

El Estado ejerce soberanía sobre el espacio aéreo ubicado sobre su territorio terrestre, lacustre, fluvial, aguas interiores y mar territorial.

El espacio aéreo puede ser utilizado con distintos fines, pero los más importantes son:

- El transporte aéreo de pasajeros o de carga; y
- Las telecomunicaciones.

Es a esta última utilización a la que nos dedicaremos, es decir al denominado espectro radioeléctrico o hertziano.

¹⁰⁰ BENADAVA Santiago. Derecho Internacional Público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1989. P. 270.

¹⁰¹Ibid. P. 273.

Comencemos por decir, que en la atmósfera, desde los 80 y hasta los 640 kilómetros de altura aproximadamente, el aire se encuentra enrarecido a tal punto que presenta una densidad cercana, a la del gas en un tubo al vacío. La radiación ultravioleta, los rayos X, y la lluvia de electrones procedentes del sol, ionizan la atmósfera, es por ello que científicamente se conoce este tramo de ella como Ionosfera.

La ionización convierte a la atmósfera en un excelente conductor de electricidad; los estudios de Marconi y Hertz, determinaron que a través de ella se propagaban a la velocidad de la luz, ondas que permiten la comunicación entre dos puntos de la Tierra.

A esta condición del aire (atmósfera) se le ha denominado por sus particulares características espectro radioeléctrico, este ha sido considerado unánimemente por la doctrina como dominio público, así el Tribunal Constitucional español a señalado *“la emisión mediante ondas radioelectricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien de dominio público, con una calificación por nadie contradicho.”*¹⁰²

*“La emisión mediante ondas radioelectricas entraña la utilización de un bien calificado de dominio público.”*¹⁰³

¹⁰² BARCELONA Llop, Javier. Dominio Público natural. Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 12/1982, 31 de mayo de 1982 . Extraída de “Consideraciones sobre el dominio público natural En: El derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI ,Libro en homenaje al profesor Ramón Martín Mateo. Tomo II. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000. P. 2105 .

¹⁰³ Ibid. Sentencia del Tribunal Constitucional Español , 74/1982, de siete de diciembre 1982.

En la Comisión constituyente se discutió acerca de la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico, a propósito del artículo 19 N ° 12.¹⁰⁴ Señalándose *“si bien la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico puede ser susceptible de diversas apreciaciones, estimamos que por sus características debe asimilarse al bien nacional de uso público, que pertenece a la Nación toda, y cuyo uso corresponde a todos los habitantes. De acuerdo con esta concepción, dichas ondas o frecuencias no pueden ser motivo de apropiación exclusiva, ni por el Estado ni por los particulares. Pero, obviamente corresponde al Estado fijar las normas que regulan su uso uniforme y aprovechamiento integral, lo que se obtiene mediante el sistema de la concesión de dicha frecuencia a los particulares, siempre que se otorguen sin discriminación arbitraria y en consideración a determinados requisitos técnicos o programáticos y de probidad moral de los concesionarios del derecho.”*¹⁰⁵

El Estado, debe regular el uso eficaz del espectro radioeléctrico a fin de evitar interferencias perjudiciales entre los distintos sistemas de telecomunicaciones.

¹⁰⁴ 19N°12 :La Constitución asegura a todas las personas:

12° La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiere sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

¹⁰⁵ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN: proposiciones e ideas precisas (16 de agosto de 1978). Revista Chilena de Derecho. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981. Volumen 8. P. 203.

Así la Subsecretaría de telecomunicaciones ha señalado *“el espectro radioeléctrico se presenta en la actualidad como un bien escaso, razón por la cual en cumplimiento del mandato legal que se le impone a la Subsecretaría de Telecomunicaciones tendiente a la buena y correcta administración de este bien nacional, este órgano del Estado ha debido otorgar...”*¹⁰⁶

En nuestro Derecho, las concesiones sobre el espectro radioeléctrico, están reguladas de manera diferenciada en la Ley General de Telecomunicaciones, N° 18.168 de 2 de octubre de 1982 y en la Ley N° 18.838, que “Crea el Consejo Nacional de Televisión”, de 30 de septiembre de 1989.

Me referiré a ambas leyes de manera separada, pues el objetivo de las concesiones en ella reguladas es diferente.

1). Ley General de Telecomunicaciones, N° 18.168, de 2 de octubre de 1982:

Comencemos por la Ley General de Telecomunicaciones, que en su artículo 8° consagra *“para todos los efectos de esta ley, el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, esencialmente temporales, otorgadas por el Estado.”*

¹⁰⁶ SUBSECRETARIA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución de 30 de septiembre de 1998; causa seguida contra Gonzalo Patricio Guzmán Sanhueza. Rol 3563/96. Santiago, Boletín de Jurisprudencia Telecomunicaciones, 1998. P. 76.

Procedimiento, para obtener una concesión:

El interesado debe presentar una solicitud, ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que habrá de contener menciones como el tipo de servicio que se pretende establecer, la zona de servicio, el período de concesión, etc. (Art. 15).

A esta solicitud debe adjuntarse un proyecto técnico, en que se detallarán las instalaciones y la operación del servicio, este proyecto debe encontrarse firmado por un ingeniero o un técnico especializado en telecomunicaciones. Además del proyecto técnico debe acompañarse un proyecto financiero, debidamente respaldado, relativo a la instalación, explotación y operación de la concesión.

La Subsecretaría de Telecomunicaciones tiene un plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud, para analizar si esta cumple con los requisitos formales y técnicos requeridos por la Ley.

Si se estima que no la solicitud no cumple los requisitos, ello se comunicará al solicitante a fin de que subsane los defectos, que le sean indicados. Tendrá 30 días para subsanar los defectos y omisiones, al cabo de cuyo plazo, si no se regulariza la situación se tendrá por no presentada la solicitud, por el sólo ministerio de la ley.

Si hay reparos que hacer a la solicitud, se notificará al interesado, a fin de que este en los diez días siguientes a la notificación, publique en el Diario Oficial y en un diario de la capital de provincia o de la región en que se ubicarán las instalaciones, un extracto de la solicitud. Si esta publicación no se realiza, se tendrá por desistido al solicitante por el sólo ministerio de la ley.

El objetivo de la publicación es dar a lugar a oposiciones a la solicitud de concesión; para ello se dispondrá de 10 días desde la publicación. Aquella persona que desee oponerse debe hacer una presentación al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, debidamente fundada y adjuntar los medios de prueba que acreditan los hechos en que se funda la oposición. Además debe fijar domicilio dentro del radio urbano de la ciudad de Santiago.

El Ministerio dará traslado de la oposición al interesado, por el plazo de 10 días. Además de ello debe solicitar a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, un informe acerca de los hechos y opiniones técnicas en que se funda la oposición. Para desarrollar esta labor la Subsecretaría tiene 60 días.

Vencidos los plazos antes señalados el Ministerio, resolverá la oposición, en los 30 días siguientes a la recepción del informe de la Subsecretaría. Esta resolución es susceptible de recurso de apelación, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, el plazo para interponer este recurso es de 10 días, contados desde la notificación de la resolución.

Vencido el plazo para apelar o ejecutoriada la resolución que resuelva la apelación, el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, dictará un Decreto Supremo, otorgando la concesión. Este deberá publicarse en el Diario Oficial, el día 1 ó 15 del mes correspondiente.

De acuerdo al artículo 31 de la Ley General de Telecomunicaciones, el uso del espectro radioeléctrico, estará sujeto al pago de un derecho, que se determinará de acuerdo a las reglas establecidas en la antes referida ley.

El artículo 6° de la Ley en estudio, encarga al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la labor de fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de esta ley.¹⁰⁷

La Subsecretaría de Telecomunicaciones, en ejercicio de sus funciones, ha resuelto en relación a las concesiones que autorizan el uso del espectro radioeléctrico *“la eficiente administración del espectro radioeléctrico impone que los concesionarios y permisionarios de telecomunicaciones, se ciñan estrictamente a lo señalado e su proyecto técnico y a la normativa legal y reglamentaria vigente. En este sentido no es legítimo a los permisionarios utilizar el servicio, otorgado para una finalidad distinta de la declarada expresamente en el proyecto técnico, presentado a la Subsecretaría...”*¹⁰⁸

La Subsecretaría de Telecomunicaciones es bastante estricta en el ejercicio de sus funciones, así en causa Rol N° 30899/95, seguida contra Transportes Plusmóvil Ltda, estableció *“la alteración, sin autorización de la Subsecretaría, de cualquiera de los elementos jurídico - técnicos que se determinan en la resolución exenta que sustenta el permiso de telecomunicaciones, constituye infracción de la ley. Ello por cuanto involucra modificar el fundamento de la respectiva autorización,*

¹⁰⁷ Artículo 6: Corresponderá al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la aplicación y control de la presente ley y sus reglamentos. Le competará además, exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos especiales creados por el decreto ley N° 211, de 1973. El control de todo o parte de las telecomunicaciones, durante estados de excepción constitucional, estará a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, en la forma establecida en la legislación correspondiente.

desconociéndose de tal manera el mandato legal le asiste a la Subsecretaria en cuanto administrador del espectro radioeléctrico y atentando contra la administración del recurso.”¹⁰⁹

2). Concesiones reguladas en la Ley N° 18.838, que “Crea el Consejo Nacional de Televisión.”

Esta ley regula las concesiones de radiodifusión televisiva.

Estas concesiones serán asignadas sólo a personas jurídicas, mediante concurso público; las bases de este serán publicadas por el Consejo Nacional de Televisión en el Diario Oficial, por tres veces.¹¹⁰

Las bases deberán señalar con claridad y precisión la naturaleza y extensión de la concesión.

Para participar en el concurso público debe presentarse al Consejo, una solicitud, a la que se adjuntará un informe técnico detallado de las instalaciones y operación de la concesión, y un informe financiero.

El Consejo remitirá una copia de la solicitud y de los informes a la Subsecretaria de telecomunicaciones, para que ella emita un pronunciamiento acerca de la solicitud considerando los requisitos formales y técnicos de carácter legal y reglamentario. Si se presentan dos o más solicitudes la subsecretaría debe pronunciarse separadamente respecto de

¹⁰⁸ SUBSECRETARIA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución de 8 de junio de 2000, causa contra Transportes y Telecomunicaciones limitada. Rol 32093/98. Santiago, Boletín de Jurisprudencia de Telecomunicaciones, 2000. P. 72.

¹⁰⁹ SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución de 30 de junio de 1998, causa seguida contra Transportes Plusmóvil Ltda. Causa rol N° 30899/95. Santiago, Boletín de Jurisprudencia de Telecomunicaciones, año 1998, Pág. 60.

¹¹⁰ El procedimiento que regula la forma de asignación de una concesión de esta naturaleza se encuentra regulado en el artículo 15 de la ley 18.838.

cada una de ellas, señalando cual garantiza las mejores condiciones técnicas de transmisión.

El Consejo, con los informes de la Subsecretaría, podrá hacer reparos a las solicitudes, los que serán notificados a los solicitantes respectivos, ellos tendrán 15 días para subsanarlos.

La concesión será asignada por el Consejo, al postulante cuyo proyecto se ajuste más cabalmente a las bases del respectivo concurso, y ofrezca las mejores condiciones técnicas para garantizar una óptima transmisión.

La resolución que otorgue la concesión será publicada en el Diario Oficial los días 1 ó 15 del mes correspondiente. Además debe publicarse en un diario de la capital de provincia o de la región en que se ubicarán las instalaciones.

Existe un proceso de oposiciones, bastante similar al establecido en la Ley General de Telecomunicaciones.

Toda solicitud de modificación a una concesión de radiodifusión televisiva deberá ser dirigida al Consejo, el que remitirá una copia de la solicitud, a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, cuando tenga un carácter técnico, en este caso ella la examinará e informará al Consejo en un plazo de treinta días. Tanto el Consejo, como la Subsecretaría podrán hacer reparos a la solicitud, los que serán comunicados al interesado, para que sean subsanados. Si no se hubiesen formulado reparos, el Consejo deberá resolver sobre la modificación solicitada.

Esta ley además crea el Consejo Nacional de Televisión, organismo encargado de velar por el correcto funcionamiento de los servicios de

televisión, este concepto ha sido definido por la propia ley en el inciso tercero de su primer artículo *“Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación, a la dignidad de las personas, a la protección de la familia, al pluralismo, a la democracia, a la paz, a la protección del medio ambiente y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y juventud dentro de dicho marco valórico. Además de ello y como ya lo hemos estudiado, corresponde al Consejo, la formulación de las bases de licitación y la asignación de las concesiones para servicios de radiodifusión televisiva.”*

CAPÍTULO QUINTO :

CASOS, EN RELACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO .

CASO N°1:

Materia: VENTA DE TERRENOS URBANIZADOS QUE INCLUYEN CALLES, PLAZA PÚBLICA Y POSTACIONES.

Hechos:

El señor Joaquín Barrientos, posee un terreno ubicado en calle Manuel Rodríguez n° 2345, el que ha urbanizado recientemente según consta en el certificado de recepción definitiva de obras emitido por la Dirección de Obras Municipales.

El señor Barrientos, desea vender este terreno, por lo que se encuentra en conversaciones con varias interesados.

Con fecha 11 de mayo, de 2004, ha llegado a un acuerdo con don Felipe Martínez, por el cual este último pagará al señor Barrientos, una suma total de 350 millones de pesos, por el 50% del predio, el que incluye una plaza, dos calles y la red de postaciones que existe en terreno. La suma antes indicada se compone de la siguiente manera:

- manzana 1 y 2 ,100 millones, cada una.
- Plaza, 120 millones.
- Red de postaciones, 30 millones.

Se le solicita a usted como abogado, reducir el acuerdo a escritura pública, para perfeccionar la compraventa, para ello deberá Ud. analizar y resolver previamente unos problemas.

Preguntas:

1.- ¿Es posible celebrar la compraventa en estos términos? ¿Puede el Sr. Barrientos vender una plaza?.

2.- ¿Cuál es la situación jurídica de las postaciones, que se encuentran en el terreno?.

1). Legislación :

a) D.F.L N° 458 de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones:

Artículo 134: “Para urbanizar un terreno, el propietario del mismo deberá ejecutar, a su costa, el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y las obras de ornato, las instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y de aguas lluvias, y las obras de defensa y de servicio del terreno.

Las plantaciones y obras de ornato deberán ser aprobadas y recibidas por la Dirección de Obras Municipales respectiva.”

Artículo 135 : “Terminados los trabajos a que se refiere el artículo anterior, el urbanizador solicitará su recepción al Director de Obras. Cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción indicada, se considerarán, por este solo hecho, incorporadas al dominio nacional de uso público todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada.”

b) Código Civil:

Artículo 589: “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, puentes y caminos, el mar adyacente y sus 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 del Estado o bienes fiscales.”

Artículo 1464: “Hay un objeto ilícito en la enajenación.

1º De las cosas que no están en le comercio;

2º De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;

3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;

4º De las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio.”

Artículo 1810: “Pueden venderse todas las cosa corporales o incorporales ,cuya enajenación no esté prohibida por ley.”

2). Doctrina:

1) *“Inalienable significa no enajenable, esto es, no transmisible a otra persona. Las cosas inalienables están fuera del comercio de los hombres. La enajenación de los bienes de dominio público es imposible jurídicamente en tanto conserven ese carácter. Su enajenación, por tanto,*

no constituye un negocio jurídico contrario a una prohibición o vicio de incompetencia, sino un negocio sin objeto posible.

*La regla de inalienabilidad garantiza la vinculación del bien con la función pública a la que se encuentra afectado. Tal regla no implica la indisponibilidad absoluta del bien; sólo lo excluye del tráfico jurídico privado.*¹¹¹

2) *“La inalienabilidad supone que no es posible jurídicamente vender bienes demaniales. La inalienabilidad de los bienes de dominio público tiene su origen en el derecho histórico, cuando se prohibía la venta de los bienes del Rey sin autorización previa de las Cortes.”*¹¹²

3) *“La in comerciabilidad o indisponibilidad es la nota más característica del demanio, pues la técnica demanial surge históricamente para excluir ciertas categorías de bienes del tráfico jurídico- privado.”*¹¹³

4) *“Naturalmente la in comerciabilidad y consiguiente imprescriptibilidad de esta clase de bienes existe subordinada a su destinación, o en otros términos mientras subsista su carácter de bienes nacionales de uso público.”*¹¹⁴

5) *“Hemos dicho que las cosas que no están en el comercio humano son aquellas que no son susceptibles de dominio o de posesión por los*

¹¹¹ SAINZ Moreno Fernando. El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza. El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza. Madrid, Revista de Administración pública Nº 150, septiembre –diciembre 1999. P. 506 y 507.

¹¹² BERMEJO Vera José, Derecho administrativo /Parte especial, Madrid, Editorial Civitas, cuarta edición, 1999 P. 342.

¹¹³ PÉREZ,- ARDÁ Criado Javier Introducción al dominio público. Estudios sobre dominio público y propiedad privada; coordinadora: Carmen Chinchilla Marín. Madrid, Editorial Marcial Ponz. 2000. P. 23

¹¹⁴ Claro Solar Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo VI, 1979. P. 177.

particulares, como por ejemplo, las cosas comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público.

El Código, al señalar en el artículo 1461 los requisitos del objeto cuando éste recae sobre una cosa que debe darse o entregarse, menciona expresamente que la cosa tiene que ser comerciable, lo que permite inferir que si la cosa no ésta en el comercio, el acto que tuvo por objeto tal cosas o existe, pues falta un requisito o cualidad esencial del objeto.”¹¹⁵

6) *“Las cosas incomerciables son:*

a) Aquellas que se encuentran excluidas del comercio humano por su propia naturaleza, como el alta mar ,el aire, y en general, como lo expresa el artículo 585 del Código Civil, aquellas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, que no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho a apropiárselas.

b) Aquellas cosas que por su destinación –y mientras la conserven –no son susceptibles de dominio o posesión por los particulares, como por ejemplo los bienes nacionales de uso público, cuyo dominio pertenece a la Nación y su uso a todos los habitantes calles, plazas, puentes, caminos, el mar adyacente y sus playa.”¹¹⁶

3). Jurisprudencia.

1) *“Los bienes nacionales de uso público son inalienables, están sustraídos del comercio humano y no pueden ser objeto de venta, permuta u*

¹¹⁵ VIAL del Río Víctor, Teoría General del Acto Jurídico. Santiago, Ediciones Universidad Católica, cuarta edición, 2000.P.125.

¹¹⁶ LEÓN Hurtado Avelino, El objeto en los actos jurídicos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, 1952. P. 12.

otro contrato por parte de la autoridad encargada de su custodia y vigilancia.”¹¹⁷

2) “Por su parte, el art.135 de la misma ley prescribe que terminados los trabajos los a que se refiere el artículo anterior, el urbanizador solicitará su recepción al Director de Obras Municipales y que cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción indicada, se considerarán, por este sólo hecho, incorporados al dominio nacional de uso público todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada.”¹¹⁸

¹¹⁷ CORTE DE APELACIONES de Valparaíso, Sentencia 4 de octubre 1957. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 54. P. 91.

¹¹⁸ CONTRALORÍA General de la República, Dictamen N° 24.860 de 13 de junio de 2003.

CASO N° 2:

Materia: AGUAS PÚBLICAS, APROPIABILIDAD, PRESCRIPTIBILIDAD.

Hechos:

Don Exequiel Alcántara, adquirió el 14 de junio de 1.994, una propiedad ubicada en la Décima Primera Región, dentro de ella se encuentra la laguna Santa Leonor, contemplada en el Decreto Supremo N° 11 del Ministerio de Defensa, del 15 de enero de 1998, como laguna navegable, por barcos de más de 100 toneladas, de conformidad al artículo 35 del Código de Aguas.

El Sr. Alcántara ha utilizado las aguas de la laguna, para la explotación de su predio, sin haber obtenido un derecho de aprovechamiento, en la forma establecida en la ley.

La Sra. Raquel Estevez, ha obtenido de la Dirección General de Aguas un derecho de aprovechamiento, sobre las aguas de la laguna Santa Leonor, laguna navegable por buques de más de cien toneladas, permanente y consuntivo. Al intentar ejercer su derecho, el Sr Alcántara se opone y demanda a la Sra. Estevez, alegando que las aguas de la laguna Santa Leonor son de su propiedad, pues la laguna se encuentra completamente dentro de su fundo agregando que en todo caso, las aguas de ella le pertenecen ya que las ha adquirido por prescripción adquisitiva extraordinaria de 10 años.

Preguntas:

1.-¿Pertenece al Sr. Alcántara, la laguna Santa Leonor, por encontrarse enteramente dentro de su propiedad?.

2.-¿Pudo adquirir por prescripción adquisitiva extraordinaria, las aguas de la laguna?.

1). Legislación:

a) Código Civil:

Artículo 595: “todas las aguas son bienes nacionales de uso público.”

Artículo 2492: “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.”

Artículo 2498: “se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.

Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.”

b) Código de Aguas:

Artículo 5: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.”

Artículo 35: “Alveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria. Este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas.”

2). Doctrina:

1) *“La imprescriptibilidad es uno de los principios inspiradores del régimen jurídico de los bienes de dominio público.”*¹¹⁹

2) *“Una vez establecido que los bienes de dominio público están fuera del comercio de los hombres, es una consecuencia legal de lo anterior que no puedan ser objeto de prescripción. A la misma conclusión se llega teniendo en cuenta que la prescripción adquisitiva se consigue por la posesión de las cosas, y sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación. El dogma de la imprescriptibilidad del dominio público tiene por objeto la defensa de su integridad frente a posibles usurpaciones de los particulares que podrían llegar a imponerse por el transcurso del tiempo.”*¹²⁰

3) *“Los bienes nacionales de uso público, no obstante que no se expresa en el Código que estos bienes son inenajenables, están fuera del comercio, por su propio destino. De ahí que los tribunales hayan establecido que sobre ellos no es posible posesión exclusiva o dominio*

¹¹⁹ BERMEJO Vera, José. Derecho Administrativo /Parte especial. Madrid, Editorial Civitas, cuarta edición, 1999. P. 342.

¹²⁰ SAINZ Moreno Fernando. Op Cit. P.510.

privado; por lo mismo, tampoco pueden ganarse por prescripción por los particulares.”¹²¹

4) *“Como a los derechos inscritos se les aplica la normativa sobre derechos de propiedad de inmuebles o bienes raíces inscritos, ellos podrán adquirirse por prescripción, según el artículo 21 del Código de Aguas, no obstante se debe tener claro, que lo puede de esta forma adquirirse es el derecho de aprovechamiento, no las aguas, ya que éstas son bienes nacionales de uso público.*”¹²²

3). Jurisprudencia:

1) *“Las aguas que son bienes nacionales de uso público no pueden adquirirse por prescripción. Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, por ser bienes nacionales de uso público, están al margen del comercio humano, no pueden poseerse por particulares ni adquirirse por los mismos mediante prescripción.*”¹²³

2) *“Sobre las aguas que no pueden ganarse por prescripción no tienen cabida las acciones posesorias; por tanto no proceden tales acciones respecto de bienes nacionales de uso público: sobre ellos los particulares no pueden alegar posesión que es la base de la prescripción.*”¹²⁴

3) *“La noción de bienes nacionales de uso público es, por su naturaleza opuesta a la de todos aquellos otros bienes susceptibles de ser*

¹²¹ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel, Los bienes: la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1997. P. 57.

¹²² MANRÍQUEZ, Gustavo. Apuntes para un curso de derecho de aguas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. P. 25.

¹²³ CORTE DE APELACIONES Talca, 23 de septiembre de 1942. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 40. P. 56.

¹²⁴ CORTE SUPREMA, 14 de noviembre de 1938. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 36, sección primera. P. 348.

adquiridos en posesión y dominio por los particulares. Dicha posesión es inconciliable o, más propiamente, se contrapone con la naturaleza y condiciones de los bienes nacionales de uso público. Y si bien sobre ellos pueden las autoridades competentes conceder a los particulares o comunidades el uso y goce para determinados aprovechamientos, en ningún caso tales concesiones confieren derecho de propiedad ni posesión; sólo otorgan una mera tenencia, muy diversa de la tenencia con ánimo de señor o dueño, única que habilita para adquirir las cosas por prescripción.”¹²⁵

¹²⁵ CORTE SUPREMA, 28 de noviembre 1921. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Gaceta Jurídica 2º semestre, N° 76, tomo 21 sección 1º . P. 276.

CASO N°3 :

Materia: AFECTACIÓN DE INMUEBLE AL DE USO PÚBLICO, EMBARGABILIDAD.

Hechos:

Por Decreto Supremo del Ministerio de Bienes Nacionales, de 26 de abril de 1995, se determinó que el fundo Hualpén de propiedad del Estado, sería afectado al uso público, transformándose en bien nacional de uso público, a partir de esa fecha. Esta propiedad serviría para alojar un museo, destinado a la exposición de artesanías mapuches. La administración de este museo, se entrega a la Ilustre Municipalidad de Concepción.

Don Oscar Herrera, se desempeña como contador de la Municipalidad de Concepción, desde el año 1976. El día 12 de marzo de 2002, fue despedido, de acuerdo al artículo 161 de Código del Trabajo.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción ha condenado a la Municipalidad, a pagar al Sr. Herrera, una indemnización de \$50 millones de pesos, por considerar que el despido es improcedente.

Transcurridos ocho meses, desde que el fallo se encuentra ejecutoriado, don Oscar Herrera, concurre a tribunales, demandando ejecutivamente a la Municipalidad. El juzgado, correspondiente luego de todos los trámites contemplados en la ley , decreta el embargo del fundo Hualpén, a fin que se pague al Sr. Herrera.

Preguntas:

1.- ¿Es posible transformar un bien en bien nacional de uso público; si la respuesta es afirmativa, cómo debe hacerse?.

2.- ¿Se encuentra ajustado a Derecho el embargo que ha recaído sobre el fundo Hualpén?.

1). Legislación:

a) **DL 1939 de 1977 “Establece normas adquisición, administración y disposición de bienes del Estado”.**

Artículo 64: “Por decreto dictado a través del Ministerio podrán afectarse bienes inmuebles fiscales al uso público. Asimismo, por razones fundadas podrán desafectarse de su calidad de uso público determinados inmuebles. En estos casos, el decreto deberá ser firmado además por el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo o por el Ministro de Obras Públicas, según corresponda.”

b) **Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695:**

Artículo 5: “Para el cumplimiento de sus funciones las Municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales:

b) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado.”

2). Doctrina:

1) *“La inembargabilidad supone que los bienes de dominio público no pueden ser el objeto de providencias u otras resoluciones judiciales que ordenen su venta y liquidación, ni incluso para liquidar deudas de las propias Administraciones Públicas generadas por los actos de conservación, reparación o mejora de los bienes de dominio público. La inembargabilidad es una consecuencia, quizá excesiva, de la autotutela administrativa y tiene su base en la atribución a la Administración de la defensa y promoción de los intereses generales y en la presunción de objetividad en su actuar al servicio de aquellos.”*¹²⁶

2) *“La inembargabilidad de los bienes de dominio público, elevada a rango constitucional, es una consecuencia de la inalienabilidad.”*¹²⁷

3). Jurisprudencia:

1) *“La diferenciación del Estado o Fisco y las Municipalidades como personas jurídicas distintas, es una noción que tiene variado y sólido asidero no sólo en las disposiciones de la Constitución Política de la República vigente y la normativa que la complementa, pues ya había sido claramente recogida por el inciso segundo del artículo 547 del Código Civil de 1857, al mencionar separadamente al Fisco y a las Municipalidades entre las corporaciones y fundaciones de derecho público*

¹²⁶ PÉREZ- ARDÁ Criado, Benito. Op Cit.P.27.

¹²⁷ SAINZ Moreno, Fernando. El dominio Público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza. P. 510.

a las que no se extienden las normas del Título XXXIII Del Libro I de este cuerpo legal.”¹²⁸

2) *“Sobre los bienes nacionales de uso público las Municipalidades no pueden realizar actos de disposición. Sobre los bienes nacionales de uso público las Municipalidades sólo tienen la administración de aquellos existentes en la comuna y en el ámbito del cumplimiento de sus funciones propias, de modo que no les está permitido a su respecto realizar un acto de disposición.*

Una transacción acordada en juicio con terceros por un alcalde, con la aprobación del Consejo de Desarrollo Comunal, que signifique disponer a favor de terceros bienes nacionales de uso público, no está dentro de la esfera de sus atribuciones, puesto que sobre estos bienes no tiene sino facultades de administración, pero no de disposición.”¹²⁹

¹²⁸ CORTE SUPREMA. Sentencia de 19 de noviembre de 2003, Corte Suprema, conociendo recurso de casación en el fondo “Aguilera Machuca y otros con I. Municipalidad de Cauquenes en www.dicomlex.cl, consulta 10 de julio de 2004.

¹²⁹ CORTE DE APELACIONES Concepción, 8 de octubre de 1990. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 88, sección quinta. P.102.

CASO N°4:

Materia: PLAYAS PÚBLICAS, APROPIABILIDAD, ACCESO.

Hechos:

Don Joaquín Sotomayor el día 12 de agosto de 2003, compró a la Sra. María Antonieta Rodríguez, el fundo “Miramar,” inscrito a fojas 122, N° 1024 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Cauquenes, según la citada inscripción la propiedad linda al norte: con el camino vecinal “entre ríos”; al sur: con el pueblo Curanipe; al este: con el fundo “el faro”; y al oeste: con el Océano Pacífico.

El nuevo propietario del fundo ordena cercar completamente el lado sur de la propiedad, de esta forma impide completamente el acceso a la famosa playa “Tsunami”, bastamente conocida por sus excelentes condiciones para la práctica de surf.

Los vecinos de Curanipe resultan muy afectados por esta situación, puesto que de la actividad turística generada por esta playa provienen gran parte de sus ingresos. El día 1 de diciembre se reúnen para estudiar los pasos a seguir, en pos de mejorar su situación.

Preguntas:

1. ¿Es posible que la propiedad del Sr. Joaquín Sotomayor se extienda “hasta el Océano Pacífico”?

2. ¿Puede el Sr. Sotomayor impedir el acceso a la población, a un bien nacional de uso público, como lo es la playa? ¿Cómo se garantiza el acceso a este bien de uso público?

1). Legislación:

a) Código Civil:

Artículo 589: “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, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público.

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

Artículo 594: “Se entiende por playas del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupa alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas.”

Artículo 948: “La Municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.”

c) DL 1939 de 1977, “Establece normas sobre adquisición, administración y disposición de Bienes del Estado”:

Artículo 13: “Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto. La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los

propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjese acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados.”

c) Reglamento sobre concesiones marítimas, DS N° 660 de 1998, Ministerio de Defensa Nacional :

Artículo 1: “Para la aplicación del presente reglamento se tendrá por:

Comentario:

N°25 Playas: la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas.

N°34: Terreno de playa: Faja de terreno de propiedad del Fisco de hasta 80 metros de ancho, medida desde la línea de la playa de la costa del litoral y desde la ribera en los ríos o lagos. Para los efectos de determinar la medida señalada, no se considerarán los rellenos artificiales hechos sobre la playa o fondos de mar, río o lago.

No perderá su condición de terreno de playa el sector que quede separado por la construcción de caminos, calles, plazas, etc.

Asimismo, se considerará terreno de playa, la playa y el fondo de mar, río o lago, que haya sido rellenado artificialmente por obras de contención que permitan asegurar su resistencia a la acción del tiempo y de las aguas. En tal caso, deberá disponerse su correspondiente inscripción de

dominio a favor del Fisco. Queda prohibido ejecutar obras de relleno que no cumplan con los requisitos señalados.

Para que un concesionario pueda ejecutar obras de la naturaleza indicada en el inciso anterior, deberá estar expresamente autorizado en el respectivo decreto de concesión. Esta autorización no se otorgará en playas declaradas balnearios, salvo que se trate de obras que no desvirtúen la finalidad de estas playas, en cuyo caso el decreto pertinente deberá ser fundado.

Los terrenos de propiedad particular que, según sus títulos, deslinden con la línea de la playa de la costa del litoral o de la ribera en los ríos o lagos, no son terrenos de playa. En aquellos títulos de dominio particular que señalan como deslinde el mar, el Océano Pacífico, la marina, la playa, el puerto, la bahía, el río, el lago, la ribera, la costa, etc., debe entenderse que este deslinde se refiere a la línea de la playa.”

d) Decreto con Fuerza de Ley N° 340 Sobre Concesiones Marítimas, 1960:

Artículo 1°: “Al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria de Marina, corresponde el control, fiscalización y supervigilancia de toda la costa y mar territorial de la República y de los ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas.”

Artículo 2°: “Es facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria de Marina, conceder el uso particular en cualquier forma, de las playas y terrenos fiscales dentro de una faja de 80 metros de ancho medidos desde la líneas de más alta marea de la costa del litoral;

como asimismo la concesión de rocas, fondos de mar, porciones de agua dentro y fuera de las bahías; y, también, las concesiones en ríos o lagos que sean navegables por buques de más de cien toneladas, o en los que no siéndolo, siempre que se trate de bienes fiscales, en la extensión en que estén afectados por las mareas, de las playas de unos y otros y de los terrenos fiscales riberaños hasta una distancia de 80 metros medidos desde donde comienza la ribera.”

2). Doctrina:

1) *“Inalienable significa no enajenable, esto es, no transmisible a otra persona. Las cosas inalienables están fuera del comercio de los hombres. La enajenación de los bienes de dominio público es imposible jurídicamente en tanto conserven ese carácter. Su enajenación, por tanto, no constituye un negocio jurídico contrario a una prohibición o vicio de incompetencia, sino un negocio sin objeto posible.*

La regla de inalienabilidad garantiza la vinculación del bien con la función pública a la que se encuentra afectado. Tal regla no implica la indisponibilidad absoluta del bien; sólo lo excluye del tráfico jurídico privado.”¹³⁰

2) *“La norma transcrita (art. 13 DL 1939) no es más que una consecuencia del carácter de bien nacional de uso público que tienen las playas. Así desde tiempos inmemoriales se ha considerado que todo el*

¹³⁰ SAINZ Moreno, Fernando. Op Cit.. P. 506 – 507.

*litoral marítimo y también las riberas de los ríos y lagos están sujetos a un uso común.*¹³¹

*Hoy no debería dudarse del hecho que no obstante existir propiedades privadas colindantes con las playas, ello no puede significar el término del uso público de ellas. La norma en comento no hace más que reforzar la garantía del destino de uso público de todo el litoral marítimo y las riberas de los ríos o lagos. Se pretende evitar que las propiedades privadas representen un obstáculo entre las playas y los puntos desde los cuales pretenden acceder los particulares.*¹³²

*El Código Civil, con el objeto de amparar la seguridad de los que transiten por los bienes nacionales de uso público, prescribe en su artículo 948 ... La señalada acción tiene el carácter de popular, la cual se definido como aquella que se da a cualquier persona para la defensa de un interés público, para precaver un daño a personas indeterminadas. Según se desprende del artículo antes transcritos, los titulares de esta acción son la Municipalidad donde se encuentren ubicados los bienes nacionales afectados y cualquier persona del pueblo.*¹³³

3) *“Acceso a las playas: para abordar esta materia, es preciso que distingamos, entre dos usos posibles de las playas: uso común y otro especial. El primero existe para todos los habitantes, en igual de*

¹³¹ BAEZA Cervela Eduardo, Betancourt Ricardo. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: Dominio público marítimo: estudio de su régimen jurídico administrativo en el Derecho chileno. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002 .P.121.

¹³² Ibid. P. 122.

¹³³ Ibid, P. 156.

condiciones, para utilizarlos conforme a su destino y los usos determinados por las leyes.

Los bienes de dominio público pueden estar afectos al uso público, destinándose en tal caso al uso generalizado de un sector no individualizado de personas. En virtud de esta clase de afectación, la cosa queda vinculada al uso de todos los administrados sin distinción ni preferencia alguna, generando un régimen de uso y aprovechamiento uti universi.

Existen procedimientos complementarios para satisfacer esta necesidad de acceso a las playas. En primer lugar, a través de la interposición de la acción popular contemplada en el artículo 948 del C.C. que tiene por objeto amparar los bienes nacionales de uso público.”¹³⁴

4) “El uso común general constituye la manifestación más simple y espontánea del uso milenario que los hombres otorgan a los bienes que forman parte de la estructura básica de la vida en comunidad: pasear por las calles, conducir un automóvil por las carreteras, bañarse en el mar o tomar el sol en la playa.”¹³⁵

3). Jurisprudencia:

1) “Las playas, entendiéndose por tales el sector adyacente al mar territorial y que las aguas bañan y desocupan alternativamente, hasta

¹³⁴ PAVLOVIC Jeldres, Danitza. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: La política de uso del borde costero a la luz de los principios del Derecho de Internacional Público. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2000. P. 148.

¹³⁵ MONTT Oyarzún, Santiago. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: El dominio público: estudio de su régimen especial de protección y utilización. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001.P.259.

donde llegan las mareas más altas, y la faja de tierra adyacente, en un ancho de ochenta metros, medidos desde la línea de la más alta marea, son bienes nacionales de uso público.

Las playas son bienes nacionales de uso público cuyo dominio pertenece a la Nación toda, teniendo sobre ellas todos los habitantes el derecho a usarlas, siendo improcedente su utilización en forma exclusiva, amenos que exista una concesión otorgada por la autoridad competente.

No existiendo ninguna concesión marítima que habilite a su titular para excluir el derecho ajeno a utilizar terrenos de playa, es ilegal el impedimento puesto a terceros por el recurrido para acceder al sector de playa con que limita su predio.

La referencia en un título de dominio a una bahía como límite de la heredad no hace dueño al titular de ésta de la playa adyacente puesto que tal referencia debe ser entendida en términos que produzca algún efecto legal y no contrario a la ley, desde que los terrenos de playas son bienes nacionales de uso público y su dominio pertenece a la nación toda.”¹³⁶

2) “La Intendencia Regional de Tarapacá ha solicitado un pronunciamiento que precise si las playas de mar son bienes nacionales de uso público y los actos que respecto de ellas podrían realizar las Municipalidades.

Sobre el particular y en cuanto concierne, en primer término, a la naturaleza jurídica de las playas del mar, cabe desde luego hacer presente

¹³⁶ CORTE DE APELACIONES La Serena, 18 de febrero de 1992. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 89, Sección Quinta. P. 75.

que, tal como lo ha informado el Ministerio de Defensa, dichos bienes tienen la calidad de nacionales de uso público.

Enseguida, es necesario anotar que, atendida la naturaleza de bienes nacionales de uso público que revisten las playas de mar, ellas no son susceptibles de dominio privado ni pueden ser objeto de otros actos o contratos que los que expresamente autorice la ley.

De allí que el citado Reglamento sobre Concesiones Marítimas aclare que “en aquellos títulos de dominio particular que señalen como deslinde el mar, el Océano Pacífico, la marina, la playa, el lago, la ribera, puerto, la costa, etc., debe entenderse que este deslinde se refiere a la línea de la playa.

Precisado lo anterior, cabe destacar que la normativa legal y reglamentaria vigente confiere competencia exclusiva en materia de supervigilancia y administración de las playas de mar, entre otros bienes nacionales de uso público, al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina.”¹³⁷

¹³⁷ CONTRALORÍA General de la República, Dictamen N° 556, 10 de enero de 1992.

CASO N° 5:

Materia: SERVICIOS SANITARIOS, OCUPACIÓN DE CALZADAS, REDES SANITARIAS, DERECHO DE USO DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.

Hechos:

La empresa de servicios sanitarios FENAL S.A., concesionaria del servicio de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Linares, esta empresa adquirió la empresa sanitaria estatal que se encargaba de esta prestación con anterioridad el año 1990. El día 10 de octubre comenzó un proceso de renovación de las tuberías de distribución de agua, que se ubican bajo la calzada de distintas calles de la ciudad. Para ello es necesario el cierre de las referidas calles por dos o tres días. La empresa se comunica con la Municipalidad respectiva, a fin de coordinar los trabajos de modo de provocar la menor cantidad de molestias a la población.

La Municipalidad le informa que tanto las tuberías como los otros implementos del servicio, son dominio público por tanto la empresa no puede unilateralmente adoptar una decisión respecto de ellos. Por lo demás para el cambio planeado, se necesita utilizar las calles, que también son bienes nacionales de uso público, y que de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades a ellas corresponde su administración, por tanto le empresa deberá pagar a este organismo, por hacer uso de ellas.

Preguntas:

1. ¿A quién corresponde la titularidad del dominio de las redes sanitarias?.
2. ¿Debe pagar la empresa, a la Municipalidad por el uso de las calles, para la instalación y reposición de la red?.

1). Legislación:

a) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695:

Artículo 5: “Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales:

letra c) administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la Ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado...”

b) DFL 382 de 1988, Ley General de Servicios Sanitarios:

Artículo 9: “Las concesiones otorgan el derecho de usar bienes nacionales de uso público para construir o instalar infraestructura sanitaria, siempre que no se altere, en forma permanente, la naturaleza y finalidad de estos.

Asimismo, otorgan el derecho a imponer servidumbres, que se constituirán en conformidad con lo establecido en el Código de Aguas.”

Artículo 9 bis: “Las concesiones para establecer, construir y explotar servicios públicos de agua potable recolectar aguas servidas, otorgan derecho a usar, a título gratuito, bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria, en las condiciones dispuestas por las

respectivas Municipalidades cuando estas instalaciones pudieran afectar el normal uso del bien nacional de uso público ...”

Artículo 25: “En los casos de caducidad previstos en el artículo anterior, la ex concesionaria podrá levantar y retirar, las instalaciones ejecutadas, salvo los aportes de terceros. Cuando estas instalaciones ocupen bienes nacionales de uso público, terrenos fiscales o de particulares, el retiro deberá hacerse dentro del plazo y en las condiciones que fije la entidad normativa.”

Artículo 45: “Los usuarios del servicio de alcantarillado de aguas servidas no podrán descargar a las redes del prestador sustancias que puedan dañar los sistemas de recolección o interferir en el proceso de tratamiento de las aguas servidas, ni aquellas que contravengan las normas vigentes sobre la calidad de los efluentes.

La fiscalización del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo será efectuada por el prestador del servicio de recolección de aguas servidas y su contravención lo faculta para suspender la prestación del servicio, sin perjuicio de los cobros por la reparación de los daños y desperfectos causados en las instalaciones. Simultáneamente, comunicará esta medida a la entidad normativa y al Ministerio de Salud.

Asimismo, el prestador del servicio de recolección de aguas servidas responderá pecuniariamente por los daños causados al prestador del servicio de disposición de aguas servidas, derivado del incumplimiento de lo previsto en los incisos anteriores.

Los sistemas de recolección y tratamiento de aguas servidas no podrán ser afectados por descargas no consideradas dentro de las condiciones de prestación autorizadas por la Superintendencia.”

Artículo 61: “Para los efectos de lo dispuesto en el Título V del Código de Aguas, entiéndese que los prestadores de servicios sanitarios abandonan las aguas servidas cuando estas se evacuan en las redes o instalaciones de otro prestador o si se confunden con las aguas de cauce normal o artificial, salvo que exista derecho para conducir dichas aguas por tales cauces, redes o instalaciones.”

c) Reglamento de Concesiones de servicios sanitarios del DFL N° 382, de 1988 (D.S. N° 121 de 27 de noviembre de 1991):

Artículo 9: “Las concesiones otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para construir o instalar infraestructura sanitaria, siempre que no alteren en forma permanente la naturaleza o finalidad de éstos:

Asimismo otorga el derecho de imponer servidumbres, que se constituirán en conformidad a lo establecido en el Código de Aguas.

Las concesiones para establecer, construir y explotar servicios sanitarios destinados a producir agua potable, recolectar aguas servidas y disponer aguas servidas, otorgan derecho de usar, a título gratuito bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria, en las condiciones dispuestas por las respectivas municipalidades cuando estas instalaciones pudieran afectar el normal uso del bien nacional de uso público.

Lo dispuesto en el inciso anterior será aplicable a los trabajos de exploración que requieran autorización y que sean autorizados por la Dirección General de Aguas para la captación de aguas subterráneas y se consideraran también obras de infraestructura sanitaria, cuando ellos sean claramente identificables con una obra de aprovechamiento para el servicio público sanitario.”

c) Ordenanzas de la Superintendencia de Servicios Sanitarios:

- **Ordenanza N°1911/97**: “ha de tenerse presente que en lo que respecta a la ocupación misma del bien nacional de uso público, por parte de la concesionaria, esta supone el acatamiento de las condiciones dispuestas por el ente municipal, cuando tales instalaciones afecten el normal uso del bien”.

- **Ordenanza N°121/92** : “Se incluyen en la excepción decretada por la Contraloría, los trabajos de mera conservación o mantenimiento que no involucren, aunque sea parcialmente, faenas de instalación o construcción”.

- **Ordenanza N°1011/99** : “Se acompaña el Dictamen N ° 12750/ 99, de la Contraloría General de la República, que acoge la tesis de la SISS sobre la ocupación de bienes nacionales con materiales y escombros y mantiene a firme lo expresado en cuanto a la rotura y reposición de pavimentos. El Dictamen reconoce la gratuidad consagrada a favor de las concesiones sanitarias, en virtud de lo prescrito en el art. 9° bis del DFL N° 382/88, modificado por el art.1° N° 5° de la Ley N° 19549, no incluye las obras de remoción o rotura de pavimentos, pero sí la ocupación de bienes

nacionales de uso público por los trabajos realizados para la ocupación de la infraestructura sanitaria.”¹³⁸

2). Doctrina:

1) *“Para poner en ejercicio el derecho que le atribuye su concesión de uso sobre el dominio público, el concesionario, generalmente debe realizar obras o instalaciones en la respectiva dependencia dominical... ¿Cuál es la condición legal de todas esas obras?.*

*Al respecto hay algo sobre el cual existe uniformidad en la doctrina: esas instalaciones u obras le pertenecen en propiedad al concesionario.”*¹³⁹

2) *“El uso de los bienes del dominio público, ya se trate del uso común o especial, no es por principio gratuito ni oneroso. La gratuidad y la onerosidad no corresponden a la esencia del dominio público. Por su naturaleza, el uso de los bienes dominicales puede ser gratuito u oneroso. Con ello no se desvirtúa principio jurídico alguno. Establecer una u otra cosa sólo depende del criterio del legislador, de las conveniencias del momento, del estado de conciencia colectiva, etc.”*¹⁴⁰

3) *“La concesión demanial presenta fundamentaciones que justifican su existencia y validez. En primer lugar, en cuanto especie del género concesión administrativa, la de dominio público constituye un título jurídico en virtud del cual, los particulares adquieren derecho a la ocupación exclusiva y excluyente sobre un bien de dominio público, respetando la titularidad pública respectiva, y asegurando el estatuto*

¹³⁸ [Http://: www.sisis.cl](http://www.sisis.cl), consulta 20 de septiembre de 2004.

¹³⁹ MARIENHOFF Miguel. Tratado de Dominio Público. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960. P. 347.

¹⁴⁰ Ibid. P. 363.

normativo propio del bien en cuestión (inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad). De esta manera, los bienes de dominio público, después de concedidos, siguen bajo un régimen jurídico público y por ello fuera del comercio humano, sin perder la administración la titularidad de los bienes concedidos.

En segundo lugar, las concesiones de dominio público se justifican o fundamentan por permitir y hacer efectivas unas utilidades más provechosas del demanio que el uso común general.”¹⁴¹

4) *“Las empresas de servicios sanitarios pueden tener por objeto, simultáneamente, producir y distribuir agua potable, y recolectar y tratar aguas servidas; o, separadamente, algunas de estas prestaciones. Para llevarlas adelante están sujetas a lo establecido en el DFL N° 382, de 1988 ,y toda empresa sanitaria debe ser titular de unos bienes llamados “bienes afectos a la concesión”, los que consisten, según los casos, en instalaciones y en derechos de aguas .*

Por una parte, las instalaciones destinadas a la producción, distribución, recolección y en su caso disposición o tratamiento de aguas, y otros bienes muebles o inmuebles anexos; consisten, entre otras, en redes de agua potable y de alcantarillado. Con estas instalaciones, de la cual deben ser titulares y propietarias exclusivas, las concesionarias sanitarias prestan sus servicios.”¹⁴²

¹⁴¹ MONTT Santiago. Op. Cit. P. 320.

¹⁴² VERGARA Blanco, Alejandro. Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames El caso de las aguas depositadas por un concesionario sanitario en fuentes naturales. Revista de Derecho de aguas. Copiapó, Universidad de Atacama, Facultad de Derecho, volumen VI, 1995.P.131.

5) *“La concesión es un acto administrativo de la autoridad que contiene una manifestación de voluntad de ésta, en orden a crear derechos para que un particular produzca agua potable, la distribuya, o bien recolecte, o disponga aguas servidas, facultándolo de esta manera a desempeñarse como prestador.”*¹⁴³

6) *“El concesionario sanitario es propietario de las instalaciones sanitarias. A pesar que aún quedan en el DFL N° 382 algunas disposiciones que, de manera arcaica y anacrónica, siguen refiriéndose a las instalaciones sanitarias como bienes “públicos” (ejemplo lo ofrecen los artículos 39 del DFLN °382: al referirse a “red pública” de agua potable y alcantarillado; y el artículo 1° del DS N° 316 “red pública y una extendida práctica administrativa), en realidad se trata de unos bienes privados, de dominio de las concesionarias sanitarias. No son bienes públicos.*

*Todas las instalaciones sanitarias, infraestructuras, o de manera general, los bienes afectos a la concesión respectiva, son bienes, como se ha dicho, de propiedad de la respectiva concesionaria; y este es un aspecto relevante del problema jurídico a que se refiere este trabajo, pues de él se desprenden consecuencias indudables en cuanto a la condición de las aguas potables o servidas que escurren en tales instalaciones sanitarias.”*¹⁴⁴

7) *“Que estas instalaciones son de propiedad de la concesionaria no debe caber dudas. Fluye expresamente del artículo 45 del DFL N° 382, que se refiere a las “redes del prestador”; del artículo 61 del mismo cuerpo*

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid. P.133.

legal, que se refiere a “las redes o instalaciones de otro prestador entre otros.”¹⁴⁵

8) “Esta materia implica determinar el alcance del art. 9° bis del DFL MOP N ° 382/88. Esta norma constituye una excepción legal a la facultad municipal para exigir el pago de derechos por las instalaciones o construcciones sanitarias que concesionarios de estos servicios ejecuten en bienes nacionales de uso público.

Tal excepción sólo esta referida a bienes nacionales de uso público y a la ocupación para ejecutar trabajos relacionados directamente con la instalación de infraestructura sanitaria.

La gratuidad a que se refiere la norma legal citada, considera una prerrogativa legal de uso para instalar infraestructura sanitaria y por este concepto se entiende la construcción original, la remodelación o reposición, incluso la mantención y conservación cuando estas involucren, aunque sea parcialmente, la construcción o reposición.

Además el beneficio comprende tanto el uso permanente como el transitorio de los bienes de la referencia, en el marco de los fines señalados.

En cambio el pago de derechos, por concepto de rotura y reposición de pavimentos, tiene un fundamento diferente a la ocupación de bienes nacionales de uso público, razón por la cual, no ha sido considerado dentro de la excepción de gratuidad del art.9° bis citado. Tal criterio fue sentado por la Contraloría General de la República, interpretando la Ley sobre

¹⁴⁵ Ibid. P.134.

pavimentación urbana, respecto de la cual la SISS no tiene facultad interpretativa.

Finalmente ha de tenerse presente que en lo que respecta a la ocupación misma del bien nacional de uso público, por parte de la concesionaria, esta supone el acatamiento de las condiciones dispuestas por el ente municipal, cuando tales instalaciones afecten el normal uso del bien.”¹⁴⁶

3). Jurisprudencia:

1) *“La ocupación transitoria de los aludidos Bienes nacionales de uso público con maquinarias, escombros y otros elementos, originada por la ejecución de los trabajos relacionados directamente con la instalación de una infraestructura sanitaria por parte de un concesionario de dichos servicios, debe entenderse exenta del pago de derechos municipales, en virtud del artículo 9 bis del DFL N° 382, en estudio, dado que allí, precisamente radica el sentido del beneficio que se otorga a favor de los concesionarios de servicios sanitarios.*

De suerte, entonces que si bien el citado artículo 9 bis constituye una excepción de carácter legal a la facultad de los Municipios para cobrar derechos por instalaciones o construcciones en los bienes nacionales aludidos, en los términos del N 4° del artículo 41 de la Ley de Rentas Municipales, al otorgar un derecho de uso gratuito a los concesionarios de servicios sanitarios.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ [Http://: www.sisis.cl](http://www.sisis.cl). Consulta 18 de octubre de 2004. Doctrina Superintendencia de Servicios Sanitarios.

¹⁴⁷ CONTRALORÍA General de la República, Dictamen N° 12.750, 12 de abril de 1999.

2) *“Analizada la norma citada puede afirmarse que el goce de la gratuidad de que se trata está consagrada a favor de la concesión para la explotación del servicio sanitario pertinente, de manera que si se precisa de un bien nacional de uso público para realizar trabajos que dicen relación con la instalación, mantención, mejoramiento y extensión de la infraestructura sanitaria procede este beneficio, sin importar el sujeto que los realiza, en la medida que tales obras accedan a la correspondiente concesión de un servicio sanitario.”*¹⁴⁸

3) *“Este derecho de uso gratuito estaba referido a todo lo que involucrara la instalación aludida, aun cuando la limitación del normal uso del bien fuera transitoria o permanente, porque la ley no distingue y en ese sentido debía entenderse derogado tácita y parcialmente el artículo 9 que se refería a la misma materia y que sólo autorizaba a utilizar los bienes mencionados siempre que no se alterase en forma permanente la naturaleza y finalidad de los mismos y no le daba el carácter de derecho gratuito.*

En esas circunstancias, el artículo 9 bis, que expresamente dispuso esa liberalidad, hizo extensivo el beneficio en comento no sólo la perturbación que permanentemente pudiera haber con la instalación de las aludidas infraestructuras sanitarias, sin perjuicio de las servidumbres que pudieran imponerse al tenor del inciso final del artículo 9, que en esa parte se entendió vigente, sino también, a las limitaciones de carácter temporal que pudieran existir con ella, siempre que los concesionarios se sujetaran a las condiciones dispuestas por las Municipalidades en su calidad de administradoras de los bienes nacionales de uso público.

¹⁴⁸ CONTRALORÍA General de la República, Dictamen N°2.436, 29 de enero de 1993.

Se hace necesario reiterar, sin embargo, que la gratuidad en examen sólo procede respecto a los impedimentos derivados de la instalación misma de las infraestructuras sanitarias y no de los trabajos de reparación y/o mantención de ellas, como se señaló en la oportunidad antedicha, porque la norma que la establece es excepcional y debe interpretarse restrictivamente.”¹⁴⁹

¹⁴⁹ CONTRALORÍA General de la República, Dictamen N° 12.395, Contraloría General de la República 24 de mayo de 1991.

CASO N ° 6 :

Materia: VÍAS URBANAS, CAMINOS PÚBLICOS, CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO.

Hechos:

La Ilustre Municipalidad de San Esteban sufre desde hace varios años un grave problema de congestión vehicular, en avenida Manuel Rodríguez, ya que esta es la principal arteria de la ciudad y por allí transitan no sólo los habitantes de la ciudad, sino también todos aquellos que se dirigen a los pueblos cercanos, pues no existe una vía alternativa para llegar a ellos y la vía obligada es la citada avenida.

La Municipalidad no posee recursos para solucionar, por ello en reunión de Consejo Municipal, en que uno de los temas en tabla, es la situación de esta avenida, que preocupa a todos los vecinos de la comunidad, se propone licitar la vía a fin de que sea una empresa particular quien solucione el problema, y cobre un peaje por el uso de esta vía, con lo que se pagará de los gastos realizados, pues como antes se dijo la I. Municipalidad no dispone de recursos, para costear este tipo de obra. Todos los miembros del Consejo están de acuerdo en esta solución y comienzan a discutir las condiciones de licitación.

Preguntas :

1.-¿Puede la Municipalidad resolver el problema, de avenida Manuel Rodríguez, por vía de licitación y cobro de peaje?.

1). Legislación:

a) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695:

Artículo 4: “Las municipalidades, en el ámbito de su territorio podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la administración del Estado, funciones relacionadas con:

letra f) La urbanización y la vialidad urbana y rural;

letra h) El transporte y tránsito público.”

Artículo 5: “Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado. En ejercicio de esta atribución, les corresponderá, previo informe del Consejo Económico y Social de la comuna, asignar y cambiar la denominación de tales bienes. Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración.”

Artículo 56: “El alcalde es la máxima autoridad de la Municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.

En la condición antedicha, el alcalde deberá presentar, oportunamente y en forma fundada, la aprobación del concejo, el plan comunal de

desarrollo, el presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de servicios de salud y educación y demás incorporados a su gestión, y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos.”

b) Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional N°19.175, 1993:

Artículo 4: “El Gobernador ejercerá las atribuciones que menciona este artículo informando al Intendente de las acciones que ejecute en el ejercicio de ellas:

h) Ejercer la vigilancia de los bienes del Estado, especialmente de los nacionales de uso público. En uso de esta facultad, el gobernador velará por el respeto al uso a que están destinados, impedirá su ocupación ilegal o todo empleo ilegítimo que entorpezca su uso común y exigirá administrativamente su restitución cuando proceda.”

c) D.F.L N° 458 de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcción:

Artículo 6: “A los Intendentes y Gobernadores corresponderá supervisar que los bienes nacionales de uso público se conserven como tales, impedir su ocupación con otros fines y exigir su restitución, en su caso, conforme a sus facultades.”

d) DL 1939, 1977, Establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado:

Artículo 1: “Las facultades de adquisición, administración y disposición sobre los bienes del Estado o fiscales que corresponden al Presidente de la República, las ejercerá por intermedio del Ministerio de

Tierras y Colonización, sin perjuicio de las excepciones legales. Asimismo, el Ministerio ejercerá las atribuciones que esta ley le confiere respecto de los bienes nacionales de uso público, sobre los cuales tendrá, además un control superior, sin perjuicio de la competencia que en la materia le asignan leyes especiales a otras entidades. Las dudas que se originen respecto de la competencia en la administración de un bien nacional, serán resueltas por el Ministerio de Tierras y Colonización, sin perjuicio de las facultades que correspondan a la Contraloría General de la República.”

Artículo 19: “La Dirección, sin perjuicio de las facultades que le competen a los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales, cuidará que los bienes fiscales y nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que estén destinados. Impedirá que se ocupe todo o parte de ellos y que se realicen obras que hagan imposible o dificulten el uso común, en su caso.”

e) Decreto N°900 Ministerio de Obras Públicas. Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones:

Artículo 1: “La ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el Artículo 87° del Decreto Supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, las licitaciones y concesiones que deben otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, se registrarán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de

ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.”

f) Ley 18.290 de 7 de febrero 1984, Ley de Tránsito:

Artículo 2: “Para todos los efectos de esta ley, las palabras o frases que se indican a continuación, tendrán el siguiente significado:

- Acera: Parte de una vía destinada al uso de peatones;
- Avenida o calle: Vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales;”

g) DFL N° 850 del M.O.P. Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas:

Artículo 24: “Son caminos públicos las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público. Se considerarán, también, caminos públicos, para los efectos de esta ley, las calles o avenidas que unan caminos públicos, declaradas como tales por decreto supremo, y las vías señaladas como caminos públicos en los planos oficiales de los terrenos transferidos por el Estado a particulares, incluidos los concedidos a indígenas.

Son puentes de uso público, para efectos de esta ley, las obras de arte construidas sobre ríos, esteros, quebradas y en pasos superiores, en los caminos públicos, o en las calles o avenidas que se encuentren dentro de los límites urbanos de una población.”

Artículo 25: “ Los caminos públicos se clasifican en:

a) Caminos nacionales: el Camino Longitudinal, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados como tales por el Presidente de la República, y

b) Caminos regionales: el resto de los caminos públicos.

Sin perjuicio de esta clasificación el Presidente de la República podrá declarar qué caminos tienen el carácter de internacionales.”

Artículo 26: “Todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público.

Esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio.

Igualmente, la Municipalidad respectiva o la Dirección de Vialidad, a requerimiento de el o los propietarios de parcelas que tengan interés real y actual en ello, quienes acreditarán dicha calidad con la exhibición de los respectivos títulos de dominio vigente, dispondrá la apertura o ensanche de los caminos interiores resultantes de las parcelaciones de predios sometidos al proceso de reforma agraria llevado a cabo en virtud de las leyes N°s 15.020 y 16.640 y que figuren como tales en los respectivos planos de parcelación.

Asimismo, la Municipalidad respectiva podrá autorizar la instalación de redes de electricidad, teléfono, agua potable y alcantarillado, utilizando

para ello el trazado de los mismos caminos, evitándose siempre perjuicios innecesarios a los predios sirvientes.”

Artículo 75: “El Presidente de la República podrá establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime convenientes, fijando su monto y pudiendo determinar los vehículos que no pagarán esta contribución.”

2). Doctrina:

1) *“El carácter de calle o camino de una determinada vía, está primeramente determinado por su ubicación dentro de los límites urbanos de una población (calle) o fuera de este perímetro (camino).*

*En estas condiciones, es preciso añadir ahora que la ley general de urbanismo, tanto para los efectos de sus propias normas, cuanto para los efectos de la ley de Municipalidades, prevé que el límite urbano es la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal.”*¹⁵⁰

2) *“Es preciso añadir ahora que la ley General de Urbanismo y Construcciones- DFL 458 de 1975-, tanto para los efectos de sus propias normas, cuanto para los efectos de la ley de Municipalidades, prevé que el límite urbano es la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal. Agrega esta norma que la aludida línea imaginaria*

¹⁵⁰ MENDOZA Zuñiga, Ramiro Alfonso. Institucionalidad en materia de calles y caminos. Santiago, Ius Publicum N° 1, Universidad Santo Tomás, 1998.P.131.

debe ser fijada por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con informe previo del Ministerio de Agricultura.

Forzosamente se infiere de esta ley , por ende, que las vías situadas en las áreas urbanas ya consolidadas, como también en las zonas de extensión urbanas, esto es de crecimiento potencial, asumen la calidad de calles.

En lo tocante a las calles o avenidas, aparece desde luego la intervención de las Municipalidades habida cuenta que a estas corporaciones estatales la ley les ha entregado funciones que inciden ya en: la administración de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna, la vialidad urbana y rural y la urbanización.”¹⁵¹

3) “Como natural consecuencia de la facultad de administración que tienen las Municipalidades sobre los bienes nacionales de uso público, debe mencionarse que, en relación con el artículo 24 de la ley 18.196, las corporaciones edilicias pueden efectuar directamente, dentro de su territorio comunal y con sus propios recursos, obras de pavimentación. Según la ley 8.946, artículo 46, pueden también encomendar dichas obras a los SERVIU, previo convenio y aportes de fondos.

Estas atribuciones son sin perjuicio de la facultad que confiere a los municipios el artículo 4 letra j) de la ley 18.695, que por estar investidas de funciones relacionadas con la urbanización, las habilita para ejecutar directamente las obras de pavimentación de calles, avenidas, plazas y aceras comunales, con sus propios recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos, o a través de terceros mediante contratos.

¹⁵¹ Ibid. P.133.

En todo caso las Municipalidades sólo pueden ejecutar estas obras si cuentan con la aprobación previa del respectivo SERVIU, ya que a éstos corresponde el ejercicio privativo de las facultades de estudiar, proyectar, inspeccionar, remover, conservar y administrar los pavimentos, calzadas y aceras en las partes urbanas de las comunas, en su calidad de sucesores legales de las ex Corporación de Obras Urbanas.

En materia de pavimentación, es necesario distinguir, entonces, entre las atribuciones propias de la actividad técnica y la ejecución misma de las obras.

La ejecución de las obras puede realizarse por las Municipalidades, en ejercicio de la facultad que les concede el artículo 4 letra j) de la ley 18695, pero sólo una vez aprobadas por el SERVIU que corresponda, en uso de las atribuciones antes citadas que le son privativas. Sólo así puede ejecutarse obras municipales de pavimentación y mejoramiento de calzadas, veredas y bandejones de la comuna.”¹⁵²

4) *“El carácter público de la vía se acredita por su destinación al uso público.*

Establecer la propiedad pública de una calle o avenida es una cuestión que podría interesar para resolver variadas situaciones. Por ejemplo, en quienes radican las obligaciones de administración y vigilancia de la vía, o para resolver algún aspecto de previo y especial

¹⁵² Ibid. P.135.

pronunciamiento en materia de tránsito; o a quién pertenecen los árboles plantados en ella, u otras.”¹⁵³

5) *“Para la adecuada inteligencia de las atribuciones de los municipios en materia de conservación vial es preciso distinguir entre calles y avenidas por un lado y caminos públicos por otros, y tener muy en cuenta que la intervención que se da a las Municipalidades en cuanto a estos últimos es facultativa y no obligatoria, y que la responsabilidad principal, siguiendo el principio de la especialidad, en este caso técnica, sigue de cargo de la Dirección de Vialidad. Por esta razón, cuando la Municipalidad en uso de sus facultades decida intervenir en materia de conservación vial de caminos, deberá necesariamente cumplir una etapa previa de coordinación con la Dirección de Vialidad, a fin de no interferir en las acciones conservativas y de planificación general de caminos que pueda tener el referido órgano de la Administración Central.*”¹⁵⁴

3). Jurisprudencia:

1) *“Los terrenos destinados a calles y plazas pertenecen a la Nación toda y no a las Municipalidades. Ni éstas ni el Alcalde tienen la tenencia de las plazas y calles ni de ninguno de los bienes nacionales de uso público, los cuales pertenecen a la Nación toda. Sobre las avenidas o calles públicas la ley otorga a las Municipalidades respectivas un simple derecho*

¹⁵³ VALENZUELA Ramírez, Carlos. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: Régimen Jurídico de los caminos públicos en Chile. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1996. P.56.

¹⁵⁴ Ibid. P. 187-188.

o facultad de inspección o vigilancia, que en manera alguna constituye posesión en los términos del artículo 700 Código Civil.¹⁵⁵”

2) *“Al respecto, se hace necesario manifestar que la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, no contiene disposición alguna que permita a una corporación edilicia licitar la construcción de una obra vial, otorgándola en concesión a la empresa adjudicataria, con el derecho a cobrar a los usuarios por la utilización de dicha obra.*

En este sentido, es el caso mencionar que la circunstancia de que el artículo 4° letra i), de la ley citada, prescriba que las Municipalidades podrán desarrollar funciones relacionadas con la vialidad urbana; que el artículo 5°, letra c), administrar los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna; y que el artículo 6°, inciso tercero, del mismo cuerpo legal, establezca la facultad para dichas Corporaciones Edilicias de otorgar concesiones para la administración de bienes específicos que posean o tengan a cualquier título, no resulta suficiente para admitir la construcción de obras viales mediante el sistema de concesiones con cobro de tarifas, puesto que esta clase de contratos no aparece expresamente prevista.

Por otra parte, es dable señalar que el sistema de licitación para la concesión de la construcción y explotación de una obra pública, previsto en el DFL N°164 de 1991 ,del Ministerio de Obras Públicas constituye un procedimiento especialísimo y excepcional, que ha sido entregado en forma directa por el Legislador al Ministerio de Obras Públicas, mediante texto expreso.

¹⁵⁵ CORTE DE APELACIONES de Santiago. Sentencia de 29 de septiembre de 1933. Santiago, Editorial

Ahora bien, siendo el referido régimen legal sobre concesiones una regulación especial, debe ser interpretado restrictivamente, esto es no puede aplicarse extensivamente, ni servir de base para una interpretación analógica.

En otro orden de consideraciones, conviene anotar que el artículo 75 de Decreto N° 294, de 1984, de Obras Públicas, preceptúa que “El Presidente de la República podrá establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime convenientes, fijando su monto y pudiendo determinar los vehículos que no pagarán esta contribución”. El inciso segundo agrega que los ingresos provenientes de este tributo deberán destinarse anualmente a la construcción y conservación de la red caminera del país.

Por su parte, el artículo 30 del mismo cuerpo legal estatuye en su N°5 que es función del Director de Vialidad “Proponer al Presidente de la República las tarifas de peaje a que se refiere el artículo 75 de esta ley y su forma de percepción e inversión.

De conformidad con dichos preceptos, es atribución exclusiva del Jefe de Estado establecer peaje en los caminos, puentes y túneles que conforman la red vial del país, a proposición del Director de Vialidad (aplica Dictamen N° 17.783/94).

Debe destacarse que el peaje autorizado por la ley sólo se refiere a “caminos, puentes y túneles” y, por tanto, no se puede aplicar a las vías urbanas que no tengan esas características.

En mérito de lo expuesto, cabe concluir que no resulta legalmente procedente que una Municipalidad entregue a una empresa privada la

construcción de una obra vial, con derecho para la adjudicataria de la licitación de cobrar tarifas a los usuarios por la utilización de dicha obra.”¹⁵⁶

3) *“No procede que la Dirección de Vialidad celebre convenios con Municipalidades para establecer plazas de peaje en caminos públicos y para allegar los recursos que recauden a la conservación y mantenimiento de determinadas vías, ello porque acorde a los artículos 75 y 30 números 5 y 6 del Decreto 294 /84 de Obras Públicas, es atribución exclusiva del Presidente de la República establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que conforman la red vial del país, a proposición del Director de Vialidad, no siendo jurídicamente procedente que este último funcionario celebre convenios con los Municipios con dicho fin. Por otra parte, la misma normativa prevé el destino de los recursos que se recauden en las plazas de peaje, los cuales deben financiar la construcción y conservación de la red caminera nacional, esto es, los diferentes planes de inversión física del país, en conjunto. No obstante, los artículos 30 y 75 del citado decreto, en la forma como fueron modificados por Ley 18.482 art 30, facultan a la referida Dirección de Vialidad para entregar a particulares y previa propuesta pública la administración y recaudación de peajes y para destinar parte de los ingresos recaudados a financiar dicha contratación. Por tanto, ni siquiera esta última actividad puede ser entregada a una Municipalidad sino que a un particular, y tampoco en forma directa, sino previa propuesta pública.”¹⁵⁷*

¹⁵⁶ CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 12.377, de 24 de abril de 1995.

CASO N ° 7 :

Materia: AGUAS PÚBLICAS, AGUAS PRIVADAS, APROVECHAMIENTO, CONCESIÓN.

Hechos:

La empresa NERVAL S.A., concesionaria de servicios sanitarios, de la ciudad de Tocopilla, es dueña de un derecho de aprovechamiento de aguas permanente y consuntivo. Las aguas servidas, que se producen son vaciadas por la empresa en el canal Chinchilla obra construida por ella, que cruza varios predios, y que finalmente deposita sus aguas en el estero Puange.

Don Miguel Campos, dueño de uno de los predios que cruza el Canal Chinchilla, presentó una solicitud, a la Dirección General de Aguas, por la que pedía se le otorgará un derecho de aprovechamiento sobre las aguas del canal. El día 12 de noviembre de 2003 la Dirección General de Aguas otorgó a Miguel Campos un derecho de aprovechamiento sobre las aguas del Canal Chinchilla.

Le empresa NERVAL S.A, a partir de abril de 2004, someterá las aguas servidas a un proceso de tratamiento, por lo que ya no irán al canal Chinchilla. Por ello se ve directamente perjudicado don Miguel Campos, quien ya no podrá utilizar las aguas de acuerdo al derecho de aprovechamiento que le otorgó la D.G.A.

¹⁵⁷ CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N ° 17.783, de 18 de mayo de 1994.

Preguntas:

1.- ¿Pudo la Dirección General de Aguas, otorgar a don Miguel Campos el derecho de aprovechamiento sobre las aguas del Canal Chinchilla? ¿eran bienes nacionales de uso público, las aguas de ese canal?.

2.-¿La empresa NERVAL S.A., tiene alguna obligación de vaciar sus aguas en el canal Chinchilla?.

1). Legislación:

a) Código de Aguas:

Artículo 5: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.”

Artículo 6: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la Ley.

Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante escritura pública se inscribirá o anotará, según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces informará de lo anterior a la Dirección General de Aguas, en los términos previstos por el artículo 122. En todo caso, la renuncia no podrá ser en perjuicio de terceros, en especial si

disminuye el activo del renunciante en relación con el derecho de prenda general de los acreedores.”

Artículo 20: “El derecho de aprovechamiento se constituye originalmente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.”

Artículo 22: “La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, en conformidad a lo establecido en el artículo 3°.”

Artículo 43: “Constituyen derrames las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida del predio.

Se presume el abandono de esta agua desde que el dueño del derecho de aprovechamiento hace dejación de ellas, en los linderos de la propiedad, sin volver a aprovecharlas.”

Artículo 44: “Los derrames que escurren en forma natural a predios vecinos podrán ser usados dentro de éstos, sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento.

La producción de derrames estará sujeta a las contingencias del caudal matriz y a la distribución o empleo que de las aguas se haga en el predio que los origina, por lo cual no es obligatoria ni permanente.”

Artículo 46: “La existencia de un título respecto al uso de derrames, no importa limitación de una mejor forma de utilización de las aguas por el titular del derecho de aprovechamiento, salvo convención en contrario.”

Artículo 53: “Las aguas provenientes de derrames o drenajes, caídas a un cauce natural o artificial, se confunden con las de éstos.”

Artículo 54: “El uso por terceros de derrames o drenajes, no constituyen gravamen o servidumbre que afecte al predio que los produce. Son actos de mera tolerancia que no confieren posesión ni dan fundamento a prescripción.”

Artículo 55: “Los derechos, gravámenes o servidumbres sobre derrames y drenajes sólo pueden constituirse a favor de terceros, por medio de un título. Ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlos.

Para que produzca efectos respecto de terceros el título deberá constar en instrumento público e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.”

b) DFL N° 382 1988, Ley General de Servicios Sanitarios:

Artículo 61: “Para los efectos de lo dispuesto en el Título V del Código de Aguas, entiéndese que los prestadores de servicios sanitarios abandonan las aguas servidas cuando éstas se evacuen en las redes o instalaciones de otro prestador o si se confunden con las aguas de cauce natural o artificial, salvo que exista derecho para conducir dichas aguas por tales cauces, redes o instalaciones.”

2). Doctrina:

1) *“Las aguas servidas se entienden abandonadas por los concesionarios sanitarios sólo cuando se evacuan en las redes o instalaciones de otro prestador o si se confunden con las aguas de cauce*

natural o artificial. Antes de tal momento, permanecen bajo la disposición absoluta del concesionario sanitario, y son aguas de su propiedad.

El concesionario sanitario puede, si lo desea, utilizar los cauces naturales o artificiales para conducir tales aguas hacia otros “cauces, redes o instalaciones”, por lo que a pesar de seguir evacuándose tales aguas en un cauce natural o artificial ajeno, podría hacerlo para reutilizarlas en otro sitio.

Lo anterior es, además, consecuencia de que la producción de estos derrames no es obligatoria ni permanente, para la concesionaria sanitaria. Por lo tanto, puede tal concesionaria libremente dejar de evacuar tales aguas en el cauce natural en que tradicionalmente lo hacía; e incluso puede seguir vaciándola en el mismo cauce natural pero ya no en carácter de derrame, sino para conducirla hacia otro cauce, en donde disponer de ella, para lo cual simplemente necesita un permiso de utilización del cauce natural.

Esta ausencia de obligatoriedad de producción de derrames está confirmada, además, por el Código de Aguas en cuanto señala que “el uso por terceros de derrames, no constituye gravamen o servidumbre que afecte al predio que los produce. Son actos de mera tolerancia que no confieren posesión ni dan fundamento a prescripción (art 54).

Sólo un título convencional directo entre el titular de las aguas de derrame (concesionario sanitario, en este caso) y el interesado en utilizar

esas aguas podría obligar a aquél a producirlos, según lo señalan expresamente los artículo 46 y 55 del Código de Aguas.”¹⁵⁸

2) *“Una última característica de todo derrame de aguas que producen los concesionarios sanitarios, fluye del estatuto legal a que los sujeta el Título V del Código de Aguas, por remisión expresa del artículo 61 del DFL N° 382: ningún otro título, incluido un acto de autoridad, puede limitar la libre disposición que sobre las aguas le corresponde a un concesionario sanitario.*

En conclusión, el hecho mismo de evacuar esta agua al cauce natural es una actitud absolutamente voluntaria de parte de la concesionaria de servicios sanitarios, pues ella como titular, poseedora, dueña de tales aguas que escurren por una instalación de su propiedad podría dejar de hacerlo voluntariamente, sin que exista disposición legal que le obligue a producir obligatoriamente derrames.”¹⁵⁹

3) *“Según la legislación vigente, los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyen por acto de autoridad (art. 20 del Código de Aguas), sólo pueden constituirse “sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros”(artículo 22 del Código de Aguas), siempre y cuando, además “exista disponibilidad del recurso”(artículo 141 inciso 4° del Código de Aguas). En caso contrario, la Dirección General de Aguas, según mandato legal, denegará la solicitud”(artículo 4° in fine del Código de Aguas).*

¹⁵⁸ VERGARA Blanco, Alejandro. Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames. El caso de las aguas depositadas por un concesionario en fuentes naturales. Revista de Derecho de Aguas, Volumen VI. Copiapó, Universidad de Atacama, Facultad de Derecho, 1995. P. 138.

En virtud de lo anterior, la autoridad no tiene facultades para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas respecto de derrames, pues esta agua no son “disponibles”, al no ser parte de “fuentes naturales” ni de obras de desarrollo del recurso.

Por tanto, el “acto de autoridad” a que se refiere el artículo 20 del código de Aguas, que es el creador del derecho de aprovechamiento de aguas, sólo es válido en la medida que cumpla estos requisitos mínimos que establece la ley. Si el acto de autoridad es dictado respecto de aguas que no están “disponibles”, como por ejemplo, el caso de los derrames de aguas, respecto de los cuales no cabe en ningún caso la creación de derechos de aprovechamiento, por no tratarse de una fuente natural, según lo exige el art 22 del Código de Aguas, es un acto inválido, que incurre en la causal de nulidad de derecho público que se desprende de los artículos 6° y 7° de la Constitución. Nulidad que, en este caso, como se verá, podría incluso no ser necesario solicitar ni declarar, pues la ley ha establecido directamente otro efecto: la inoponibilidad(artículo 46 del Código de Aguas).

Entonces, la Dirección General de Aguas no tiene la facultad legal para constituir derechos de aprovechamiento de aguas provenientes de derrames, y en caso de hacerlo así, tal Dirección quebranta la ley, y su acto es inválido, por ilegal.”¹⁶⁰

4) “En consecuencia, no le empece a un concesionario sanitario aquel acto de autoridad de la Dirección General de Aguas que, en forma ilegal e inconstitucional, haya creado a favor de un tercero un derecho de

¹⁵⁹ Ibid. P.139.

*aprovechamiento de aguas de derrame que aquel deposita voluntariamente en un cauce natural.*¹⁶¹

El concesionario sanitario, entonces, puede: a su arbitrio, seguir abandonándolas; o, también a su arbitrio, tratarlas o limpiarlas, ya sea en forma directa o a través de otras personas, y luego destinar esas aguas al objeto que desee.”¹⁶²

5) *“Essan, como titular de los derechos de aprovechamiento de aguas en el río Loa, y en el río Toconce, desde el momento que capta las aguas, en las bocatomas, se hace dueña de ellas y en consecuencia adquiere el uso, goce y disposición de las mismas.*

*En consecuencia, con las aguas que Essan presta a sus usuarios el servicio de agua potable para el consumo humano, éstos también las utilizan en fines domésticos, transformándose en aguas servidas, que se las entregan a Essan para su evacuación, siendo parte de las mismas aguas respecto de las cuales es titular de los derechos de aprovechamiento y dueña exclusiva desde el momento en que las capta, sin estar obligada a restituirlas.*¹⁶³

Como dueño de esas aguas tiene su uso, goce y disposición en los términos del artículo 582 del Código Civil, y por lo tanto puede proceder al tratamiento y disposición de las mismas según la legislación sanitaria, y

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid. P. 141.

¹⁶² Ibid. P. 142.

¹⁶³ AYLWIN Azocar Tomás. Posibilidad Jurídica de las empresas de Servicios Sanitarios de usar, gozar y disponer de las aguas servidas evacuadas en sus redes de alcantarillado. Revista de Derecho de Aguas, Volumen VI. Copiapó, Universidad de Atacama, Facultad de Derecho, 1995. P.163.

proceder a los usos alternativos considerados en sus planes de desarrollo para satisfacer los incrementos futuros de la demanda de agua potable.”¹⁶⁴

6) *“La característica principal del derecho que se constituye por esta resolución es que se trata de un derecho de aprovechamiento sobre aguas superficiales en la quebrada de Quetena, “provenientes de aguas servidas de la ciudad de Calama”, esto es de aguas que son de dominio particular.*

La consecuencia directa de la característica anterior, cualesquiera sean las otras características que tenga el derecho concedido, es que el dueño de las aguas de las cuales proviene el derecho, las abandone o no, ya que como se ha dicho, ese dueño, en este caso Essan, pudiendo usar, gozar y disponer de ellas, no está obligado a abandonarlas.”¹⁶⁵

3). Jurisprudencia:

1) *“Por mandato del artículo 22° del Código de Aguas, la autoridad, sólo tiene facultades para constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso y, por consiguiente, no puede establecerlo sobre las aguas que se pretende extraer desde un cauce artificial.*

A mayor abundamiento debe hacerse presente que los artículos 46° y 55° del Código de Aguas en que se fundamenta el acto de la especie, no constituyen una excepción al principio general antes enunciado. En concordancia con lo expresado, estima esta Entidad Contralora que esa

¹⁶⁴ Ibid. P.164.

¹⁶⁵ Ibid. P.165.

*Dirección General sólo puede constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas provenientes de derrames y drenajes cuando su extracción se efectúe desde un cauce natural o desde una obra estatal de desarrollo del recurso y una vez que se hayan confundido con las de éstas, conforme a lo dispuesto en el artículo 53° del ya indicado ordenamiento.*¹⁶⁶

2) *“No es posible autorizar la extracción de las aguas de derrames y drenajes, desde cauces artificiales, obras que conforme al artículo 36° del Código de Aguas son de dominio privado, en circunstancias de que por mandato del artículo 22° del mismo ordenamiento, sólo se pueden constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales o en obras estatales de desarrollo del recurso, en razón de lo cual esa Dirección General carece de la facultad de establecerlos sobre aguas existentes en un cauce artificial.*¹⁶⁷

3) *“Devuelve resolución de la Dirección General de Aguas, en atención a que permite extraer el agua desde los llamados canales recolectores de derrames Las Posesiones y La Polcura, lo cual es improcedente dado que según los artículos 22° y 36° del Código de Aguas el derecho debe constituirse sólo en fuentes naturales y en obras estatales del recurso, carácter que no tienen los de la especie al tenor de los antecedentes adjuntos, y que los canales artificiales son de dominio privado. Por otro lado, del artículo 43° del citado Código las aguas provenientes de derrames son por esencia aquellas abandonadas después de su uso a la salida del predio y que se presume dicha situación cuando el*

¹⁶⁶ CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 15.664 de 16 de junio de 1989.

¹⁶⁷ CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 17.596 de 19 de junio de 1990.

dueño de la propiedad hace dejación de ellas en los linderos de ésta sin volver a aprovecharlas, lo que no se produce en el caso en análisis desde el momento en que los derrames se utilizan en un canal colector. Al efecto, es igualmente necesario considerar que conforme al artículo 53° del texto legal anotado las aguas provenientes de derrames o drenajes, caídas a un cauce natural o artificial, se confunden con las de éstos, lo que significa que en definitiva pasan a tener la misma naturaleza que las de esos cauces, con todas las consecuencias del caso.”¹⁶⁸

¹⁶⁸ CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 8.524 de 4 de abril de 1991.

CASO N° 8

Materia: CAMINOS PÚBLICOS, PASOS URBANOS, SERVIDUMBRES DE USO SOBRE BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO.

Hechos:

La empresa SERELEC S.A., ha obtenido la concesión de distribución y transporte de energía eléctrica, en el sector Lagunillas, perteneciente a la comuna de Rosario. De acuerdo al Decreto N° 101 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 4 de noviembre de 2005 el concesionario tiene derecho a hacer uso de los caminos urbanos, denominados San Esteban y El Paso, para ejecutar el servicio que prestará a la comunidad.

Un representante de la empresa se dirige a la I. Municipalidad de Rosario, a fin de comunicar a ella, la concesión que se le ha otorgado y coordinar las labores que realizará en los citados caminos, de tal forma de ocasionar la menor cantidad de molestias a la comunidad. La municipalidad, le informa que es ella quién tiene la tuición de los bienes nacionales que existen en la comunidad, y que para hacer cualquier obra en ellos, es la Municipalidad quien debe otorgarle un permiso especial.

Preguntas:

1.-¿Debe la empresa obtener el permiso que le ha señalado la Municipalidad, para realizar las obras necesarias en los caminos San Esteban y El Paso?.

2.-¿Debe la empresa pagar a la Municipalidad, por el uso de estos caminos?.

1).Legislación:

a) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695:

Artículo 5: “Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales:

C) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado. En ejercicio de esta atribución, les corresponderá, previo informe del Consejo Económico y Social de la comuna, asignar y cambiar la denominación de tales bienes. Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración.”

b) DFL N° 1 1982, Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos:

Artículo 2: “Están comprendidas en las disposiciones de la presente Ley:

1.- Las concesiones para establecer:

a).-Centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica.

Los derechos de aprovechamiento sobre las aguas terrestres que se destinen a la producción de energía eléctrica, se registrarán por las disposiciones del Código de Aguas;

b) Subestaciones eléctricas;

c) Líneas de transporte de la energía eléctrica.

2.-Las concesiones para establecer, operar y explotar las instalaciones de servicio público de distribución.

3.-Los permisos para que las líneas de transporte y distribución de energía eléctrica no sujetas a concesión puedan usar y/o cruzar calles, otras líneas eléctricas y otros bienes nacionales de uso público.

4. Las servidumbres a que están sujetos;

a) Las heredades, para la construcción, establecimiento y explotación de las instalaciones y obras anexas que posean concesión, mencionadas en los números 1 y 2 de este artículo;

b) Las postaciones y líneas eléctricas, en aquellas partes que usen bienes nacionales de uso público o heredades haciendo uso de las servidumbres que se mencionan en la letra anterior, para que personas distintas al propietario de esas instalaciones las puedan usar en el tendido de otras líneas o para el transporte de energía

eléctrica o para que las Municipalidades puedan hacer el alumbrado público.

5.-El régimen de precios a que están sometidas las ventas de energía eléctrica.

6.- Las condiciones de seguridad a que deben someterse las instalaciones, maquinarias, instrumentos, aparatos, equipos, artefactos y materiales eléctricos de toda naturaleza y las condiciones de calidad y seguridad de los instrumentos destinados a registrar el consumo o transferencia de energía eléctrica.

7.- Las relaciones de las empresas eléctricas con el Estado, las Municipalidades, otras entidades de servicio eléctrico y los particulares.”

Artículo 3: “No están sometidas a las concesiones a que se refiere el artículo anterior:

a) Las centrales productoras de energía eléctrica distintas de las señaladas en la letra a) del N° 1 del artículo precedente;

b) Las líneas de distribución que no sean de servicio público;

c) Las líneas de distribución destinadas al alumbrado público de calles, caminos, plazas, parques y avenidas - en adelante alumbrado público-; sean estas establecidas por la Municipalidad, o por cualquier otra entidad, incluyéndose las empresas distribuidoras de servicio público que tengan a su cargo el alumbrado público en virtud de un contrato con las respectivas Municipalidades.”

Artículo 11: “Las concesiones definitivas serán otorgadas mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción , por orden del Presidente de la República. Las concesiones provisionales serán otorgadas mediante resolución de la Superintendencia.”

Artículo 12: “Los permisos enumerados en el N° 3 del artículo 2° serán otorgados por las Municipalidades, con excepción de aquellos que deban otorgarse de conformidad con el D.F.L . 206 de 1960 del Ministerio de Obras Públicas.”

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. La distribución de electricidad a usuarios ubicados en una zona de concesión sólo podrá ser efectuada mediante concesión de servicio público de distribución, con las siguientes excepciones:

1. Los suministros a usuarios no sometidos a regulación de precios, indicados en los artículos 90° y 91° de la presente Ley;

2.- Los suministros que se efectúan sin utilizar bienes nacionales de uso público;

3.- Los suministros que se efectúan utilizando bienes nacionales de uso público mediante permisos otorgados previamente al establecimiento de una concesión.

4.- Todo otro suministro que se efectúe mediante un contrato que acuerden directamente las partes, incluidos los concesionarios.”

Artículo 18: “La solicitud de concesión provisional deberá presentarse a la Superintendencia. En la solicitud se indicará:

- a) La identificación del peticionario;
- b) La clase de concesión que solicita y el servicio a que estará destinada;
- c) En el caso de centrales hidroeléctricas, además de su ubicación y potencia, se indicarán los derechos de aprovechamiento de agua que posea o esté tramitando el peticionario y, si procede, el trazado y capacidad de los acueductos, la ubicación y capacidad de los embalses y estanques de sobrecarga y de compensación que se construirán para la operación de la central;
- d) En el caso de líneas de transmisión y de distribución, su trazado y la ubicación de las subestaciones, con indicación de los caminos y calles y otros bienes nacionales de uso público que se ocuparán, y de las propiedades fiscales, municipales y particulares que sea necesario atravesar;
- e) Una descripción de los trabajos relacionados con los estudios, que se ejecutarán durante el período de la concesión provisional y los plazos para la iniciación de éstos, para su terminación por secciones o para su terminación total;
- f) Un plano general de las obras y una memoria explicativa de las mismas;
- g) Un presupuesto aproximado del costo de las obras”.

Artículo 21: “ La resolución de concesión provisional otorga al concesionario el derecho para obtener del Juez de Letras de Mayor Cuantía respectivo el permiso para practicar o hacer practicar en terrenos fiscales, municipales o particulares, las mediciones y estudios que sean necesarios para la preparación del proyecto definitivo de las obras comprendidas en su concesión. El mismo Juez determinará, cuando los afectados lo soliciten, las indemnizaciones a que tienen derecho por los perjuicios que les provocaren los permisos referidos en sus predios o heredades.”

Artículo 29: “ Cuando se trate de servicios de distribución de energía eléctrica el decreto de concesión definitiva fijará los límites de la zona de concesión.

La zona mínima de concesión comprenderá una franja de cien metros circundantes a todas las líneas existentes de la empresa, sean aéreas o subterráneas.

Los concesionarios podrán solicitar en la Superintendencia permisos para efectuar extensiones provisorias de sus líneas de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Capítulo III “De los permisos municipales.” La Superintendencia podrá otorgar dichos permisos por el plazo máximo de un año; debiendo en el intertanto, el interesado solicitar la respectiva concesión.”

Artículo 34: “Los permisos señalados en el número 3 del artículo 2º, deberán solicitarse a la Municipalidad respectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12º y 29º de este cuerpo legal.”

Artículo 47: “Todas las servidumbres que señalen los decretos de concesiones eléctricas definitivas se establecerán en conformidad a los planos especiales de servidumbres que se hayan aprobado en el decreto.”

Artículo 49: “Las servidumbres a que se refiere el artículo anterior otorgan los siguientes derechos:

1.- Para ocupar los terrenos que se necesitan para las obras;

2.- Para ocupar y cerrar hasta en una extensión de media hectárea los terrenos contiguos a la bocatoma, con el fin de dedicarlos a construir habitaciones de las personas encargadas de la vigilancia y conservación de las obras, y a guardar los materiales necesarios para la seguridad y reparación de las mismas;

3.- Para ocupar y cerrar los terrenos necesarios para embalses, vertederos, clasificadores, estanques de acumulación de aguas, cámaras de presión, cañerías, habitaciones para el personal de vigilancia, caminos de acceso, depósitos de materiales y, en general, todas las obras requeridas para las instalaciones hidroeléctricas.”

Artículo 50: “Las concesiones de líneas de transporte, subestaciones y de servicio público de distribución crean a favor del concesionario las servidumbres:

1.- Para tender las líneas aéreas o subterráneas a través de propiedades ajenas;

2.- Para ocupar los terrenos necesarios para el transporte de la energía eléctrica, desde la central generadora o subestación, hasta los puntos de consumo o de aplicación;

3.- Para ocupar y cerrar los terrenos necesarios para las subestaciones eléctricas, incluyendo las habitaciones para el personal de vigilancia.”

Artículo 51: “Los propietarios de líneas eléctricas estarán obligados a permitir el uso de sus postes o torres para el establecimiento de otras líneas eléctricas, y el uso de las demás instalaciones necesarias para el paso de energía eléctrica, tales como líneas aéreas o subterráneas, *subestaciones* y obras anexas. Esta obligación sólo es válida para aquellas líneas que hagan uso de servidumbre a que se refiere el artículo 50° y las que usen bienes nacionales de uso público como calles y vías públicas, en su trazado.”

Artículo 54: “Las líneas de transporte y distribución de energía eléctrica, podrán atravesar los ríos, canales, las líneas férreas, puentes, acueductos, cruzar calles, caminos y otras líneas eléctricas.”

Artículo 59: “Todos los derechos concedidos en los artículos 49°, 50°, y 51°, se ejercerán plenamente, sin perjuicio de las acciones judiciales que hubiere pendientes.”

Artículo 61: “Las gestiones para hacer efectivas las servidumbres deberán iniciarse en cada caso dentro de los seis meses siguientes a la fecha de reducción a escritura pública del decreto de concesión definitiva que

hubiere aprobado los planos correspondientes, so pena de caducidad del derecho otorgado para imponer la servidumbre.”

2).Doctrina:

1) *“Las servidumbres que el DFL N° 1 DE 1982, del Ministerio de Minería, autoriza a imponer sobre los predios, terrenos o heredades superficiales, en utilidad de las concesiones eléctricas(y demás instalaciones) de que trata dicho DFL N°1, de 1982, no gravan pasivamente, como predios sirvientes, a las concesiones mineras cuyas caras superiores se encuentran en tales terrenos, heredades o fundos superficiales.*

La limitación que significará la aplicación del N° 1 del artículo 17 del cuerpo legal recién nombrado, no constituye “servidumbre”, ni menos un “gravamen expropiatorio”, sino que es simplemente una de esas limitaciones u obligaciones que la ley impone en razón de la función social de la propiedad por exigirlo los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad o salubridad públicas, etc. y que son limitaciones u obligaciones que no da derecho a indemnización.”¹⁶⁹

2) *“Los concesionarios eléctricos, ya sea para el transporte de energía eléctrica o para la distribución de energía eléctrica, ostentan una potencia especial en su título que los habilita, por el ministerio de la ley, a utilizar bienes nacionales de uso público.”¹⁷⁰*

¹⁶⁹ RUIZ Bourgeois, Carlos. Concesiones mineras y servidumbres eléctricas. Revista de Derecho de Minas y Aguas, Volumen II. Copiapó, Universidad de Atacama, Facultad de Derecho, 1991.P.222.

¹⁷⁰ VERGARA Blanco, Alejandro. La concesión eléctrica: procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público. Propositiones concretas de cambios legislativos. Revista Chilena de Derecho, Volumen 21 N°3. Santiago, Universidad Católica de Chile, 1994 .P.491.

3) “A priori, debe distinguirse claramente este supuesto de distribuidores o transportadores de energía eléctrica sujetos a concesión de aquellos que no están sujetos a las concesiones, por la razón que sea (legal o voluntariamente, como opera , respectivamente, para los casos , de la distribución y del transporte de energía eléctrica), pues en tales casos, para la utilización de bienes nacionales de uso público, se deben obtener permisos municipales, situación ésta que regula los artículos 2 N° 3, 3,12, y 34 del DFL1 de 1982 .

Desde luego, debe dejarse planteado, como premisa básica, que el artículo 16 inciso 1° del DFL N°1 de 1982, establece como principio central en la materia, lo siguiente” 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”. ¿Qué significa este principio? En otras palabras, la ley esta señalando que las concesiones eléctricas conllevan, por su propia naturaleza, y por el ministerio de este texto legal, un plus adicional a su condición de servicio público: la posibilidad de ocupar en forma automática los bienes nacionales de uso público está, entonces, ínsito con el título concesional.

El concesionario podrá utilizar todos aquellos bienes necesarios para tender líneas aéreas y subterráneas, según el artículo 16 inciso 1° del DFL N° 1 de 1982, y que, debe agregarse, aparezcan en su título concesional, esto es, el concesionario eléctrico podrá utilizar todos aquellos bienes públicos que se hayan especificado en el decreto que le otorga la concesión. Y esta determinación específica de los bienes afectos a

*este caso proviene de las solicitudes, las que, por lo tanto, son de conocimiento de la Administración y constan en el procedimiento respectivo.*¹⁷¹

La Ley, en este artículo 18 letra d) se pone en la situación de que, tanto los concesionarios de transporte como de distribución de energía eléctrica, ocuparán bienes nacionales de uso público, y entre éstos, para ambos casos, señala los caminos y a las calles.

*El alcance en este derecho de ocupación de bienes públicos, luego de las tramitaciones respectivas, quedará fijado en la resolución de la Superintendencia que otorga la concesión (artículo 19 y 20), y que será, por lo tanto, el título habilitante para la ocupación de los bienes públicos señalados en la solicitud de concesión provisional.”*¹⁷²

4) *“Para el caso de la concesión provisional, según el artículo 20 letra b) del DFLN°1, de 1982, la resolución que otorga la concesión contendrá una descripción de los trabajos relacionados con los estudios que se autoriza; pues, no debe perderse de vista que, como lo indica el artículo 4° incl° del DFL N°1, “la concesión provisional tiene por objeto permitir el estudio de los proyectos de obras de aprovechamiento de la concesión definitiva.*

Esta referencia legal a trabajos y obras, implica la necesidad de ocupar el suelo, los terrenos fiscales, municipales o particulares, y practicar las mediciones y estudios que sean necesarios para la preparación del proyecto definitivo de las obras comprendidas en su concesión.

¹⁷¹ Ibid. P.492.

No existe aquí una regulación para obtener del juez el permiso respectivo para ingresar a los terrenos, como es el caso de los terrenos fiscales, municipales o particulares, según lo estipula el artículo 21 del DFL N° 1. Y no existe este mecanismo precisamente pues respecto de estos bienes ha quedado ya constituido el derecho respectivo de ocupación, y como tratase de bienes públicos, ya no será necesaria la intervención de ninguna otra autoridad.”¹⁷³

5) “El artículo 2° N° 4 letra b) del DFL N° 1 de 1982, sujeta a las postaciones y líneas eléctricas a la servidumbre de paso de energía eléctrica, en aquellas partes que usen bienes nacionales de uso público, precisamente para el transporte de energía.”¹⁷⁴

6) “Según lo establece el artículo 54 del DFL N° 1, de 1982,” las líneas de transporte y de distribución de energía eléctrica podrán atravesar los ríos, canales, las líneas férreas, puentes, acueductos, cruzar calles, caminos y otras líneas eléctricas.

Este derecho, al igual que en el caso de la ocupación, queda constituido en el decreto de concesión respectivo; y, por lo tanto, sólo su ejercicio, su ejecución queda sujeto a la regulación respectiva, y no será necesario ningún otro permiso o autorización de autoridad alguna. Sólo quedará sujeto a los reglamentos en materia de seguridad , según la ley.”¹⁷⁵

¹⁷² Ibid. P.493.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid. P.494.

¹⁷⁵ Ibid. P.495.

3). Jurisprudencia:

1) *“Que las servidumbres legales para tender las líneas aéreas a través de los predios necesarios para establecer, operar y explotar la concesión definitiva a que se refiere el Decreto Supremo N° 1116, ya citado, quedaron constituidas por el solo hecho de cursarse, publicarse y reducirse a escritura pública dicho instrumento.*

Que encontrándose constituidas las servidumbres legales correspondientes, las gestiones necesarias para hacerlas efectivas a que se refiere el artículo 61 del Decreto con Fuerza de ley N°1, ya citado, sólo pueden consistir en el conjunto de aquellas diligencias destinadas a llegar con el propietario del predio sirviente a un acuerdo sobre la forma, monto y condiciones de la indemnización respectiva.”¹⁷⁶

2) *“Que la servidumbre de que trata este juicio presenta caracteres y peculiaridades distintas a las reglamentadas y concebidas en el Código Civil. En efecto, es una servidumbre de derecho público. No estamos en presencia de limitaciones impuestas a un predio a favor de otro sino de limitaciones establecidas en un predio en beneficio del interés general de la sociedad. En este tipo de servidumbres no existe predio dominante. Presentan estos caracteres, por ejemplo, la línea de edificación en el trazado de las calles, la altura de los edificios. En los predios rústicos, la aplicación de leyes sobre cementerios, sobre regadío, las que dicen relación con la salubridad pública, etc. Conforme a esta perspectiva, desde el año 1925 se han dictado numerosas leyes que reconocen la preeminencia*

¹⁷⁶ CORTE DE APELACIONES San Miguel, Recurso de Queja Sociedad Alto Jahuel Ltda. Revista de Legislación y Jurisprudencia, Volumen XXXI, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984. P.114.

del bien colectivo. Es así como pueden citarse el Código de Aguas, la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización, la Ley General de Caminos, Ley General de Ferrocarriles, la Ley sobre Navegación Aérea, y dentro de este contexto, se encuentra la Ley de Servicios Eléctricos.

Que el artículo 49 del DFL N° 1 de 1982, Ley de Servicios Eléctricos, menciona reiteradamente la expresión “ocupar” entre los derechos que conceden el ejercicio de la servidumbre que reglamenta dicho cuerpo legal. Que indudablemente tal expresión no corresponde al modo de adquirir el dominio de que trata el artículo 606 del Código Civil, toda vez que tiene lugar respecto de las cosas que no pertenecen a nadie y que tengan el carácter de muebles, como quiera que la ocupación no permite la adquisición de dominio de los inmuebles, atendido a que en último extremo son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de dueño, todo ello conforme lo que dispone el artículo 590 del Código Civil.

Que descartada la hipótesis que la expresión “ocupar” sea comprensiva de un modo de adquirir el dominio, es necesario encontrar a dicho vocablo una significación lógica y ajustada a la legislación especial sobre servidumbres de servicios eléctricos...

Que conforme lo que corresponde pagar al dueño del predio sirviente, por la constitución y ejercicio de la servidumbre, se concluye que su naturaleza jurídica es sui géneris, tanto en cuanto no contempla la existencia de un predio dominante, como los rubros que comprende la

indemnización y los derechos que confiere al titular de la servidumbre, y que derivan del carácter de derecho público que tiene.”¹⁷⁷

3) *“Que conviene tener presente que el DFL N°1 establece dos regímenes diferentes para la distribución, a cuyo efecto distingue, por un lado, las concesiones para establecer, operar y explotar instalaciones de servicio público de distribución y, por el otro, los permisos concedidos para líneas de distribución no sujetas a concesión. Las concesiones de servicio público de distribución son otorgadas, previo informe de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles¹⁷⁸ y luego de un procedimiento público regulado por la ley, mediante decreto supremo del Ministerio del Interior, que, como se ha expresado, indica la forma en que se habrán de utilizar las calles y los demás bienes nacionales de uso público, así como los bienes fiscales, municipales y particulares sujetos a servidumbre (D.F.L. N° 1, los artículos 11 y 28, en relación este último con el artículo 24). Por el contrario, los permisos para tender líneas que no dan lugar a concesión de servicio público de distribución, son otorgados por las municipalidades, que tienen la potestad, al dar permiso, de regular el uso de bienes de uso público de un modo análogo a como lo hace el decreto de concesión cuando se trata de concesiones de derecho público (D.F.L. N° 1 artículos 34 y 35).*

- Que como se infiere de la exposición de motivos del D.F.L N°1 de 1982 y del artículo 2 N° 7 de esa Ley Eléctrica, debe entenderse que este

¹⁷⁷ CORTE SUPREMA. Recurso de Casación en el Fondo, Agrícola Forestal La Esperanza con Empresa Nacional de Electricidad y otro; 6 de octubre 1988. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Volumen LXXXV, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988. P. 176.

cuerpo legal reguló orgánicamente las concesiones y los permisos para prestar servicios eléctricos, de modo que si en un caso entrega la regulación del uso de bienes de uso público a la autoridad administrativa, mientras que en el otro a las municipalidades, no se puede asumir que estas últimas estén facultadas para exigir permisos y derechos adicionales como condición para usar bienes nacionales de uso público y, en general, realizar las obras necesarias para prestar servicio eléctrico, en circunstancias que esas materias son normadas por el decreto de concesión dictado por el Ministerio del Interior, y están reguladas con la consecuencia de que ello resulte contrario a derecho de conformidad con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política. Debe aclararse que esto último se trae a colación a título meramente ilustrativo, habida cuenta que ello no fue parte del recurso de casación ni del reclamo mismo;

- Que lo razonado respecto del régimen de permisos y derechos no excluye la potestad que tienen las municipalidades para establecer en sus ordenanzas reglas que persigan el bienestar de la comuna, a condición de que no alteren los derechos del concesionario reconocidos por la ley y el respectivo decreto de concesión, ni les impongan, sin retribución suficiente, cargas que no son reconocidas en las regulaciones tarifarias.”¹⁷⁹

4) “La actual legislación ha entregado a los Municipios la facultad de otorgar permiso para que las líneas eléctricas no sujetas a concesión puedan usar y/o cruzar calles, otras líneas eléctricas y otros bienes nacionales de uso público, sin contemplar una exención expresa respecto

¹⁷⁸ CORTE SUPREMA, Recurso de Casación en el Fondo Chilectra S.A. contra I. Municipalidad de Las Condes, 28 de mayo de 2003. Revista Fallos del mes N° 510. Santiago, Sociedad Fallos del mes, 2003. P.783.

del pago de gravámenes municipales por su otorgamiento, en beneficio de las empresas eléctricas que asumen esta modalidad de explotación. Aún más, la intención del legislador en el sentido de variar el sistema aplicable a este tipo de permisos queda claramente manifestada al regular su otorgamiento, plazo y vigencia en el capítulo III, del Título I del señalado DFL N° 1, concediéndole amplias facultades a las Municipalidades al respecto.

En la especie, desde el momento que las empresas a que se refiere el artículo 4° transitorio del mencionado DFL N°1 de 1982, optaron por la modalidad de explotación contemplada en el n° 2, de dicho precepto esto es, mediante permiso para el uso de calles y otros bienes nacionales de uso público, otorgado por el Alcalde y regulado por los artículos 2 n° 3 y 12 y por el Capítulo III , del Título I, del aludido texto legal, perdieron la calidad jurídica de “ concesionarios del servicio público de distribución,” de tal manera que, a juicio de esta Entidad de Control, a partir de dicho instante también dejaron de gozar de aquellos derechos, beneficios y prerrogativas accesorios e inherentes a toda concesión de servicio público eléctrico contemplados en la ley , entre los cuales sobresale, precisamente, el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión y el derecho a imponer las servidumbres a que se refiere el Capítulo V, del Título II del citado decreto con Fuerza de Ley.

En consecuencia y en mérito de lo expuesto, es dable concluir que las Municipalidades se encuentran facultadas para cobrar derechos por el

¹⁷⁹ Ibid. P.784.

*permiso que en virtud de lo dispuesto por el N°2 del artículo 4° transitorio del DFL N°1, de 1982, otorgaron a las empresas eléctricas ahí indicadas para el uso de calles y otros bienes nacionales de uso público, por cuanto fueron conferidos por el Alcalde, autoridad máxima y representante de la Entidad Edilicia, correspondiente, a petición del interesado y además , no existe una exención al respecto, contemplada en un texto legal expreso. Estos derechos deben determinarse en una Ordenanza Local dictada en los términos previstos en el artículo 43 del DL 3063.*¹⁸⁰

¹⁸⁰ CONTRALORIA General de la República. Dictamen N° 12.912, de 14 de mayo de 1984.

CASO N° 9 :

Materia: ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, CONCESIÓN, DERECHO DE USO DE BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO.

Hechos:

La empresa de telefonía TC S.A, adquirió en licitación pública, realizada por la Subsecretaria de Telecomunicaciones, varias frecuencias del espectro radioelectrico, a fin de ampliar la cobertura que ofrece a sus clientes en materia de telefonía fija y celular. Luego de las labores necesarias para comenzar a operar con ellas, se da cuenta que una de las frecuencias es ocupada por el Ejercito de Chile; por ello se dirige a la Subsecretaria, solicitando declare caducados los derechos del Ejercito, para la utilización de esta banda.

Además de esta situación, la empresa se ve afectada por una Ordenanza municipal de la I. Municipalidad de San Felipe, en la que se establece, que el conjunto de cables utilizados por las empresas de comunicaciones, tendidos sobre las vías públicas, deberá ser subterráneo, se establece que el día 1° de enero de 2006, deberán estar terminados todos estos trabajos.

Preguntas:

1.-¿Puede la Subsecretaria de Telecomunicaciones, declarar la caducidad de la concesión de espectro radioeléctrico de que goza el Ejército?.

2.-¿Tiene la Empresa TC S.A, algún derecho para ocupar, bienes nacionales de uso público?.

3.-¿Puede la Municipalidad obligar a la empresa ha realizar canalización subterránea de todos sus cables?.

1). Legislación:

a) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695:

Artículo 5: “Para el cumplimiento de sus funciones las Municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales:

c)Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo existentes en la comuna, salvo que en atención a la naturaleza o fines, y de conformidad la ley la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado. En ejercicio de esta atribución, les corresponderá previo informe del Consejo económico y social de la comuna, asignar y cambiar la denominación de tales bienes. Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración.”

b) Ley General de Telecomunicaciones N°18.168, 2 de octubre 1982:

Artículo 1: “Para los efectos de esta ley, se entenderá por telecomunicación toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.”

Artículo 2: “Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona podrá optar a las concesiones y permisos en la forma y condiciones que establece la ley.

Para los efectos de esta ley cada vez que aparezcan los términos "Ministerio", "Ministro", "Subsecretaría" y "Subsecretario" se entenderán hechas estas referencias al "Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones", al "Ministro de Transportes y Telecomunicaciones", a la "Subsecretaría de Telecomunicaciones" y al "Subsecretario de Telecomunicaciones", respectivamente.”

Artículo 4: “La instalación, operación y explotación de los servicios de telecomunicaciones ubicados en el territorio nacional, incluidas las aguas y espacios aéreos sometidos a la jurisdicción nacional, se regirá por las normas contenidas en esta ley y por los acuerdos y convenios internacionales de telecomunicaciones vigentes en Chile.

Se regirán también por esta ley, en lo que les sea aplicable los sistemas e instalaciones que utilicen ondas electromagnéticas con fines distintos a las telecomunicaciones.

No será aplicable lo establecido en los incisos anteriores a la televisión de libre recepción, la cual estará sujeta a las disposiciones de la ley especial que la autorice, sin perjuicio de las normas técnicas que establece la presente ley.”

Artículo 6: “Corresponderá al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la aplicación y control de la presente ley y sus reglamentos.

Le competará además, exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos especiales creados por el decreto ley N° 211, de 1973.

El control de todo o parte de las telecomunicaciones, durante estados de excepción constitucional, estará a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, en la forma establecida en la legislación correspondiente.”

Artículo 7: “El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones velará porque todos los servicios de telecomunicaciones y sistemas e instalaciones que generen ondas electromagnéticas, cualquiera sea su naturaleza, sean instalados, operados y explotados de modo que no causen lesiones a personas o daños a las cosas ni interferencias perjudiciales a los

servicios de telecomunicaciones nacionales o extranjeros o interrupciones en su funcionamiento.

Además le corresponderá controlar y supervigilar el funcionamiento de los servicios públicos de telecomunicaciones y la protección de los derechos del usuario, sin perjuicio de las acciones judiciales y administrativas a que éstos tengan derecho.”

Artículo 8: “Para todos los efectos de esta ley, el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, esencialmente temporales, otorgadas por el Estado.

Se requerirá de concesión otorgada por decreto supremo para la instalación, operación y explotación de los siguientes servicios de telecomunicaciones: a) públicos; b) intermedios que se presten a los servicios de telecomunicaciones por medio de instalaciones y redes destinadas al efecto, y c) de radiodifusión sonora. Los servicios limitados de televisión se registrarán por las normas del artículo 9º de esta ley.

Las concesiones se otorgarán a personas jurídicas. El plazo de las concesiones se contará desde la fecha en que el respectivo decreto supremo se publique en el Diario Oficial será de 30 años para los servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones, renovable por períodos iguales a solicitud de parte interesada; y de 25 años para las concesiones de radiodifusión respecto de las cuales la concesionaria gozará de derecho preferente para su renovación, de conformidad a los términos de esta ley.

El decreto de concesión deberá publicarse en el Diario Oficial, a costa de la concesionaria, dentro del plazo de 30 días, contados desde que la Subsecretaría le notifique que el decreto fue totalmente tramitado por la Contraloría General de la República. La no publicación del decreto, dentro del plazo indicado, producirá la extinción de la concesión por el solo ministerio de la ley.

A quien se le hubiere caducado una concesión o permiso, no podrá otorgársele concesión o permiso alguno dentro de los 5 años siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la respectiva resolución.

Las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones o terceros podrán dar prestaciones complementarias por medio de las redes públicas. Estas prestaciones consisten en servicios adicionales que se proporcionan mediante la conexión de equipos a dichas redes, los cuales deberán cumplir con la normativa técnica que establezca la Subsecretaría y no deberán alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas. El cumplimiento de la norma técnica y el funcionamiento de los equipos, serán de la exclusiva responsabilidad de las prestatarias de estos servicios complementarios.

La prestación o comercialización de estos servicios adicionales no estará condicionada a anuencia previa alguna ni contractual de las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones ni a exigencia o autorización de organismos o servicios públicos, salvo lo establecido en el inciso anterior respecto de los equipos. De igual manera, las concesionarias

a que se refiere este inciso no podrán ejecutar acto alguno que implique discriminación o alteración a una sana y debida competencia entre todos aquellos que proporcionen estas prestaciones complementarias.

La instalación y explotación de los equipos para las prestaciones complementarias no requerirán de concesión o de permiso. La Subsecretaría en el plazo de 60 días de requerida para ello, adjuntándosele los respectivos antecedentes técnicos, se pronunciará sobre el cumplimiento de las exigencias que se establecen en el inciso séptimo de este artículo. Si transcurrido dicho plazo no se ha emitido pronunciamiento alguno, se entenderá que los equipos complementarios cumplen con la normativa técnica y se podrá iniciar la prestación de los servicios.”

Artículo 11: “Las telecomunicaciones de exclusivo uso institucional de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Servicio de Investigaciones de Chile, para el cumplimiento de sus fines propios, no requerirán de concesión o permiso ni estarán afectas a caducidad.

Los servicios de telecomunicaciones marítimas, sean fijos o móviles, a que se refiere el Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, serán instalados, operados, autorizados y controlados por la Armada de Chile.

Los servicios de telecomunicaciones aeronáuticas, sean fijos o móviles, a que se refiere el Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, serán instalados, operados, autorizados y controlados, según corresponda al

caso, por la Dirección General de Aeronáutica Civil, mientras sea Organismo dependiente del Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea de Chile.

Los servicios de telecomunicaciones señalados en los incisos anteriores deberán, en todo caso, ajustarse a las normas técnicas y a los convenios y acuerdos internacionales de telecomunicaciones vigentes en el país, en coordinación con la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Asimismo, podrán contratar servicios de concesionarios de servicios públicos e intermedios 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.

Tales derechos se ejercerán de modo que no se perjudique el uso principal de los bienes a que se refiere el inciso anterior y se cumplan las normas técnicas y reglamentarias, como también las ordenanzas que correspondan.

Tales derechos se ejercerán de modo que no se perjudique el uso principal de los bienes a que se refiere el inciso anterior y se cumplan las normas técnicas y reglamentarias, como también las ordenanzas que correspondan.

Las servidumbres que recaigan en propiedades privadas deberán ser convenidas por las partes y se registrarán por las normas generales de derecho común.”

Artículo 31: “Los concesionarios, permisionarios y titulares de licencia de Servicios de Telecomunicaciones que utilicen el espectro radioeléctrico y que requieran de dichas autorizaciones para operar de acuerdo con lo establecido en los artículos 8º y 9º de esta ley, como asimismo las estaciones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción, estarán afectas al pago de los derechos que se señalan en los siguientes artículos, los que serán de beneficio fiscal.”

Artículo 36: “Las infracciones a las normas de la presente ley, a sus reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas, serán sancionadas por el Ministro en conformidad a las disposiciones de esta ley. Las sanciones sólo se materializarán una vez ejecutoriada la resolución que las imponga. A falta de sanción expresa y según la gravedad de la infracción, se aplicará alguna de las siguientes sanciones:

1.- Amonestación.

2.- Multa no inferior a 5 ni superior a 100 unidades tributarias mensuales, tratándose de concesiones de radiodifusión de libre recepción. En los demás casos, la multa fluctuará entre 5 y 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en un mismo tipo de infracción, se podrá triplicar el máximo de la multa.

Las multas deberán pagarse dentro del 5º día hábil siguiente a la fecha en que quede ejecutoriada la resolución condenatoria.

Tratándose de una concesión de un servicio de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, el Ministro, en caso de retardo en el pago y por vía de apremio, podrá decretar la suspensión de las transmisiones en base a un día de suspensión por cada 20 unidades tributarias de multa, con un máximo de 20 días de suspensión. La suspensión no exime del pago de la multa. Tratándose de otros servicios, las multas no enteradas dentro de plazo devengarán un interés penal de 12% anual.

3.- Suspensión de transmisiones hasta por un plazo de 20 días, en caso de reiteración de alguna infracción grave, tratándose de concesiones de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, servicios limitados de telecomunicaciones y servicios limitados de televisión.

4.- Caducidad de la concesión o permiso. Esta sólo procederá en los siguientes casos:

a) Incumplimiento del marco técnico aplicable al servicio, siempre que las observaciones que la Subsecretaría haya formulado previamente y por escrito, no se hayan subsanado dentro del plazo que haya fijado al efecto y que se contará desde la fecha de notificación de tales observaciones al afectado.

b) Sanción reiterada de suspensión de transmisiones.

c) No pago de la multa que se hubiese aplicado, transcurridos que sean 30 días desde la fecha en que la resolución respectiva haya quedado ejecutoriada.

d) Alteración de cualquiera de los elementos esenciales de la concesión, que se establecen en el artículo 14.

e) Suspensión de las transmisiones de un servicio de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, o de servicios limitados de televisión, por más de 3 días, sin permiso previo de la Subsecretaría y siempre que ello no provenga de fuerza mayor.

f) Usar una concesión de radiodifusión de mínima cobertura en fines distintos de establecidos en la letra a) del artículo 13 B, y

g) Atraso, por más de 6 meses, en el pago de los derechos devengados por el uso del espectro radioeléctrico, sin perjuicio del cobro ejecutivo de los mismos.

En los casos de las letras c), d), f), y g), deberá necesariamente aplicarse la caducidad.

La declaración de caducidad se hará por decreto supremo o por resolución exenta, según se trate de una concesión o de un permiso de telecomunicaciones.”

2).Doctrina:

1) *“El espectro radial es una capacidad tridimensional a través de la cual se puede transmitir información mediante energía electromagnética. Esta energía, a través de ondas de radio y luz, es transmitida en la forma de campos magnéticos y eléctricos oscilantes que viajan a la velocidad de la luz.”¹⁸¹*

2) *“La generalidad de los servicios de telecomunicaciones, entre los cuales se encuentran los que prestan los medios de comunicación en análisis, utilizan el denominado espectro radioeléctrico, constituido por el conjunto de frecuencias que son posibles de utilizar como medio de transmisión de señales, signos, escritos, imágenes, sonido o información de cualquier naturaleza entre un punto y otro. Cabe señalar que todas estas emisiones no reconocen fronteras, razón por la cual se ha hecho imprescindible un ordenamiento internacionalmente aceptado para su buena utilización. El referido espectro radioeléctrico es un recurso natural limitado o finito, internacionalmente aceptado como un bien de toda la humanidad, cuya administración por su naturaleza es indivisible. Por la razón anterior se ha hecho preciso que cada país administre y se responsabilice del buen uso de este recurso dentro de sus fronteras, evitando causar interferencias perjudiciales al interior y exterior del mismo.”¹⁸²*

¹⁸¹ SANCHEZ Callejas, José Miguel. Derechos de Propiedad en telecomunicaciones, una aplicación al espectro radioeléctrico; Tesis Facultad de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1983. P.12.

¹⁸² HISTORIA de la Ley N° 18.838, Ley General de Telecomunicaciones, 1989. Tomo VI. Sesión 20 de octubre de 1988, intervención Miguel Ángel Poblete. P. 40.

3) *“Analizar la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico es una tarea compleja, tanto es así que el texto actual de la Ley N° 18.168, de 1982, no contiene un pronunciamiento a este respecto, ya que deliberadamente se optó por no calificar su naturaleza jurídica y más bien definirlo por sus características.*

En definitiva creemos que pese a sus características técnicas, que delatan al espectro radioeléctrico como un bien común a todos los hombres, existen diversos factores que han llevado al legislador a darle el tratamiento y regulación de un bien nacional de uso público. En primer lugar debemos considerar que el espectro radioeléctrico es un bien internacional, patrimonio de la humanidad, por lo que requiere de una administración por parte del Estado y también de una regulación a nivel internacional; y en segundo lugar tenemos un factor de carácter económico que se refiere a su escasez, al hecho de ser el espectro radioeléctrico un recurso finito, lo que impide que sea calificado como una cosa común a todos los hombres y quede entregado sólo al uso colectivo del público en general sin contar con una regulación más acuciosa que permita el uso privativo de los particulares mediante otorgamiento de concesiones, permisos o licencias por la autoridad administrativa.”¹⁸³

4) *“Las concesiones de la Ley N° 18.168, de 1982, conllevan accesoriamente el otorgamiento por parte de la administración de una*

¹⁸³ MANRIQUEZ Angélica - Plazada Héctor. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: Régimen de concesiones en la Ley General de Telecomunicaciones, análisis de su historia fidedigna y jurisprudencia. . Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999.P. 5.

concesión sobre un bien nacional de uso público, como el es el espectro radioeléctrico.”¹⁸⁴

5) *“El artículo 18 de la Ley N° 18.168, otorga a los titulares de servicios de telecomunicaciones el derecho tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para fines específicos del servicio respectivo. Se señala en el inciso 2° de ambos preceptos que estos derechos deberán ejercerse de modo que no perjudique el uso principal de estos bienes, lo cual es un requisito esencial para que la administración pública pueda afectar una dependencia del dominio público a un uso especial o excepcional, ya que esta afectación no puede menoscabar ni modificar sustancialmente el uso general de la cosa, conforme a su destino; por ello los artículos citados prescriben que los concesionarios deberán cumplir, en el ejercicio de estos derechos, con las normas técnicas, reglamentarias y también las ordenanzas que correspondan.*”¹⁸⁵

6) *“Con respecto a las Telecomunicaciones de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, y Servicio de Investigaciones de Chile, el artículo 11 de la Ley N° 18.168, de 1982, dispone que la operación y explotación de los servicios de telecomunicaciones de dichas entidades no requerirán concesión ni permiso, así como tampoco estarán afectas a caducidad.*

Sin embargo, para que dichas facultades sean procedentes, es necesario que se cumplan copulativamente tres requisitos, a saber:

¹⁸⁴ Ibid. P.105.

¹⁸⁵ Ibid. P.163.

A. *Los servicios de telecomunicaciones utilizados, deben estar destinados exclusivamente al uso institucional.*

B. *Sólo deben tener por objeto el cumplimiento de los fines propios de estas instituciones, y*

C. *Dichos servicios deben ajustarse a las normas técnicas y a los convenios y acuerdos internacionales vigentes en el país, en coordinación con la Subsecretaría de Telecomunicaciones.*¹⁸⁶

7) *“El artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones se refiere a los servicios de telecomunicaciones operados por las instituciones armadas, de orden y seguridad y a los servicios marítimos y aeronáuticos, los cuales para su instalación y operación no requieren de concesión ni permiso.*

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso final de la referida norma establece que estos servicios deben en todo caso ajustarse a las normas técnicas y a los Convenios y Acuerdos Internacionales de telecomunicaciones que se encuentren vigentes en el país, todo ello, en coordinación con la Subsecretaría, pudiendo asimismo, contratar servicios de concesionarios de servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones.

A continuación nos referimos brevemente a estos servicios especiales:

a) *Las telecomunicaciones de exclusivo uso institucional de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Servicio de Investigaciones de Chile,*

¹⁸⁶ Ibid. P.183.

para el cumplimiento de sus fines propios, no requieren de concesión o permiso ni se encuentran afectas a caducidad.

b) *Servicios de telecomunicaciones marítimas.*

Estos servicios, sean fijos o móviles, a que se refiere el Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, son instalados, operados, autorizados y controlados por la Armada de Chile.

c) *Servicios de telecomunicaciones aeronáuticas.*

Estos servicios, sean fijos o móviles, a que se refiere el Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, son instalados, operados, autorizados y controlados, según corresponda, por la Dirección General de Aeronáutica Civil, mientras sea organismo dependiente del Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea de Chile.”¹⁸⁷

3). Jurisprudencia:

1) “Que el artículo 11 de la Ley N° 18.168, en su inciso final, dispone que los servicios de telecomunicaciones de las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones de Chile deben ajustarse a las normas técnicas y a los convenios y acuerdos internacionales vigentes en el país, en coordinación con la Subsecretaría de Telecomunicaciones.”¹⁸⁸

¹⁸⁷ OVALLE Irrazábal, José Ignacio. Las Telecomunicaciones en Chile. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2001. P.25.

¹⁸⁸ CORTE SUPREMA, Recurso de Amparo económico V.T.R. S.A y otros con Subsecretaría de Telecomunicaciones, sentencia 26 de agosto de 1996. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Volumen XCIII, Tomo II. Santiago, 1996. P. 246.

-Que según afirma la recurrente y así además consta en las bases que se analizan, los bloques de frecuencia objetos de la concesión no están actualmente disponibles, pues ellos se encuentran ocupados por los Servicios de Telecomunicaciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y resulta que estas instituciones tienen un tratamiento legislativo especial conforme lo dispone el artículo 11 de la Ley 18.168 que establece “Las telecomunicaciones de exclusivo uso institucional de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Servicio de Investigaciones de Chile, para el cumplimiento de sus fines propios, no requerirán de concesión ni estarán afectos a caducidad.

Que según lo expresado en el motivo anterior, resulta evidente que las frecuencias que ocupan las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Servicio de Investigaciones de Chile, no requieren de concesión previa de la autoridad y no se encuentran tampoco afectas a caducidad, por lo que la Subsecretaria de Telecomunicaciones, que es la que ha elaborado las bases sobre Servicio Público de Telefonía Móvil Digital 1900, carece de potestad administrativa o de la autoridad suficiente y por lo mismo se encuentra en la imposibilidad jurídica para poner término a la ocupación que las instituciones señalada hacen de las bandas del espectro radioeléctrico que actualmente ocupan. Tampoco puede la Subsecretaria asegurarles a los futuros concesionarios cuál será la velocidad de despeje de esas mismas bandas.

Que refuerza lo anterior lo que dispone el artículo 21 de las bases cuando se coloca en el evento de que se reduzca la cobertura comprometida, debido a la no disponibilidad de alguna de las frecuencias

ocupadas por las Fuerzas Armadas, en cuyo caso no se considerará dicho obstáculo como incumplimiento de la obligación de explotar el servicio concedido de acuerdo a los plazos y etapas comprometidos en el proyecto técnico.”¹⁸⁹

2) *“En primer término, cabe señalar que el artículo 18 de la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, dispone, en su inciso primero y en lo que ahora interesa, que “los titulares de los servicios de telecomunicaciones tendrán derecho a tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para los fines específicos del servicio respectivo.*

Luego, agrega el inciso segundo de esa disposición que “tales derechos se ejercerán de modo que no se perjudique el uso principal de los bienes a que se refiere el inciso anterior y se cumplan las normas técnicas y reglamentarias, como también las ordenanzas que correspondan.

De la disposición transcrita, fluye que la prerrogativa de que gozan los servicios de telecomunicaciones para ocupar bienes nacionales de uso público, emana directamente de ese texto legal, constituyendo un derecho inherente y consustancial a su concesión, de modo que no puede condicionarse su ejercicio a otros requisitos o exigencias que los en él previstos. Lo anterior por cuanto el otorgamiento de una concesión de esa naturaleza implica el derecho de uso de aquellos bienes nacionales de uso público necesarios para el funcionamiento del servicio que ella ampara, en los términos ya referidos.

¹⁸⁹ Ibid. P.247.

En este contexto, tal derecho de uso debe ceñirse al cumplimiento de normas técnicas, reglamentarias y ordenanzas relativas, exclusivamente, a las disposiciones sobre resguardos técnicos, de policía y de seguridad, necesarias para garantizar y salvaguardar la infraestructura técnica en bienes nacionales de uso público.

De este modo, si bien los Municipios tienen facultades para dictar ordenanzas en esta materia, a través de ellas no pueden disponer que los titulares de servicios de telecomunicaciones canalicen el tendido de las líneas respectivas sólo en forma subterránea, toda vez que con ello se estaría restringiendo el alcance de la disposición legal antes citada, la que al emplear la expresión tender o cruzar líneas “aéreas o subterráneas” les ha conferido a los concesionarios de que se trata la opción de realizar tales instalaciones de una u otra manera.”¹⁹⁰

¹⁹⁰ CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 28.098, de 6 de agosto de 1998.

CASO N° 10 :

Materia: USO COMÚN DE CARRETERAS, COMPATIBILIDAD CON PEAJES, EXISTENCIA DE VÍAS ALTERNATIVAS.

Hechos:

La carretera denominada Ruta 5 Sur, necesitaba reparaciones y una urgente modernización, estas obras eran muy costosas y el sector público no disponía de los recursos necesarios para la realización de estas obras, por ello y de acuerdo a la nueva tendencia, se decidió licitar esta ruta.

Se llevaron a efecto todos los trámites establecidos por la Ley, adjudicándose la concesión a una empresa extranjera. De acuerdo al contrato celebrado con el Estado, ella deberá entregar en pleno funcionamiento la vía en el plazo de dos años; la empresa podrá establecer un número determinado de plazas de peajes, cuyas recaudaciones durante treinta años pertenecerán a ella. Transcurridos dos años desde el inicio de las obras éstas han sido entregadas, cumpliendo todos los estándares de seguridad exigidos y la concesionaria se apresta a ponerla en pleno funcionamiento con el cobro de los peajes respectivos.

Algunos grupos de personas, pretenden demandar a la concesionaria y subsidiariamente al Estado, alegando que el cobro de peajes, limita la libertad personal y exigen la construcción de caminos alternativos gratuitos

para el tránsito de quienes no estén dispuestos a pagar por el uso de esta moderna carretera.

Preguntas:

- 1.-¿ El cobro de peajes, atenta contra la libertad personal?.
- 2.- ¿Esta obligada la empresa o el Estado a proporcionar vías alternativas, gratuitas?.

1). Legislación:

a) Constitución Política de la República:

Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:

N ° 2 La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

N ° 7 El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y en entrar o salir de su territorio, a condición de que guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros.”

N° 26 “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

b) DFL N° 850 del M.O.P. Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas:

Artículo 24: “Son caminos públicos las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público. Se considerarán, también, caminos públicos, para los efectos de esta ley, las calles o avenidas que una caminos públicos, declaradas como tales por decreto supremo, y las vías señaladas como caminos públicos en los planos oficiales de los terrenos transferidos por el Estado a particulares, incluidos los concedidos a indígenas.

Son puentes de uso público, para los efectos de esta ley, las obras de arte construidas sobre ríos, esteros, quebradas y pasos superiores, en los caminos públicos, o en las calles o avenidas que se encuentren dentro de los límites urbanos de una población.”

Artículo 25: “Los caminos públicos se clasifican en:

a) Caminos nacionales, y b) caminos regionales:

a) Son caminos nacionales: el camino longitudinal, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados de tales por el Presidente de la República, y

b) Son caminos regionales: el resto de los caminos públicos.

Sin perjuicio de esta clasificación el Presidente de la República podrá declarar que caminos tienen el carácter de internacionales.”

Artículo 26: “Todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en

caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público. Esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio.

Igualmente la Municipalidad respectiva o la Dirección de Vialidad, a requerimiento de el o los propietarios de parcelas que tengan interés real y actual en ello, quienes acreditarán dicha calidad con la exhibición de los respectivos títulos de dominio vigentes, dispondrá la apertura o ensanche de los caminos interiores resultantes de las parcelaciones de predios sometidos al proceso de reforma agraria llevado a cabo en virtud de las leyes N°s 15.020 y 16.640 y que figuren en los respectivos planos de parcelación.

Asimismo, la Municipalidad respectiva podrá autorizar la instalación de redes de electricidad, teléfono, agua potable y alcantarillado, utilizando para ello el trazado de los caminos, evitándose siempre perjuicios innecesarios a los predios sirvientes.”

Artículo 29: “Son funciones del Director de Vialidad:

N ° 5 Proponer al Presidente de la República las tarifas de peaje a que se refiere el artículo 75 de esta ley y su forma de percepción e inversión.”

Artículo 75: “El Presidente de la República podrá establecer peajes, en los caminos, puentes y túneles que estime convenientes, fijando su monto y pudiendo determinar los vehículos que no pagaran esta contribución.

Los ingresos provenientes de este tributo deberán destinarse anualmente a la construcción y conservación de la red caminera del país.

Sin embargo, parte de estos ingresos podrán destinarse a financiar la contratación a que se refiere el n ° 6 del artículo 29 de esta ley.”

c) Decreto N°900 Ministerio de Obras Públicas. Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones:

Artículo 1: “La ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el Artículo 87° del Decreto Supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, las licitaciones y concesiones que deben otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, se registrarán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.”

Artículo 7: “La licitación de la obra materia de la concesión se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendido uno o más de los siguientes factores, según el sistema de evaluación que el Ministerio de Obras Públicas establezca en las Bases de Licitación:

- a) estructura tarifaria;
- b) plazo de concesión;
- c) subsidio del Estado al oferente;

d) pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en el caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión;

e) ingresos garantizados por el Estado;

f) grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor;

g) fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión;

h) puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, según se establezca en las bases de licitación;

i) oferta del oponente de reducción de tarifas al usuario, de reducción del plazo de la concesión o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida ésta en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido. En todo caso, esta oferta sólo podrá realizarse en aquellas licitaciones en las que el Estado garantice ingresos de conformidad a lo dispuesto en la letra e) anterior;

j) calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios;

k) consideraciones de carácter ambientales y ecológicas, como son por ejemplo ruidos, belleza escénica en el caso del trazado caminero, plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados, evaluadas por expertos y habida consideración de su costo con relación al valor total del proyecto; y

l) ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación. Este factor de licitación deberá ser usado sólo en forma excepcional, su resolución deberá ser fundada, y no podrá ser utilizado en conjunto con ninguno de los factores señalados en las letras a), b) o i) anteriores.

La definición de estos factores y su forma de aplicación para adjudicar la concesión será establecida por el Ministerio de Obras Públicas en las Bases de Licitación. En dichas bases se podrán contemplar uno o más de los factores señalados como parte del régimen económico de la concesión. Igualmente, en las bases se deberá establecer si la inversión y la construcción se realiza en una o varias etapas, durante el período de vigencia del contrato de concesión, de conformidad al cumplimiento de los niveles de servicio previamente establecidos. Las inversiones y construcciones previstas para realizarse con posterioridad al inicio de la explotación parcial o total de la obra, podrán quedar sujetas a uno o varios plazos, o al cumplimiento de una o más condiciones, conjunta o separadamente. Los plazos y las condiciones deberán estar claramente determinados en las bases.

En todo caso, si en las bases de licitación se contempla como parte del régimen económico del contrato de concesión el factor contemplado en la letra d) del inciso primero de este artículo, y éste no es un factor de licitación, los pagos deberán ser equivalentes al valor económico de los bienes o derechos respectivos. Este se determinará mediante peritaje previamente contratado por el Ministerio.

Sólo podrá ser factor de licitación el contemplado en la letra d) del inciso primero de este artículo, en los casos en que el servicio prestado por la obra en concesión sea también ofrecido en condiciones competitivas en el mercado que, para estos efectos, se estime relevante. El Ministerio declarará esta condición fundadamente en las bases de licitación.

Por su parte, en las licitaciones que tengan su origen en una iniciativa privada, el factor contemplado en la letra h) del referido inciso sólo podrá considerarse para dirimir el empate entre ofertas económicamente iguales.

Las tarifas ofrecidas, con su correspondiente reajuste, serán entendidas como tarifas máximas, por lo que el concesionario podrá reducirlas.

El Director General de Obras Públicas, con visto bueno del Ministro de Obras Públicas, podrá solicitar a los oferentes, hasta antes de la apertura de la oferta económica, aclaraciones, rectificaciones por errores de forma u omisiones, y la entrega de antecedentes, con el objeto de clarificar y precisar el correcto sentido y alcance de la oferta, evitando que alguna sea descalificada por aspectos formales en su evaluación técnica.”

Artículo 11: “El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados. El concesionario no estará obligado a establecer exenciones en favor de usuario alguno.”

Artículo 23: “El régimen jurídico durante la fase de explotación, será el siguiente:

1.- El concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, y

2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a:

a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación, y

b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio. El valor de las obras será acordado entre los contratantes y, a falta de acuerdo, las partes podrán recurrir a un peritaje, que determinará, ajustándose a lo que indiquen las bases de licitación, la calificación, medidas o evaluación, según el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión.”

Artículo 24: “El concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concedidas.”

2). Doctrina:

1) *“Principio de igualdad. De éste se reconoce que son parte sustancial tanto las diferencias como las equiparaciones que trace el legislador, pero jamás incurriendo en discriminaciones, o sea, en distinciones o nivelaciones arbitrarias. No basta, por ende, que el enunciado de la ley sea abstracto en los hechos y en general en punto a los destinatarios para que ella se encuadre en el principio de Isonomía.”*¹⁹¹

2) *“Por otra parte, imperativo es observar que la igualdad nunca debió ser entendida como un principio auto referente. Por eso, ella tiene que ser ahora, además de reunir los dos requisitos nombrados, cotejada con el valor de la justicia. Sólo después de salvar este examen resultará razonable la diferencia que trace la ley, o justificada la igualación dispuesta en ella.”*¹⁹²

3) *“La libertad de movilización dentro del territorio de la República es un derecho de toda persona. Pero no se trata de un derecho o libertad de ejercicio ilimitado o absoluto, pues la Constitución le impone el respeto de las dos limitaciones o excepciones mencionadas en la disposición.*

Observemos, sin embargo, que sólo mediante la ley se puede regular este derecho, jamás por decreto.

*De manera que la libertad personal puede ser gozada siempre que se respete lo que disponga la ley y no lesione los derechos de terceros.”*¹⁹³

¹⁹¹ CEA Egaña, José Luis. El sistema Constitucional en Chile. Síntesis Crítica. Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, 1999.P.125.

¹⁹² Ibid. P.126.

¹⁹³ CEA Egaña, Jose Luis. Tratado de Derecho Constitucional, tomo II. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999. P.120.

4) “Esta norma tiene dos rasgos muy importantes (el artículo 19 N ° 26).

Por un lado es una norma de hermenéutica constitucional; pero por otro, es una garantía constitucional, ya que contiene un derecho humano esencial, por el cual el legislador no puede vulnerar el contenido o médula de las garantías constitucionales.

Esta disposición tiene un presupuesto básico, que consiste en que los derechos, libertades e igualdades contempladas en la Constitución, principalmente en el artículo 19, poseen un contenido esencial que es inafectable. Es decir, tienen un núcleo asegurado a todas las personas, en todo momento y circunstancia, y es ese núcleo lo que caracteriza objetivamente a un derecho y lo distingue de otros. Por ejemplo, la igualdad ante la ley tiene por esencia la prohibición de diferencias arbitrarias o la libertad de expresión tiene por núcleo esencial que su ejercicio sea sin censura previa.

Por lo tanto, el núcleo o garantía esencial es insuprimible y lo único que puede ser regulado, limitado o restringido por la ley es el ejercicio de tales derechos.”¹⁹⁴

5) “La garantía constitucional referente a la libertad personal esta indudablemente vinculada a los caminos públicos. Es en relación a ellos donde exclusivamente puede tener cabida el derecho a trasladarse de un punto a otro del territorio nacional y a entrar o salir de él por vía terrestre en los términos que señala el antes citado artículo 19 ° 7, inciso segundo letra a), de la Carta Fundamental.

¹⁹⁴ Ibid. P.343.

Es interesante considerar el significado que tiene la limitación que esta misma norma contempla, cuando reconoce el derecho a la libre locomoción a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros.

De este modo, la libertad que en este aspecto está reconociendo la Constitución, no es absoluta sino que debe enmarcarse en los términos que regula la ley, pero en tal sentido cabe recordar, especialmente lo que previene el Art. 19 N ° 26 de la misma Carta fundamental cuando otorga “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o que impidan su libre ejercicio.”¹⁹⁵

6) *“De la definición legal de camino público puede advertirse que son cuatro los elementos que integran el concepto jurídico de esta categoría: 1. Ser vías de comunicación terrestre; 2. Esta destinadas al libre tránsito; 3. estar situadas fuera de los límites urbanos de una población; y 4. que sus fajas sean bienes nacionales de uso público. Si estos cuatro elementos concurren simultáneamente será irrefutable que la vía cuya calificación interesa será un camino público, de dominio público.*

Sin embargo, hemos insistido en que el camino como cosa específica es u inmueble por adherencia, diferenciable del suelo en el cual se levanta o existe, esto es, el camino en cuanto tal, existe independientemente de quien sea el propietario del suelo y podrá, igualmente, independientemente

del dominio del suelo, aparecer vinculado claramente al uso público. Es por ello que, de todos los elementos que sirven para definir al camino público, (que no implica necesariamente dominio público) el que nunca puede faltar es la destinación al libre tránsito o al uso general y público.

Para resolver la naturaleza jurídica de los caminos que no puedan ser asociados clara y categóricamente al dominio público es pues indispensable dilucidar que debe entenderse por uso público. ¿ Es acaso el uso que se hace por muchos? La respuesta debe ser negativa. El uso debe estar abierto a todos los habitantes sin limitación. El uso por muchos puede no pasar de ser una simple servidumbre de tránsito, sujeta a las normas de derecho privado. ”¹⁹⁶

7) “El problema de calificar el uso como público es u cuestión de hecho que resultará de una serie de circunstancias que hagan indubitable la existencia del tránsito público, sea que este se esté realizando o no. Siempre existirán indicios que permitan afirmar, o descartar que el camino, está destinado al uso público. Si esta circunstancia, es decir, el uso público no tiene forma de ser negada, el camino, sea que haya o no dominio del Estado sobre él, deberá ser tratado como un camino público que es lo que trata de salvaguardar la ley de caminos, respetando eso sí, plenamente, el derecho del dueño a demostrar su dominio particular si es el caso. ”¹⁹⁷

¹⁹⁵ VALENZUELA Ramírez, Carlos. Memoria de Prueba: Régimen Jurídico de los caminos públicos en Chile. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1995. P.26.

¹⁹⁶ Ibid.P.44.

¹⁹⁷ Ibid.

3). Jurisprudencia:

1) *“Consta del resuelvo acompañado 416 de 27 de junio de 1987, acompañado en autos, que la Dirección de Vialidad está facultada para prohibir cualquier tipo de acceso a caminos nacionales cuando estime que con ello se entorpece su libre circulación y puede constituir peligro para la seguridad del tránsito, precisamente en el artículo 1 de dicho resuelvo, la prohibición de construir toda clase de acceso a los caminos públicos sin la autorización de la Dirección de Vialidad, especificando las condiciones en que éstas se otorgarán.*

En este orden de ideas, esta Corte concluye que en la especie no existe de parte de la recurrida acto u omisión ilegal o arbitraria que prive, perturbe o amenace el legítimo derecho de las garantías que el recurrente estima conculcadas, más aún, si como se ha acreditado en el recurso, éste se encontraba en conocimiento de las exigencias impuestas por la recurrida para obtener una posibilidad de acceso a la ruta internacional, al otorgársele acceso provisional al condominio para los fines que lo solicitó, y en consecuencia la Dirección de Vialidad Regional, se ha limitado a la normativa que sobre la materia se encuentra vigente. Lo que lleva al rechazo de la acción interpuesta.”¹⁹⁸

2) *“Argumentan los recurrentes que el artículo 7 del Capítulo III, Del DFL N ° 164 de 1991 del Ministerio de Obras Públicas, que regula la ley de concesiones en esta materia, señala que la licitación de la obra se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables y teniendo en*

¹⁹⁸CORTE SUPREMA, Apelación Recurso de Protección, 21 noviembre de 1996. www.dicomlex.cl, consulta 22 de diciembre de 2004.

consideración como lo señala en su letra j, la calificación de otros servicios útiles y necesarios, que en este caso concreto debía considerarse la incorporación de los trabajadores del terminal aéreo para evitarles el proyectable perjuicio económico del futuro pago de peaje que constituye el problema de fondo del recurso.

Señalan los recurrentes que en el Contrato de Concesión se hace referencia al sistema de tarifas sin hacer mención expresa alguna de los trabajadores que desarrollen sus labores dentro de la Terminal Aérea, lo que constituye una situación arbitraria y discriminatoria, ya que se impone para estos trabajadores la obligación de pagar una cantidad de dinero para ingresar a su lugar de trabajo lo que constituye un hecho inédito dentro del sector laboral nacional, y que afecta sus garantías constitucionales establecidas en el artículo 19, números 1, 2,3 inciso 4, 5, 6, 9 inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y contratación y a lo establecido en el inciso cuarto , 19, 21, 23, 24 y 25 y en especial el artículo 19 número 22 de la Constitución Política del Estado y sus organismos en materia económica, por lo que solicita a la Corte que adopten las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho.

En cuanto al fondo, el recurrido informa que el Ministerio de Obras Públicas ha actuado dentro de la esfera de su competencia aplicando la legislación sobre concesión de obra pública. Señala que el Decreto Supremo N ° 900, Ley de Concesiones de Obra Pública, el Decreto MOP N° 240 y el reglamento de Concesiones establecen expresamente la facultad de otorgar como contrapartida a la ejecución de obra pública concesionada,

el derecho del concesionario a cobrar tarifas que expresamente se estipulan en las bases de establecido licitación. El cobro de peajes establecido es el precio que debe pagarse por el uso de la vía concesionada y se hace efectivo respecto de todo vehículo motorizado sin discriminación ni arbitrariedad de ninguna especie.

Que para que pueda prosperar un recurso de protección debe tratarse de un acto u omisión arbitrario e ilegal. En la especie los recurrentes le atribuyen ambas categorías al Decreto Supremo MOP N ° 20 de 12 de enero de 1996 acompañado a fs. 1.

Que en cuanto al fondo, el Ministerio de Obras Públicas ha actuado dentro de la esfera de su competencia, ajustándose a la legislación vigente al adjudicar el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública denominada “acceso Vial Aeropuerto Arturo Merino Benítez”, autorizando a la concesionaria a cobrar un peaje a todo vehículo motorizado que utilice dicha obra pública.

Que el precio que todos los vehículos pagan por el uso del acceso vial no puede atribuirse en caso alguno a un cobro por el ingreso de determinadas personas a su lugar de trabajo.”¹⁹⁹

3) *“Que, en el presente caso, los recurrentes atribuyen a las autoridades recurridas, el señor Ministro de Obras Públicas y señor Director General de Obras Públicas, el haber incurrido en ilegalidad al “no respetar aquellas disposiciones que obligan a la autoridad a asegurar el libre tránsito de las personas y vehículos y a evitar sus obstaculizaciones...” y en “...haber otorgado una concesión con errores o*

haber omitido la exigencia de la construcción de una vía alternativa completa, que permita a los usuarios seguir usando una ruta gratuita, en lugar de verse compelidos a usar una concedida por la cual deben hacer obligatoriamente un pago...”, todo ello en relación a la concesión de la obra pública consistente en la construcción y explotación del camino público “Autopista Santiago a San Antonio”, denominado también en los planos camineros como Ruta N ° 78;

Que, además de lo expresado, los recurrentes hacen consistir la arbitrariedad en que habrían incurrido los reclamados, expresando que ella se produce, según su decir, al “someter a personas como nosotros a un trato desigual sin motivo o causa racional que la justifique, como es privarnos de una ruta gratuita que hasta hoy tenemos y dejaremos de tener cuando se imponga el cobro sectorizado del peaje. Es un acto arbitrario por un lado y es una omisión arbitraria por otro, al no haber exigido la mantención de una ruta completa y gratuita alternativa;

Que, en el análisis de los presupuestos básicos de procedencia de los recursos de protección deducidos, en lo que dice relación con la existencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal, se atribuye en primer término a los recurridos de manera general, el vulnerar disposiciones que obligan a la autoridad a asegurar el libre tránsito de personas y vehículos y a evitar obstaculizaciones, mencionándose como infringidas las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N ° 294, de 27 de septiembre de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, y del Decreto Con Fuerza de Ley N° 206,

¹⁹⁹ CORTE DE APELACIONES, Santiago. Recurso de Protección “ Trabajadores de Aeropuerto Arturo Merino Benítez con Ministerio de Obras Públicas, Causa Rol: 515-98, sentencia 9 de abril de 1998.

sobre Construcción y Conservación de Caminos Públicos, hoy refundidos en el D.F.L N ° 850, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial del 25 de febrero de 1998, todo ello en relación al tramo del camino público “Autopista Santiago San Antonio”, o Ruta N ° 78 entre Puangue y San Antonio, en el cual según afirman, el traslado a través de esa ruta será menos libre que antes de su transformación en autopista, desde el momento que habrá de pagarse obligatoriamente un peaje para usarla como medio único de traslado;

Que, del examen de las disposiciones legales contenidas en el cuerpo normativo señalado precedentemente no es posible inferir que los recurridos, el señor Ministro de Obras Públicas o el Director General de Obras Públicas, en el ejercicio de la actividad administrativa inherente a sus cargos y en el uso de sus atribuciones relacionadas con el estudio, proyección, construcción y señalización del camino público denominado “Autopista Santiago – San Antonio,” en toda su longitud, hayan infringido disposiciones específicas contenidas en el Título III del D. F. L N ° 850, denominado “De los Caminos Públicos”, que precisamente reglan esta materia y las atribuciones de los órganos del Estado en relación a los precisados aspectos respecto de las vías de comunicación terrestres;

Que, en este mismo orden de ideas, los recurrentes, al sostener la afirmación genérica de ilegalidad de los actos de los recurridos, sostienen que la libertad para usar el referido camino público en el sector mencionado, se restringirá en cuanto ocurra la transformación del mismo de su actual calidad de carretera a la de futura autopista, pues según expresan, desde el momento en que adquiriera ésta última característica

habrán de pagar obligatoriamente un peaje para usarla, como único medio posible de traslado;

Que, tal fundamento de los recurrentes, como motivo de ilegalidad de los actos que atribuyen a los recurridos, resulta por sí solo inaceptable, desde que la autoridad pública, en este caso el Presidente de la República, tiene facultad legal para establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime convenientes, y también para fijar el monto pecuniario que han de pagar quienes hagan uso de estas vías terrestres de circulación, todo ello según lo previene el artículo 75 del D.F. L. N ° 850, antes citado. De modo tal, que ha de concluirse en este aspecto de los recursos, que no existen los motivos de ilegalidad reprochados en el actuar de los recurridos, en cuanto no se ha restringido ni impedido material ni jurídicamente, en contravención a la ley, el libre tránsito de los recurrentes por el sector del camino público señalados en los recursos;

Que, se aduce también como causa de ilegalidad de los actos de los indicados recurridos el hecho de haberse otorgado la concesión de la construcción de la obra pública denominada “Autopista Santiago- San Antonio” incurriéndose en errores, en cuanto se omitió en dicho procedimiento la exigencia de construir una vía alternativa completa que permitiese a los usuarios continuar usando una ruta gratuita;

Que, sobre este particular aspecto, ha de tenerse presente que, tratándose de omisiones que puedan imputarse a la autoridad en la ejecución de determinados actos administrativos es preciso, para discernir acerca de su legalidad, determinar si tal actividad o imposición se encuentra de algún modo contemplada en el ordenamiento jurídico que la

reglamente. En consecuencia, la “omisión” que pueda servir de fundamento al reproche, sólo podrá producirse cuando la ley imponga al administrador o autoridad encargada de realizar el acto, una determinada obligación, es decir, cuando se trata de una actividad administrativa reglada, y se constate que dicha obligación ha sido incumplida por la autoridad;

Que el actuar de los recurridos en lo atinente a la materia antes señalada está especialmente reglada en el D.F.L. N ° 850, de 25 de febrero de 1998, (que fijó el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N ° 15. 840 de 1964, del D.F.L. N ° 206, de 1960 sobre construcción y conservación de caminos) y en el D.F.L N ° 164, de Obras Públicas, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuerpos legales que determinan, entre otras materias, las atribuciones y el modo como ha de ejercerse por la autoridad la actividad administrativa relacionada con la proyección, construcción, concesión y explotación de caminos públicos, regulándose además, las relaciones contractuales entre la empresa concesionaria y el Estado por las normas que al efecto se contemplen en las respectivas Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas, en las Bases de Licitación y en el Contrato de Construcción de Obra Pública Fiscal que debe suscribirse al efecto, de acuerdo a las características propias de cada obra;

Que, del examen de la normativa legal indicada en la motivación que precede, resulta posible afirmar que en ninguna de sus disposiciones se contempla como obligación específica de la autoridad, al conceder a un tercero la construcción, explotación y conservación de un camino público,

la exigencia de construir una vía alternativa completa del mismo, que permita a los usuarios eximirse del costo que les significará el uso de la vía, todo lo cual conduce precisamente a concluir que, en el presente caso, y conforme a los antecedentes ya relacionados, no existe el motivo de ilegalidad que por omisión se atribuye a la autoridad recurrida;

Que, en lo atinente a la denunciada arbitrariedad, ha de tenerse presente que, conforme al artículo 24 del D.F.L N ° 850, de 25 de febrero de 1998, del Ministerio de Obras Públicas, son caminos públicos las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público. Y, conforme al artículo 30 del mismo cuerpo legal, es atribución exclusiva del Presidente de la República, entre otras reglamentar el tránsito por dichos caminos;

Que, habida consideración de la naturaleza jurídica de los bienes en que se encuentran dichas vías de comunicación, no es posible concebir que el uso que de ellas hagan los habitantes, en conformidad a la Constitución y a las leyes que lo regulan, les confieran o sean constitutivos y originarios de derechos distintos de aquellos que precisamente dichas normas autorizan. Se trata, en consecuencia, de un uso reglado por la ley, en la que se confieren a la autoridad pública diversas atribuciones y facultades, ya sea relacionadas con la imposición de diversas limitaciones relativas al tránsito público, o que se concretan en diversas prohibiciones dirigidas a evitar entorpecimientos que impidan el libre tránsito;

Que, en las citadas normas legales, como ya se ha dicho se encuentran el artículo 75 del Decreto con Fuerza de Ley N ° 850 del

Ministerio de Obras Públicas, que confiere al Presidente de la República la facultad de establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime conveniente y de fijar el monto que han de pagar quienes hagan uso de estas vías de circulación;

Que en consecuencia , la atribución ejercida por el Presidente de la República en uso de sus facultades legales exclusivas, consistente en imponer a todos los habitantes el pago de peaje por la mencionada ruta caminera, en cuanto funcione como autopista, no obedece a un mero capricho, sino que debió obedecer al cumplimiento de la finalidad que la ley establece, que no es otra que la destinación de los ingresos que de él provengan a la construcción y conservación de la red caminera del país, o a financiar la contratación de particulares, mediante propuesta pública, para administrar y recaudar los peajes en los términos que así lo previene el inciso 2º del artículo 75 del D.F.L.Nº 850, de febrero de 1998.”²⁰⁰

4) “Sobre el particular, cabe manifestar que efectivamente, el Ministerio de Obras Públicas tiene la facultad de construir, mantener y conservar los caminos y sus franjas fiscales, de conformidad con su propia Ley Orgánica Constitucional, así como de entregar las obras pertinentes en concesión a particulares, a cambio de su explotación mediante el cobro de peajes como medio de retribución para el concesionario, cuando ha aceptado un proyecto privado o ha estimado necesario adoptar ese procedimiento, de conformidad con el sistema establecido en la Ley de Concesiones.

²⁰⁰ CORTE DE APELACIONE Santiago, Recurso de Protección “Oscar Aguirre Gonzales con Ministerio de Obras Públicas y Director General y Gerente General de Autopista del Sol”, Causa Rol: 1077-98; sentencia 18 de mayo de 1998. Confirmada por Corte Suprema, 16 de junio 1998.

Al efecto, puede señalarse que el hecho de cobrar o autorizar el sistema de peajes no significa en modo alguno la obligación del Servicio de mantener vías alternativas, porque no está ordenado en ninguna norma constitucional o legal, considerando que las autoridades sólo tienen la competencia que les otorga el ordenamiento jurídico, acorde con el principio de legalidad, de manera que no es posible atribuirles funciones u obligaciones que no posean fundamento jurídico. Por otro lado, la garantía de libre desplazamiento de las personas, consistente en el derecho de trasladarse por el territorio de la República, así como de salir entrar a él, está limitada por los condicionamientos que impongan las leyes, ya que el uso de los bienes nacionales y la convivencia ciudadana está sujeta a las reglas dispuestas por las autoridades, tanto legislativas como administrativas, en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, una de las cuales es precisamente la de establecer peajes, tasas, contribuciones, impuestos, etc., sin que se garantice el derecho a hacerlo gratuitamente, ya que las restricciones que pueden prescribirse tienen como motivación velar por el interés general y el bien común.

Por tanto, es indiscutible que el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución Política del Estado no es absoluto, porque debe supeditarse a las normas de orden público que se dicten al efecto, que son aquellas que redundan en beneficio de la comunidad, como sucede con las leyes que disponen y autorizan el cobro de peajes, sin que pueda estimarse que tales normas atentan contra el contenido esencial de tales derechos.

En estas condiciones, procede concluir que si el D.F.L.N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, en su texto refundido, coordinado, sistematizado y aprobado por el Decreto Supremo N ° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, así como su reglamento, que constituyen el ordenamiento en la materia, han facultado a la Administración del Estado para hacer uso del sistema en cuestión y establecer un peaje por cada obra que se realice bajo dicha normativa, sin exigir que se mantengan vías alternativas, ni así se ha estipulado en los respectivos contratos, no es posible jurídicamente exigir una prestación en ese sentido.”²⁰¹

5) *“Enseguida, corresponde señalar, en lo concerniente a la carencia de rutas alternativas, que el Ministerio de Obras Públicas tiene la facultad de construir, mantener y conservar los caminos y sus franjas fiscales, de conformidad con su propia Ley Orgánica, así como de entregar las obras pertinentes en concesión a particulares a cambio de su explotación mediante el cobro de peajes, lo cual no significa en modo alguno la obligación del Servicio de mantener vías alternativas, porque no está ordenado en ninguna norma constitucional o legal, considerando que las autoridades sólo tienen la competencia que les otorga el ordenamiento jurídico, acorde con el principio de legalidad, de manera que no es posible atribuirle funciones u obligaciones que no posean fundamento jurídico.*

Al respecto, la garantía de libre desplazamiento de las personas, consistente en el derecho de trasladarse por el territorio de la República, así como de salir y entrar de él, está limitada por los condicionamientos

²⁰¹ CONTRALORÍA General de la República N° 17.393, 12 de mayo de 1999.

que impongan las leyes, ya que el uso de los bienes nacionales y la convivencia ciudadana están sujetos a las reglas dispuestas por las autoridades, tanto legislativas como administrativas, en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, una de las cuales es precisamente la de establecer peajes, tasas, contribuciones, impuestos, etc., sin que, por lo demás se garantice el derecho a utilizar gratuitamente dichos bienes, ya que las restricciones que pueden prescribirse tienen como motivación velar por el interés general y el bien común.(Aplica Dictamen N ° 17. 393 de 1999).

Por otra parte, en lo que atañe al derecho de propiedad la Carta Fundamental dispone que la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social y que ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, siendo el peaje una obligación con fuente legal que afecta a quienes transitan por los medios viales, en razón del interés de la colectividad de contar con una estructura vial acorde con el desarrollo.”²⁰²

6) “A mayor abundamiento cabe, expresar que el peaje o tarifa, no obstante no ser percibida por el Fisco en el período de explotación, no por ello pierde su naturaleza de tributo, o específicamente, de contribución especial, por constituir una prestación obligatoria debida en razón del beneficio individual o social derivado de la utilización de la obra pública, y ello es así en atención a que la obra siempre tuvo como propietario al Estado, y si este cedió su derecho a percibir tales peajes, lo hizo como

²⁰² CONTRALORÍA General de la República, Dictamen N° 23.617, 30 de junio de 1999.

contraprestación por la inversión realizada por el concesionario, por lo que en definitiva la obra pública no viene a ser sino una inversión hecha por el Fisco.

Cabe agregar que, además de constituir la tarifa un ingreso de derecho público, la cuantía global que resulta de su aplicación da lugar a un impacto adicional en el patrimonio estatal, toda vez que e los contratos de ejecución de obras por el sistema de concesión se establecen cláusulas en cuya virtud, al registrarse rendimientos inferiores a un ingreso mínimo garantizado, la Administración debe efectuar los correspondientes aportes adicionales, a la vez que en caso de que se exceda cierto nivel, entra a participar en los ingresos.”²⁰³

Comentario:

El problema de las vías alternativas, no ha sido solucionado por la ley. En nuestra opinión no existe una obligación legal de las concesionarias de proporcionar este tipo de vías, como tampoco de parte del Estado, por cuanto con la construcción y mejoramiento de caminos y carreteras a través del sistema de concesiones, no se atenta contra la libertad personal o libertad de movilización, por el cobro de peajes, sino que se ajusta al artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución en cuanto establece como condición de la libertad de movilización “ que se guarden las normas establecidas en la ley”, y es precisamente el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional del MOP, la que establece la posibilidad de cobrar peajes por el uso de los caminos a fin de contribuir al financiamiento de la

²⁰³ CONTRALORÍA General de la República, Dictamen N° 23.701, 30 de julio, 1999.

construcción y mantenimiento de estos, es por ello que como ya lo dijimos, creemos que el cobro de peajes no atenta contra la libertad de movilización.

El cobro de estas tarifas podría afectar otra garantía constitucional, la igualdad ante la ley, que ha sido una de las garantías esgrimidas al interponer recursos de protección, en este caso se atentaría contra la igualdad, si el cobro fuese selectivo arbitrario, pero esta situación no se ha presentado, pues el peaje como lo dijo la Contraloría, es un tributo derivado de la utilización de la obra pública, por lo que se aplica ante un hecho objetivo, como lo es el uso de la vía.

CONCLUSIÓN:

A lo largo de este trabajo hemos analizado lo más profundamente posible la teoría del dominio público, comenzando por su concepto, respecto del cual como vimos no existe unanimidad. Lo que si nos queda claro es que la noción dominio público se adapta a los requerimientos de la época en que se le analice, es por ello que creemos que la teoría más realista en cuanto a este concepto, es la finalista, ya que es precisamente la destinación la que caracteriza a un bien, como dominio público. Esta teoría nos da un contenido básico permanente de esta noción, que si bien se adecua a los requerimientos sociales, parte de un elemento que no varía.

En cuanto a los elementos del concepto dominio público, existe unanimidad en la doctrina, respecto de cuales son ellos. En nuestro derecho, no hay claridad en cuanto al elemento subjetivo, es decir, a quién corresponde la titularidad de los bienes de dominio público. Si bien la escasa doctrina respecto del tema, postula que son titulares de dominio público, el Estado y las Municipalidades, al igual que en derecho comparado (España), como lo expusimos detalladamente en su oportunidad, del análisis de las diversas disposiciones legales referentes al tema, hemos concluido que sólo el Estado es titular de los bienes demaniales en nuestro país, por cuanto los preceptos constitucionales y legales, distinguen entre bienes nacionales de uso público y bienes municipales, en todo lo que tenga que ver con ellos.

En el capítulo segundo estudiamos la consagración del dominio público en nuestro derecho, así del análisis del artículo 19 N° 23 de la

Constitución, que es la disposición más importante en relación al tema en ese texto, vimos que su objetivo es imponer un límite a la propiedad estatal, precaviendo una posible expansión del dominio estatal; con este precepto más que acoger y regular el dominio público como Institución, lo que se hace es proteger un régimen económico determinado.

El Código Civil inspirado en la antigua legislación española y romana, constituye un verdadero avance a la época de su dictación, en relación a este tema, pues no sólo regula el aspecto civil del dominio público, sino que lo aborda también desde una perspectiva internacional y administrativa. El código hace una distinción clara entre bienes nacionales de uso público (identificados con la noción dominio público) y bienes fiscales.

Si bien la regulación que establece el Código, no es exhaustiva, conforma un marco general de reglamentación, atemporal, a partir del cual corresponde al legislador, resolver las distintas situaciones que se presenten a lo largo del tiempo.

En cuanto a la utilización del dominio público, creemos que la regulación de ello, es insuficiente y se encuentra demasiado dispersa, de tal forma que no es posible formarse una idea clara respecto del tema, esto va en detrimento de la comunidad a quien corresponde el beneficio de usar estos bienes según la ley, lo que en este caso se transforma en una mera declaración de principios ya que el acceso a estos bienes, para muchas personas es casi imposible, llegando incluso a afectar ciertas garantías constitucionales; nos referimos al caso de las carreteras, que por su

naturaleza, son bienes nacionales de uso público, pero que con el sistema de concesiones, se ha diluido el libre acceso a ella.

La clasificación doctrinaria de dominio público, es decir, la distinción entre dominio público terrestre, aéreo y acuático, se encuentra implícita en el derecho chileno, ya que se establece una regulación separada de cada uno de ellos, entregando su tuición a distintos organismos especializados en el tema. Esta regulación diferenciada es lo más conveniente para salvaguardar el correcto uso y preservación de los recursos que pertenecen a la Nación, considerada como presente y futuro. Por otra parte, creemos que la regulación del dominio público constituye un instrumento en manos del Estado, destinado a satisfacer el interés general de la población.

El Estado debe procurar regular la situación del dominio público de manera de cumplir con el deber que la Constitución le establece, como es la consecución del bien común. Creemos que este es el verdadero objetivo de la existencia del dominio público, y es considerando esta finalidad que el legislador debe regularlo.

BIBLIOGRAFÍA :

Libros :

ACTAS de la Comisión Constituyente. Santiago, Gendarmería de Chile, Santiago, 1976-1988.

AYLWIN Azocar, Tomás Posibilidad Jurídica de las empresas de servicios sanitarios de gozar y disponer de las aguas servidas evacuadas en sus redes de alcantarillado. Copiapó, Revista De Derecho de Aguas, Universidad de Atacama, Volumen VI, 1998.

BELLO, Andrés. Instituciones de Derecho romano. Caracas, Ministerio de Educación, 1959 .

BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1989.

BERMEJO Vera, José. Derecho administrativo / Parte especial. Madrid, Editorial Civitas, cuarta edición, 1999.

CEA, José Luis. El sistema Constitucional en Chile. Síntesis crítica. Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral, primera edición, 1999.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo VI, 1979.

CHINCHILLA, Marín Carmen. Estudios sobre dominio público y propiedad privada. Madrid, Editorial Marcial Ponz , 2000.

CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley 18.838, tomo VI.

DOUGNAC Rodríguez, Fernando. Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres ,como fundamento jurídico en Chile de

la regulación de las emisiones atmosféricas. Santiago, Revista de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, 1993 .Volumen 8 n°1.

GUZMAN Brito, Alejandro. Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

JARA Cristi, Manuel, Derecho Administrativo. Santiago, Impresos N. Avaria e hijo, Imprenta “Artes y letras”, 1943.

JELLINEK, George. Teoría General del Estado. Traducción de Fernando de los Ríos. Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954.

LEÓN Hurtado, Avelino. El objeto en los actos jurídicos. Santiago, Editorial Jurídica, Primera edición, 1958.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de dominio público. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960.

MARIENHOFF, Miguel. Permiso especial de uso de bienes de dominio público. Régimen jurídico de precariedad. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1996.

MARITAIN, Jacques. El hombre y el Estado. Traducción de Manuel Gurrea. Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1952.

MAYER, Otto. Derecho administrativo Alemán. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982.

MENDOZA Zuñiga, Ramiro. Institucionalidad en materia de calles y caminos. Santiago, Revista Ius Publicum N°1. Universidad Santo Tomás, 1998.

OVALLE Irarrázabal, José Ignacio. Las Telecomunicaciones en Chile. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2001.

PACHECO Gómez, Máximo. Teoría del Derecho. Santiago, Editorial Jurídica, Cuarta edición, 1990.

PAREJO Alfonso, Luciano. Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general. Madrid, Revista de Administración Pública, Nº .100-102 .Enero –diciembre de 1983.

PAREJO Gamir R y Rodríguez Oliver. Lecciones de dominio público. Madrid, Editorial ICAR, 1976.

PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. Los bienes: la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, colección manuales jurídicos, tercera edición, 1997.

RUIZ Bourgeois, Carlos. Concesiones mineras y servidumbres eléctricas. Copiapó, Revista de Derecho de Minas. Universidad de Atacama. Volumen II, 1998.

SAINZ Moreno, Fernando. El dominio Público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, ciento cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública. Madrid, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre diciembre de 1999.

SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Universitaria, 1959.

SOSA Wagner, Francisco. El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, Libro en homenaje al profesor, Ramón Martín Mateo. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000.

VERGARA, Blanco. Alejandro. Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras. Santiago, Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica de Chile, Volumen 16, 1989.

VERGARA Blanco, Alejandro. La concesión eléctrica: procedimiento, servidumbres y ocupación de suelo privado y público. Propositiones concretas de cambios legislativos. Santiago, Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica de Chile, Volumen 21 N° 3, 1994.

VERGARA Blanco, Alejandro. Conflictos entre concesionarios eléctricos y concesionarios mineros. Copiapó, Revista de Derecho de Minas. Universidad de Atacama, Volumen V, 1994.

VERGARA Blanco, Alejandro. Constitución de Derechos de Aprovechamiento de aguas sobre derrames. El caso de las aguas depositadas por un concesionario sanitario en fuentes naturales. Copiapó, Revista De Derecho de Aguas. Universidad de Atacama, Volumen VI, 1998.

VERGARA Blanco, Alejandro. Naturaleza jurídica de los Bienes Nacionales de uso público. Santiago, Revista Ius Publicum N° 3/1999, Universidad Santo Tomás, 1999.

VIAL del Río ,Víctor. Teoría General del Acto Jurídico. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, cuarta edición, 2000.

Memorias de prueba :

BAEZA C Eduardo, BETANCOURT Ricardo. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales: Dominio público marítimo: estudio de su régimen jurídico administrativo en el Derecho chileno. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002.

CALLEJAS S., José Miguel. Derechos de propiedad en telecomunicaciones, una aplicación al espectro radioelectrico. Santiago, Tesis, Facultad de Economía Pontificia Universidad Católica de Chile, 1983.

MANRIQUEZ, Angélica y PLAZADA Héctor. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: Régimen de concesiones en la Ley General de Telecomunicaciones, análisis de su historia fidedigna y jurisprudencia. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999.

MONTT O, Santiago. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: “el dominio público :estudio de su régimen especial de protección y utilización. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001.

PAVLOVIC J., Danitza. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales: La política de uso del borde costero a la luz de los principios del Derecho de Internacional Público. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000.

VALENZUELA, R. Carlos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Régimen jurídico de los caminos Públicos en Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1995.

Jurisprudencia:

BOLETÍN de Jurisprudencia. Jurisprudencia de Telecomunicaciones. Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. Año 1995, 1996, 1997 1998, 2000.

FALLOS DEL MES, N° 510. Santiago, Sociedad Fallos del mes, 2003.

GACETA Jurídica ,Segundo semestre año 1921, N° 76.Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

REVISTA de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile:

VOLUMENES:

XXXVI, tomo I, 1938.

XL, tomo I, 1942.

LIV, tomo I, 1957.

LXXXI, tomo I, 1984.

LXXXV, tomo I, 1988.

LXXXVIII, tomo I, 1990.

LXXXIX, tomo II, 1992.

XCIII, tomo II, 1996.

SENTENCIA Corte Suprema , recurso de casación en el fondo. En <http://www.dicomlex.cl>. (10 de julio 2004).

Dictámenes Contraloría General de la República:

- Dictamen N° 12.912,14 de mayo 1984.
- Dictamen N° 15.664,16 de junio1989.
- Dictamen N° 17.596,19 de junio 1990).
- Dictamen N° 8.524, 4 de abril 1991).
- Dictamen N° 12.395, 24 de mayo 1991.
- Dictamen N°556 de 10 de enero de 1992.
- Dictamen N° 2.436, 29 de enero 1993.
- Dictamen N° 17.783,18 de mayo 1994.
- Dictamen N° 12.377, 24 de abril 1995.
- Dictamen N° 28.098 de 6 de agosto de 1998.
- Dictamen N° 12.750, 12 de abril de 1999.
- Dictamen N° 17 393, 12 de mayo de 1999.
- Dictamen N° 23. 617, 30 de junio de 1999.
- Dictamen N° 23.701, 30 de julio de 1999.
- Dictamen N° 24860 de 13 de junio de 2003.

Apuntes de clases :

CEA Egaña, José Luis. Tratado de derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile ,tomo II, Profesor, año 1999.

MANRÍQUEZ Lobos, Gustavo. Apuntes para un curso de Derecho de Aguas. Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2000.

Legislación :

CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile ,Editorial Jurídica de Chile, séptima edición oficial, año 2000.

CÓDIGO Civil, Editorial Jurídica de Chile, texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, despachado por el Ministerio de Justicia, año 2000.

LEY Orgánica Constitucional de Municipalidades, N°18.695, Decreto con fuerza de ley N° 2/19602, en apéndice de Constitución.

LEY 18.838, “Crea el Consejo Nacional de Televisión,” publicada en Diario Oficial, 30 de septiembre 1989. En apéndice de la Constitución .

DECRETO Ley 1939 “Establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.” < <http://bcn.cl> .> (27 abril 2006).

LEY General de Electricidad, DFL 1 Ministerio de Minería ;última modificación ley 19.940. < <http://bcn.cl>.> (27 abril 2006).

LEY General de Telecomunicaciones N° 18168, 1982 en <<http://bcn.cl>.> (28 abril 2006).

LEY Orgánica del Ministerio de Obras Públicas DFL N° 850 M.O.P. < [http:// www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).> (27 abril 2006).

LEY General de Servicios Sanitarios DFL N382, 1988. <<http://www.bcn.cl>>. (28 abril 2006).

LEY General de Urbanismo y Construcciones DFL N° 458, 1975.
<[http:// www. bcn.cl](http://www.bcn.cl)> (28 abril 2006).

