

## LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA DETERMINACIÓN DEL VALOR NUEVO DE REEMPLAZO DE LAS INSTALACIONES ELÉCTRICAS

Javier Tapia C.\*

*RESUMEN: A pesar de la experiencia acumulada en el tiempo, la forma de determinar el VNR —una de las bases para la fijación de tarifas en distribución eléctrica— no es aún clara en la práctica. La ausencia de especificaciones en la Ley Eléctrica y en su Reglamento ha provocado que históricamente, durante los sucesivos procesos de fijación de VNR que tienen lugar cada cuatro años, algunas materias hayan sido tratadas en forma disímil por la industria, la autoridad y las otrora Comisiones Periciales (hoy reemplazadas por el Panel de Expertos) conformadas para resolver las discrepancias suscitadas entre el ente fiscalizador —la SEC— y las empresas concesionarias de distribución eléctrica. De igual modo, el acercamiento de los Tribunales de Justicia y de la Contraloría a esta materia tampoco ha sido uniforme. En este contexto, este trabajo tiene por objeto analizar uno de los temas que ha generado mayor conflictividad dentro del proceso de fijación del VNR: el del cobro de derechos por parte de ciertas autoridades —fundamentalmente municipios y la Dirección de Vialidad—, los cuales parecen contravenir el derecho a utilizar en forma gratuita los bienes nacionales de uso público conferido por la Ley Eléctrica a las empresas concesionarias.*

### I. PLANTEAMIENTO

#### 1. EL CONTEXTO: EL VNR DE LAS INSTALACIONES ELÉCTRICAS Y EL PROCEDIMIENTO PARA SU FIJACIÓN

El “Valor Nuevo de Reemplazo” (VNR) constituye la opción que ha escogido la legislación eléctrica chilena, entre diversas alternativas existentes, para determinar el valor de los bienes e instalaciones físicas de distribución conforman el capital inmovilizado de una empresa distribuidora.

Tanto el D.F.L. Nº 1 de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) como su reglamento, contenido en el Decreto Supremo Nº 327 de 1997, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (el Reglamento), con algunas variaciones menores entre ellos, señalan que “*se entiende por Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de distribución de una empresa concesionaria, como el costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos destinados a dar el servicio de distribución en las respectivas concesiones* [el Reglamento, con mayor propie-

\* Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Abogado, División Jurídico-Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. E-mail: [jtapia@minsegpres.cl](mailto:jtapia@minsegpres.cl)

Agradezco los comentarios y aportes de Nicole Nehme Zalaquet, Carlos Carmona Santander y un árbitro anónimo a versiones preliminares de este trabajo. Asimismo, las conversaciones y el trabajo con diversas personas en la Superintendencia de Electricidad y Combustibles fueron una valiosa ayuda en su desarrollo. Los eventuales errores en que haya incurrido, por cierto, no pertenecen a ninguno de los mencionados.

dad, alude a “zonas de concesión”], *incluyendo los intereses intercalarios, los derechos, los gastos y las indemnizaciones pagadas para el establecimiento de las servidumbres utilizadas, los bienes intangibles y el capital de explotación*” (artículos 116 V de la LGSE y 312 del Reglamento). De acuerdo a esta definición, las obras, instalaciones y bienes físicos que se valorizan son aquellos de propiedad de la empresa concesionaria y que están destinados a dar el servicio de distribución (sea en el nivel de alta o baja tensión de distribución).

Todo el proceso de fijación de la tarifa regulada de distribución eléctrica, calculada por la Comisión Nacional de Energía (CNE), se inicia con la determinación del VNR por parte de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC).<sup>1</sup> Exponiendo a grandes rasgos el procedimiento, la legislación eléctrica establece que antes del 30 de junio del año anterior al que corresponda fijar nuevas tarifas, las empresas deben comunicar al ente fiscalizador el

VNR de sus instalaciones, acompañado de un informe auditado. La SEC puede aceptar o modificar el valor comunicado por cada empresa y en caso de existir discrepancias entre ambas, éstas son resueltas por un órgano especialmente encargado de ello: el Panel de Expertos.<sup>2</sup> Antes del 31 de diciembre de ese mismo año debe quedar fijado el valor de las instalaciones de cada compañía, a efectos de que se pueda calcular, en una etapa posterior del proceso tarifario, la rentabilidad del conjunto de empresas sobre la base del mismo VNR (el denominado “chequeo de rentabilidad”).<sup>3</sup>

La metodología de fijación del VNR por la SEC se basa en un proceso de revisión y valorización de inventarios que deben ser formados con la información entregada por las propias empresas concesionarias. Descrito brevemente, el procedimiento legal comienza con un “Inventario de Primer Establecimiento”, compuesto por las instalaciones que se mencionan en el artículo 117 de la LGSE<sup>4</sup>; luego,

1 El VNR al cual se hace referencia en este trabajo es aquel determinado por la SEC, el cual denominaré “real”, y debe ser claramente diferenciado del VNR “teórico” utilizado por la CNE para el cálculo tarifario. Ambos tienen una finalidad diversa: mientras el primero permite realizar el “chequeo de rentabilidad agregada” de las empresas concesionarias de servicio público de distribución (artículos 108 de la LGSE y 303 y siguientes del Reglamento), el último constituye uno de los elementos que se toman en consideración para el cálculo de los “costos estándares de inversión” (artículo 106 N° 3 de la LGSE). La distinción, no tratada en la literatura, se fundamenta en que mientras el VNR teórico utiliza valores optimizados calculados para la empresa modelo eficiente, el VNR real es determinado sobre la base de los costos efectivos informados por las empresas, los cuales no necesariamente coinciden con los eficientes. Excede los límites de este trabajo describir más a fondo esta distinción y sus consecuencias. Con todo, cabe señalar que dado su fundamento económico común, en la práctica ambos VNR debieran tender a converger en cierta medida, aunque siempre se conservarán diferencias derivadas del hecho que, por su propio concepto, las tarifas eficientes siempre se alejan de las reales y son inferiores a estas últimas. Como es sabido, este alejamiento debiera traducirse en un incremento de la eficiencia de la empresa real durante el período de fijación tarifaria de que se trate, a fin de acercarse lo más posible a la tarifa eficiente y de esta manera mantener su rentabilidad. Esta filosofía de incentivo a la rentabilidad es la que subyace al sistema de tarificación eficiente impuesta en Chile y es la que explica por qué la tarifa eficiente siempre se alejará en la práctica de la “real”.

2 El Panel de Expertos fue creado e incorporado a la LGSE por la Ley N° 19.940, de 13 de marzo de 2004 (denominada la “ley corta”). Este órgano reemplazó a las antiguas “Comisiones Periciales” ad hoc encargadas de dirimir los conflictos que en esta materia se suscitaban entre empresas y fiscalizador. Dado que la última fijación del VNR se realizó en el año 2003, el Panel aún no ha ejercido funciones en esta materia.

Para una discusión en torno a la naturaleza jurídica de las antiguas comisiones, véase ARANCIBIA (2001) y VERGARA (2000). VERGARA (2004), p.34, trata sobre el nuevo Panel de Expertos, y VERGARA (2005) argumenta en favor de la naturaleza jurisdiccional de dicho organismo.

3 Véase “Codiner con Presidente de la República y otros”. Corte Suprema, rol N° 4.174-2004, de fecha 27 de septiembre de 2004. *Inédito*.

4 El artículo 117 I indica “Para los efectos de la primera fijación del VNR de las instalaciones de distribución de una empresa distribuidora, el concesionario presentará, al término de la construcción de las obras, un inventario completo de todas las instalaciones, una memoria descriptiva de los trabajos y el detalle de los gastos de primer establecimiento, incluyendo adquisiciones de terrenos, pago de servidumbres, ejecución de obras, adquisición o

el artículo 313 del Reglamento indica que, además de este inventario, los aumentos y retiros (AyR) de instalaciones que informan anualmente las empresas pasan a integrar el denominado "Inventario Actualizado"; y finalmente, de acuerdo a los artículos 118 de la LGSE y 314 del Reglamento, cada cuatro años, cuando corresponde recalcular el VNR, la SEC procede a revisar y valorizar este último inventario, es decir *"se somete dicho Inventario a un nuevo examen con el fin de corregirlo o enmendarlo y, posteriormente, estimar su valor"*.<sup>5</sup>

La revisión y valorización del Inventario Actualizado se realiza con la información que entregan las empresas antes del 30 de junio del año anterior a una fijación de fórmulas tarifarias, denominada reglamentariamente el "Inventario Valorizado", el cual debe acompañarse de un informe auditado y debe ajustarse a las instrucciones determinadas por la SEC (el "Sistema de Cuentas"). Si la información de ambos inventarios difiere, la autoridad elimina del Inventario Actualizado aquellas partidas que no hubiesen sido informadas previamente en el Inventario Valorizado (artículo 314 V del Reglamento).

Como se observa en esta breve descripción, el procedimiento es complejo, pues implica establecer y valorizar cada componente de la infraestructura física destinada a dar el servicio de distribución en las respectivas zonas de concesión de cada una de las empresas concesionarias. Se trata de un proceso participativo, de constante intercambio de información entre la autoridad y los regulados, que en concreto implica para la autoridad recibir y validar la información emanada de las empresas; compararla con la entregada previamente por ellas mismas; enmendar errores y hacer ajustes; calcular intereses intercalarios; valorar bienes muebles e inmuebles, físicos e intangibles; valorizar costos unitarios, de flete, de montaje y recargos, respecto de postes, estructuras, bóvedas, medidores, enmalles, etc. Y todo esto en sólo seis meses (!).

Buena parte de esta complejidad se constata en las habituales discrepancias que se generan en los procesos de fijación del VNR, atendido además que su determinación resulta crucial en los ingresos que obtendrán las compañías durante todo el período que duren las tarifas fijadas por la autoridad.<sup>6-7</sup>

#### Continuación nota 4

*instalación de maquinarias, materiales, talleres, oficinas y sus dotaciones, honorarios y cargos de ingeniería y supervigilancia, gastos de organización, legales, gravámenes, impuestos e intereses durante la construcción y todo otro ítem que no sea propio de cargar a gastos de explotación. Sobre la base de estos antecedentes la Superintendencia efectuará la primera fijación del VNR de las instalaciones de distribución de la empresa". Buena parte de los problemas de fijación del VNR se deben a la inexistencia de este inventario desde el origen, tal y como lo exige la LGSE; él sólo podría ser reconstruido "hacia atrás". Las instalaciones de las concesionarias ya tenían bastante tiempo cuando se dictó la ley e incluso alguna parte de aquellas precede a las primeras regulaciones sectoriales en el país.*

5 Resolución exenta Nº 1.839 de la SEC, de fecha 30 de septiembre de 2003, que fija el Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución de las Empresas Concesionarias de Distribución Eléctrica (Resolución VNR 2003), considerando 3º.

6 La alta conflictividad, sin embargo, no es un rasgo particular de la fijación del VNR. Es una característica transversal a todo el proceso tarifario, eléctrico o de otros servicios sujetos a fijación de precios, y que se da también en otros países.

7 La importancia cuantitativa del VNR es manifiesta. En la fijación del año 2003, las empresas presentaron, en conjunto, un VNR de \$1.300.331.000.000. La SEC estimó el monto del VNR en \$821.021.765.961, lo que implicó una baja del orden del 38,6%; sin embargo, de esta rebaja un 15,5% correspondía a problemas de información o inventario. La cantidad establecida por la SEC se desglosa en \$728.981.603.123 correspondientes a instalaciones de distribución, principalmente transformadores, postes, kilómetros de red aérea y estructuras, todos de líneas aéreas de alta tensión, y kilómetros de red de líneas aéreas de baja tensión; correspondiendo la diferencia a capital de explotación y bienes intangibles. Finalmente, las comisiones periciales que se pronunciaron respecto de los puntos conflictivos entre la SEC y la industria determinaron un VNR conjunto de \$1.120.432.985.823, aproximadamente un 25% más alto que el valor determinado en principio por el ente fiscalizador y un 13,8% más bajo que el originalmente presentado por las empresas (nótese que esto ejemplifica el verdadero rol "salomónico" que en la práctica cumplían las antiguas Comisiones Periciales, rol que no era necesariamente equivalente al perseguido por la ley). Todos los valores están expresados en pesos al 31.12.02, época del proceso de fijación.

Uno de los aspectos que históricamente ha generado un gran nivel de conflictividad ha sido la incorporación al VNR del pago que las empresas deben realizar a ciertas autoridades por concepto de derechos, en razón de la utilización de bienes nacionales de uso público (BNUP).<sup>8</sup> Si bien la incorporación de estos pagos en el cálculo está expresamente reconocida en la propia definición del VNR, se ha producido un importante debate en torno a la real facultad que tienen dichas autoridades para cobrar derechos, atendida la gratuidad que la LGSE establecería a favor de las compañías distribuidoras para utilizar el espacio público.<sup>9</sup> Y las consecuencias, como se verá, no son menores en materia tarifaria.

## 2. EL PROBLEMA: QUÉ DERECHOS PUEDEN SER INCORPORADOS AL VNR

Bajo la expresión “derechos”, ajena a las tradicionales categorías jurídicas tributarias o administrativas, el legislador contempla una serie de exacciones de diversa naturaleza y ámbito de aplicación.<sup>10-11</sup> No obstante, en general, pareciera que esta expresión se reserva para aquellas exacciones que se aplican a las autorizaciones que el sujeto (llámese contribuyente o usuario) debe obtener de parte de la autoridad administrativa para la realización de una determinada actividad.

En materia eléctrica, la expresión hace referencia a ciertos cobros que son realizados a las empresas distribuidoras por los municipios o por otros organismos gubernamentales eventualmente autorizados para ello, como por ejemplo la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas. Atendidas las características del negocio de distribución, en la práctica este ítem comprende principalmente los cobros por concepto de utilización de BNUP que caen bajo la custodia de esas autoridades, por rotura y reposición de pavimentos.<sup>12</sup>

Como se pudo observar, es la propia definición de VNR la que al menos reconoce la existencia de tales cobros, al establecer que el pago que efectúen las compañías por dicho concepto debe ser incorporado al VNR y, por esta vía, a la tarifa regulada. Sin embargo, su legitimidad ha sido controvertida por quienes estiman que con el pago de tales derechos se contraviene lo dispuesto en el artículo 16 de la LGSE, que en su parte pertinente indica que “*Las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión*”.<sup>13</sup> De acuerdo a esta tesis, la disposición consagra la gratuidad en la utilización de bienes nacionales de uso público por parte de las empresas eléctricas para efectos de explotar su concesión; es decir, por el solo hecho

8 Para otros temas generales relativos al VNR, véase EVANS DE LA CUADRA (1994).

9 La expresión “espacio público” se utiliza aquí como sinónima de “bienes nacionales de uso público”.

10 El término “exacción” es usado aquí en un sentido neutro, no en la connotación negativa que en ocasiones suele dársele.

11 El caso paradigmático de derechos es el de las “patentes municipales” requeridas para ejercer una actividad profesional o comercial, pero también pueden citarse, en el ámbito municipal, los “derechos de aseo” o el “permiso de circulación”. En otro contexto, bajo la expresión genérica de “derechos aduaneros” conviven cargas tributarias tan dispares como tasas e impuestos aduaneros.

Sobre patentes municipales véase HERRERA (2001) y también FERNÁNDEZ (2003), quien trata las diferencias entre impuestos y tasas o derechos en pp. 114 y siguientes.

12 También suele cobrarse por inspección de obras. Pero esto sí parece ser legítimo, atendida la existencia de un servicio real como contraprestación al cobro del derecho respectivo.

13 De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 18 letra d) y 24 letra e) de la LGSE, la solicitud de concesión debe indicar los caminos, calles y otros BNUP que se ocuparán.

de obtener esta última, una compañía podría utilizar el espacio público para tender sus redes, sin que medie pago alguno de derechos por ello.

La supuesta contradictoria asignación normativa de derechos (propriadamente tales) entre el artículo 16 de la LGSE, por una parte, y la definición de VNR más los cuerpos legales que establecen las exacciones, por otra, ha constituido una fuente frecuente de conflicto entre las autoridades permitentes –municipios o la Dirección de Vialidad, principalmente– y las empresas concesionarias. En la práctica, en lo que respecta a este trabajo, acoger el derecho de esas autoridades a efectuar tales cobros implica aceptar la posibilidad de que el concesionario que paga un derecho incorpore su valor en el VNR y lo traspase por esta vía a la tarifa; por el contrario, su inadmisibilidad implica que la SEC tendrá la posibilidad de rechazar los pagos efectivamente realizados por este concepto e incorporados por las empresas en su Inventario Valorizado.

Para acercarse a una resolución del conflicto, dos cuestiones deben ser claramente determinadas. Primero, cuáles serían los derechos –si es que los hay– que legítimamente pueden ser cobrados a las concesionarias y que éstas, consecuentemente, pueden incorporar en su Inventario Valorizado para que posteriormente sean considerados en el VNR. Segundo, una vez establecido esto, se debe determinar la correcta forma de cálculo de tales derechos.

Este trabajo intenta esclarecer sólo el primero de estos aspectos, argumentando a favor de la ilegitimidad del cobro de derechos a las concesionarias de servicios eléctricos. Dado esto, no es necesario abordar el segundo pun-

to.<sup>14</sup> Para estos efectos, ha sido dividido en cuatro partes, fuera de esta introducción. La primera de ellas plantea la distinción básica para el desarrollo de este trabajo: derechos municipales y derechos cobrados por la Dirección de Vialidad; además, expone algunos aspectos básicos de la Teoría del Dominio Público que subyacen a la discusión (II). La siguiente parte está específicamente dirigida a intentar dilucidar el tema de los derechos municipales. Para ello se revisa el acercamiento jurisprudencial y doctrinario al tema, se revisa el caso análogo de otros servicios de utilidad pública y se esbozan algunos elementos interpretativos (III). La cuarta parte está destinada a tratar el tema de los derechos cobrados por la Dirección de Vialidad (IV). El capítulo quinto, en fin, señala cómo fue tratado el tema en la última fijación del VNR, resume los planteamientos del trabajo y esboza algunas conclusiones (V).

## II. LA DISTINCIÓN FUNDAMENTAL Y EL MARCO TEÓRICO BÁSICO

### 1. LA DISTINCIÓN FUNDAMENTAL: DERECHOS MUNICIPALES Y DERECHOS COBRADOS POR OTROS SERVICIOS

Para determinar qué derechos pueden legítimamente ser incorporados al VNR es necesario distinguir dos casos cuya solución es diversa: el de los derechos cobrados por las municipalidades, por una parte, y el de los derechos cobrados por la Dirección de Vialidad, por otra.<sup>15</sup>

En efecto, en virtud del artículo 5º letra “c” de la Ley Orgánica Constitucional de Muni-

14 Sin perjuicio de lo que se expone en las conclusiones.

15 Las competencias de ambos organismos son excluyentes y, por tanto, no existe duplicidad en el cobro de derechos en caminos que, siendo urbanos, han sido calificados de públicos por la autoridad. En éstos, sólo la Dirección de Vialidad podría estar facultada para efectuar el cobro, no los municipios (véase, entre otros, el dictamen Nº 4.420 de 2002, de la Contraloría General de la República). En la Región Metropolitana, una serie de vías urbanas declaradas públicas están contenidas en el Decreto Nº 68 de 1993, del Ministerio de Obras Públicas.



cipalidades (LOCM), constituye una atribución esencial de las municipalidades la administración de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, su administración corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.<sup>16</sup> Éste es precisamente el caso de los caminos públicos y sus fajas adyacentes, cuya construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización está entregada a la Dirección de Vialidad, en virtud de lo dispuesto en el D.F.L. N° 850 de 1998, del Ministerio de Obras Públicas.

Sin embargo, desde el punto de vista teórico, la controversia en ambos casos se enmarca en ciertos ámbitos de la Teoría del Dominio Público. Por ello, previo a efectuar la distinción, a continuación se expondrán algunos principios y aspectos básicos de esta teoría.

## 2. EL MARCO TEÓRICO BÁSICO: ALGUNOS ASPECTOS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO<sup>17</sup>

Desde una perspectiva teleológica, el inicio de la *demanialidad*, sus mutaciones y su cesación están determinados esencialmente por la llamada “afectación”, esto es, por la destinación de los BNUP a un fin público concreto.<sup>18</sup> Este es el “núcleo duro” del concepto de BNUP.

Estos bienes son de titularidad pública y, en principio, de uso común. Así lo establece la normativa civil, que los define precisamente como aquellos bienes cuyo dominio pertenece a toda la Nación y cuyo uso pertenece a todos sus habitantes (artículo 589 del Código Civil). Además señala que el uso y goce que para el trán-

sito, 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 ríos y lagos, y generalmente en todos los BNUP; están sujetos a las disposiciones del Código Civil y a las Ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen (artículo 598 del Código Civil).

Desde un punto de vista normativo, ahora, esta clase de bienes son intransferibles e indisponibles; inapropiables por los particulares, lo que no obsta a que sean susceptibles de un uso no discriminatorio, incluso por privados, mediante autorización especial, permiso o concesión.<sup>19</sup> Así se desprende del contexto general del Código Civil y de lo establecido en la Constitución Política de la República (artículo 19 N°s. 22 y 23).

El uso público de los BNUP está subordinado a ciertos principios que lo rigen. Así, ese uso es libre, pues todos los habitantes pueden utilizar los BNUP sin sujeción, en principio, a ninguna formalidad previa y para los fines que estimen convenientes; es igualitario para todos los usuarios; es gratuito, pues en principio no está subordinado al pago de tasas u otras contraprestaciones; debe hacerse de conformidad a la destinación del bien; y debe ser conforme a las normas legales y reglamentarias.

De estos principios, la gratuidad es el más débil, pues posee un sinnúmero de excepciones. Pero como constituye la regla general y primaria en materia de BNUP, ha permitido sostener la tesis según la cual al consagrar el artículo 16 de la LGSE que la concesión de servicio público de distribución confiere el derecho a *usar* tales bienes, dicho uso debiera

16 El texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, está contenido en el D.F.L. N° 1 de 2002, del Ministerio del Interior.

17 Esta parte está basada fundamentalmente en SANTAMARÍA PASTOR (1999), pp. 499 y ss.; MONTT (2002), en especial pp. 287 y ss.; y CARMONA (2001).

18 El término “demanialidad” es un concepto propio del derecho administrativo, utilizado comúnmente por la doctrina para hacer referencia al dominio público.

19 SILVA CIMMA (1995), p. 272.

ser, en principio, gratuito.<sup>20</sup> Sin embargo, los principios rigen sólo en el caso del uso *común* general de los BNUP, es decir, sólo cuando no existe posibilidad de exclusión de otros interesados. Por consiguiente, si la LGSE (u otra) permite a las concesionarias hacer un uso *privativo* de tales bienes, esto es, que limita o excluye a los demás, se rompería el principio de gratuidad (manteniéndose, en todo caso, una especie de “función social” de los BNUP) y se legitimaría la posibilidad de cobro.<sup>21</sup>

Por lo anterior, el fondo del problema de los derechos reside en determinar en qué circunstancias –si es que las hay– existe una alteración a la regla general de la gratuidad del uso de los BNUP, cuestión que habilitaría a los entes públicos a cobrar derechos, fundamentados en su normativa general, y a las empresas a incorporar al VNR el monto de los pagos que realicen por este concepto. En otras palabras, si el artículo 16 de la LGSE y otros que hacen referencia al uso de BNUP mantienen o no ese principio de gratuidad; y si lo hacen, en razón de qué argumentos.

### III. EL CASO DE LOS DERECHOS MUNICIPALES Y OTROS SIMILARES

#### 1. PLANTEAMIENTO

Los derechos municipales son definidos en el artículo 40 de la Ley de Rentas Municipi-

pales como “*las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades, las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o un permiso o que reciban un servicio de las mismas, salvo exención contemplada en un texto legal expreso*”.<sup>22</sup> En caso que los derechos no posean una tasa fijada legalmente, el artículo 42 de la misma ley dispone que *su valor* dependerá de las ordenanzas locales; disposición que a su vez se fundamenta en el artículo 5º letra “e” de la LOCM, que permite a estos entes *establecer* derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen. Finalmente, el artículo 41 establece una enumeración no taxativa de los permisos, concesiones o servicios por los cuales las municipalidades están habilitadas a cobrar derechos, siendo relevantes para efectos de este estudio el Nº 2: ocupación de la vía pública, con mantención de escombros, materiales de construcción, andamios, cierres, etc.; y el Nº 4: instalaciones o construcciones varias en bienes nacionales de uso público.

Como se observa, la posibilidad de cobrar derechos se encuentra en la ley. Sin embargo, la autorización para el cobro es amplia, con márgenes genéricos.<sup>23</sup> Las municipalidades pueden obligar a las personas a efectuar el pago de derechos toda vez que éstas obtengan de su parte una concesión o un permiso, o bien cuando reciban un servicio de ella; asimismo, sólo en virtud de una ley las personas pueden

20 En este sentido, LA ROCCA (2005), p.140: “*Este permiso de ocupación del subsuelo es un permiso de carácter legal. Es decir, en virtud de la concesión de servicio de utilidad pública, la ley establece a favor de los concesionarios, el derecho a ocupar gratuitamente el subsuelo de los bienes nacionales de uso público*”. Sobre el caso de otro servicio de utilidad pública distintos a los eléctricos, *infra* III.4.

21 El uso privativo conlleva la atribución de un conjunto de facultades de goce del bien, condicionado a la naturaleza del mismo, a los caracteres de la instalación que produce la ocupación física del bien demanial y a las condiciones que la Administración imponga reglamentariamente o en el título habilitante del uso privativo (en este caso, la concesión).

22 El texto refundido y sistematizado del Decreto Ley Nº 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, se encuentra contenido en el Decreto Nº 2.385 de 1996, del Ministerio del Interior.

23 Así se desprende, por ejemplo, del citado Nº 4 del artículo 41 de la Ley de Rentas Municipales: se podrá cobrar derechos en el caso de instalación o construcción de “obras varias” en los BNUP.

eximirse de esta obligación legal. El valor del derecho, si no lo señala la ley, también es determinado por el municipio.

En virtud de las normas señaladas, varios municipios establecen unilateralmente derechos por ocupación de BNUP en sus respectivas ordenanzas<sup>24</sup>, los que generalmente acompañan a los requisitos especiales exigidos para la realización de ciertas labores asociadas a la instalación y mantención de la infraestructura eléctrica. Esta imposición, como se adelantó, ha sido resistida por las empresas afectadas (tanto en sede judicial como administrativa), quienes estiman que se vulnera la supuesta gratuidad del uso de los BNUP que les conferiría la concesión eléctrica.

En el centro de la controversia se suele distinguir entre dos tipos de utilización de los bienes nacionales de uso público: temporal y permanente. Por una parte, las empresas concesionarias hacen uso temporal o transitorio mientras instalan su infraestructura; por ello, caben en este concepto la rotura y reposición de pavimento, el cierre temporal de calles y veredas y la ocupación de dichos bienes con maquinaria y otros elementos.<sup>25</sup> Por el contrario, la ocupación permanente hace referencia a la utilización del espacio público con la infraestructura ya instalada.

Aun cuando más adelante se argumentará que la diferenciación es inocua para negar la legitimidad de los cobros de derechos, ella sí ha tenido cierta aplicación. En la práctica, los municipios no cobran derechos por uso per-

manente. De igual modo, se trata de un tema carente de controversia para efectos de la fijación del VNR y que (en forma acertada, como se verá) no ha sido discutido en los diversos procesos tendientes a determinar su valor. Por el contrario, las municipalidades han cobrado derechos por el uso temporal, incluso existiendo precedentes jurisprudenciales que expresamente declaran que el derecho de uso, en general, sin distinciones de temporalidad, emana de la propia concesión eléctrica. Se acoge así, implícitamente, la tesis de que el otorgamiento de una concesión eléctrica permite excluir a los bienes dados en concesión de los principios generales que emanan de la teoría del dominio público: el uso privativo de esos bienes por parte de las empresas no acabaría en caso alguno con la gratuidad.

Con todo, las sentencias no han sido completamente tajantes en la materia y la jurisprudencia no es totalmente uniforme, estando lejos de asentarse un criterio determinado; aun así, los Tribunales Superiores de Justicia –principalmente la Corte de Apelaciones de Santiago– se inclinan en forma mayoritaria por la tesis de que no deben pagarse derechos por uso de BNUP, ni siquiera temporal. Además, los fallos no han explicitado el argumento subyacente proveniente de la Teoría del Dominio Público; no han expuesto completamente el problema o su resolución; y, como es sabido, sólo tienen fuerza obligatoria en los casos particulares en los cuales son emitidos, lo cual ha dificultado que se dé una solución definitiva a la controversia.

24 El artículo 12 de la LOCM establece que: *“Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones. // Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes. [...]”*.

25 El uso temporal es diferente y no debe, por tanto, ser confundido con la servidumbre temporal establecida en el artículo 58 de la LGSE, aun cuando ésta posee una finalidad similar: ocupar temporalmente terrenos municipales o particulares para el establecimiento de caminos provisorios, talleres, almacenes, depósito de materiales y cualesquiera otros servicios que sean necesarios para asegurar la expedita construcción de las obras. Sin embargo, la servidumbre es impuesta por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y la propia LGSE dispone expresamente el pago de una renta de arrendamiento (!) y una indemnización por daños y perjuicios en favor del afectado, las que son determinadas por el juez en caso de desacuerdo entre las partes.



Mientras, la Contraloría General de la República (CGR) ha respondido en forma ambigua al problema, señalando en ocasiones que debe pagarse por todo aquello que no se entiende incorporado directamente al concepto de infraestructura.

En lo que sigue se analiza el intenso tratamiento jurisprudencial de la materia, tanto de los Tribunales de Justicia como de la CGR; se muestra de manera referencial el caso de otros servicios de utilidad pública, donde la situación no es mucho más alentadora; y se analizan ciertas cuestiones interpretativas de los artículos de la LGSE tendientes a intentar aclarar el centro de la controversia.

## 2. EL CRITERIO DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Conociendo de reclamos de ilegalidad interpuestos por empresas concesionarias de distribución eléctrica en contra de ordenanzas municipales o decretos alcaldicios, diversas salas de la Corte de Apelaciones de Santiago han tenido ocasión de pronunciarse específicamente acerca del pago de derechos municipales. Las decisiones han sido prácticamente convergentes en el sentido de declarar en forma expresa la ilegalidad de tales cobros, salvo en un caso en que se declaró su permisión.<sup>26</sup>

El planteamiento de los municipios en cada caso es similar, y se resume en la pretensión de que se declaren dos obligaciones: (i) que la municipalidad puede obligar a la empresa a solicitar los *permisos* correspondientes para la ejecución de trabajos en el espacio público, con la facultad de imponer *normativa técnica* en relación con dicha ejecución; y (ii) que la municipalidad tiene la facultad de establecer el pago de *derechos* por parte de la concesionaria por la ocupación *temporal* del espacio público. Aquí sólo concierne este último argumento.<sup>27</sup>

En lo que a derechos respecta, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte de Apelaciones de Santiago ha establecido que si bien las municipalidades se encuentran habilitadas para efectuar cobros de derechos por ser administradoras de bienes nacionales de uso público, dicha facultad no se extiende al servicio público de distribución eléctrica, pues el derecho a utilizar esos bienes para tender líneas aéreas o subterráneas emana directamente de la concesión eléctrica y ésta es otorgada por la propia ley y no por una decisión de la autoridad edilicia. Los derechos –señala esta jurisprudencia– presuponen la existencia de un permiso o concesión otorgado por el municipio, o un servicio prestado por éste digno de ser remunerado, lo que no sucede en el

26 Entre las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que declaran la ilegalidad se encuentran las siguientes: rol Nº 7.611-98 de 29 de junio de 2001; rol Nº 832-97 de 28 de noviembre de 2000, con apelación declarada inadmisibile por la Suprema Corte, rol 4.840-00; rol Nº 890-97 de 17 de enero de 2001; rol Nº 811-99 de 10 de octubre de 2002; y, aunque sin distinguir entre uso permanente y temporal, rol Nº 10.612-01 de 9 de mayo de 2003. La Corte Suprema, en sentencia rol 4.840-00 de 05 de abril de 2001, vuelve a declarar la inadmisibilidad de la apelación en un recurso de ilegalidad. Las demandas fueron todas interpuestas por Chilectra S.A., y los pronunciamientos dejaron sin efecto –anularon– las partes pertinentes de las Ordenanzas Municipales de Las Condes y Vitacura, las que, sin embargo, aún mantienen la posibilidad de cobro en sus respectivos textos vigentes (por cierto, dado el efecto relativo de las sentencias, los municipios no tienen –en principio– razón alguna para modificar sus Ordenanzas).

El único fallo que acoge la legalidad de los cobros municipales por uso temporal del cual tengo información corresponde a un pronunciamiento de fecha 16 de abril de 1999. En él, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió lo resuelto por el Juzgado de Policía Local de Nuñoa, quien rechazó un recurso de ilegalidad interpuesto por Chilectra en contra de la respectiva Ordenanza Municipal de esa comuna. Lo interesante del fallo es que es el único que aplica expresamente el artículo 146 de la LGSE, el cual –como se verá en *infra* III.5– es crucial en la materia.

27 El primer argumento también ha generado disputas entre municipios y concesionarias. Sin embargo, se trata de un tema diverso, que debe ser abordado en específico y cuyo tratamiento excede los límites de este trabajo. Respecto de los derechos, nótese que el planteamiento municipal actual no pretende extenderlos a la ocupación permanente, como sí se habría hecho en las primeras ordenanzas de algunas comunas (Las Condes y Vitacura, por ejemplo).

caso de la concesión de distribución eléctrica.<sup>28</sup>

La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado también que en el caso de los servicios públicos eléctricos concesionados, los órganos encargados de la regulación de los derechos correspondientes son el Ministerio del Interior (bajo la actual legislación, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción) y la SEC, por lo que mal pueden los municipios cobrar derechos sin exceder el ámbito de sus propias facultades, atribuyéndose algunas potestades entregadas expresamente a otros entes públicos.

Interesante resulta destacar que la jurisprudencia mayoritaria de esta Corte de Apelaciones, a diferencia del único fallo que permite el cobro de derechos por uso temporal de bienes nacionales de uso público, no hace aplicación del artículo 146 de la LGSE, eje del problema de los derechos en materia eléctrica. Este hecho debilita fuertemente la posición sustentada mayoritariamente por la Corte.<sup>29</sup>

En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte Suprema, ella es más bien tangente a la materia y básicamente se limita a reafirmar que el derecho a uso permanente está exento del pago de derechos municipales. Pero en lo que a uso temporal se refiere, la Corte no ha emitido pronunciamiento expreso.

Con todo, en una ocasión trató el tema en forma parcial y un tanto contradictoria, al señalar que *“la ejecución material de obras, lleva*

*implícita la facultad para ocupar transitoriamente otros bienes nacionales de uso público, distintos de los que se utilizarán en forma permanente con las instalaciones eléctricas, tales como veredas y caminos, mientras se ejecutan dichas obras y se depositan allí materiales y escombros, independientemente de la consideración de si deben pagarse o no derechos municipales por esta ocupación temporal”*.<sup>30</sup> Como se observa, la primera parte del argumento –“...lleva implícita la facultad...”– parece dar un tratamiento unitario a ambos regímenes: tanto el uso permanente como el temporal emanarían de la concesión y, siguiendo el razonamiento, deben ser gratuitos, aun cuando importen un uso privativo para la empresa concesionaria. Sin embargo, la segunda parte –“...independientemente de la consideración...”– no permite descubrir el real alcance de la vinculación entre ambos tipos de ocupación para efectos de la aplicabilidad de derechos municipales: sencillamente la Corte no se hace cargo del problema.

### 3. DICTÁMENES DE LA CGR

La CGR ha sido más bien errática y divergente en sus pronunciamientos, los cuales ya desde la dictación de la antigua Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 4/1959), que contenía normas similares en la materia a la actual LGSE, se planteaban el problema de la utilización del espacio público.<sup>31</sup>

28 Como se vio, el artículo 40 de la Ley de Rentas Municipales establece expresamente los requisitos que deben cumplirse para habilitar a los municipios a cobrar derechos. Al definirlos, señala que son *“las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades, las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o un permiso o que reciban un servicio de las mismas, salvo exención contemplada en un texto legal expreso”*.

29 Véase *infra*, III.5.

30 Corte Suprema, rol N° 22.555, de fecha 8 de marzo de 1994. Otros pronunciamientos en que sólo se manifiesta respecto del uso permanente son los siguientes: rol N° 2.928-1996, de 18 de noviembre de 1998; rol N° 3.684-2001, de 19 de junio de 2002; rol N° 3.207-2001, de 28 de mayo de 2003; y rol N° 1.545-2003, de 15 de julio de 2003.

31 En el Dictamen N° 40.458 de 1980, el ente contralor trasladó el problema de la utilización a la *finalidad* de las obras, concluyendo que aquellas que estuvieran destinadas a aprovechar o hacer efectiva una concesión de distribución eléctrica no debían pagar derechos municipales, pero que aquellas que no tuvieran tal finalidad sí quedaban sujetas al cobro. El fundamento radicaba en que las primeras quedaban por completo bajo la supervigilancia

Bajo la vigencia de la actual LGSE, la CGR ha argumentado en diversas ocasiones que la sola existencia de una concesión de servicios eléctricos confiere un derecho preeminente a utilizar los bienes nacionales de uso público, sin que deba soportarse gravamen alguno por ello; y que, por el contrario, en ausencia de tal concesión se debe concurrir a la municipalidad respectiva a solicitar un permiso (remunerado a través de un derecho). A pesar que esta línea interpretativa no puede aún considerarse del todo asentada, sí es la más reciente en la materia.<sup>32</sup>

Otros pronunciamientos, en cambio, disienten de dicho criterio general y plantean la posibilidad del cobro de derechos, pero sólo por uso temporal del espacio público. Subyace a este planteamiento una distinción basada –por una parte– en las actividades que deben considerarse comprendidas dentro del servicio público de distribución (pues existirían otras actividades simplemente conexas o complementarias a él) y –por otra parte– en el carácter transitorio o permanente de esas actividades. De este modo, en concreto, acciones tales como la remoción, rotura y reposición de pa-

vimentos, o la ocupación transitoria de bienes nacionales de uso público con maquinarias, materiales, escombros y otros elementos, *no* debieran entenderse incorporadas al concepto de “infraestructura eléctrica” que señala el artículo 16 de la LGSE, aun cuando sean fundamentales para la actividad de distribución, sino que debieran ser consideradas como meramente complementarias a la prestación del servicio. Por este motivo, las municipalidades se encontrarían habilitadas para cobrar derechos por tales conceptos y, al mismo tiempo, exigir los permisos que correspondan.<sup>33</sup>

En definitiva, según esta última línea interpretativa, deberá distinguirse claramente qué tipo de actividad se está desarrollando (permanente o temporal) o, dicho de otro modo, si ella está destinada a aprovechar directamente la concesión o posee un mero carácter complementario. Como consecuencia de esto, a diferencia de lo que acontece si se acoge la primera tesis expuesta, los derechos pagados por actividades complementarias, que sean efectivamente pagados al organismo que corresponda, serían valorables para efectos del cálculo del VNR y debieran incorporarse en él.

#### Continuación nota 31

de la antigua Dirección General de Servicios Eléctricos y no eran, por tanto, de competencia de la Dirección de Obras Municipales. Al efecto, cabe recordar las siguientes disposiciones del D.F.L. Nº 4/1959: artículo 39 (“La aprobación del proyecto, de los planes de servidumbre y el otorgamiento de la concesión definitiva, se harán por el Presidente de la República, previo informe de la Dirección [General de Servicios Eléctricos] [...]”), artículo 46 (“La construcción de las obras de una concesión deberá ejecutarse con sujeción estricta a los plazos definitivos aprobados, salvo modificaciones de detalle que pueda autorizar la Dirección, siempre que no cambien fundamentalmente el proyecto aprobado [...]”), artículo 47 (“Los gastos de inspección gubernativa de las obras serán de los concesionarios [...]”) y artículo 158 (“La inspección y supervigilancia de la construcción y explotación de toda clase de empresas de servicios eléctricos, establecidas o que se establezcan en el futuro, serán ejercidas por la Dirección, bajo la dependencia del Ministerio del Interior”).

Debe tenerse presente que el D.F.L. Nº 4/1959 contenía normas similares a la actual Ley: el artículo 19 (“La concesión comprende el derecho a tender líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público [...] Estos derechos se ejercerán de modo que no se perjudique el uso principal de los bienes nacionales ocupados y se cumplan los reglamentos y disposiciones de policía y de seguridad que correspondan [...]”), antecedente del actual artículo 16; y el artículo 178 (“Los concesionarios podrán abrir los pavimentos de calzadas y aceras de las vías públicas para la ejecución de los trabajos propios al aprovechamiento de cualquiera de las concesiones a que se refiere esta ley o a la explotación de los servicios.// Si el Alcalde negare el permiso solicitado para efectuar los trabajos a que se refiere el inciso anterior, resolverá el Gobierno oyendo a la Dirección [...]”), antecedente del actual artículo 146 de la LGSE.

32 Al respecto, véanse los dictámenes Nº 30.531 de 2002 (respecto del SERVIU); Nº 30.818 de 1984; Nº 17.589 de 1986 (a contrario *sensu*); Nº 20.108 de 2002; Nº 6.312 de 1998; Nº 2.437 de 1985; Nº 733 de 1992.

33 En tal sentido, dictámenes Nº 30.818 de 1984 (Chilectra respecto de la Ordenanza Municipal de Santiago); Nº 13.023 de 1987; y Nº 19.707 de 1991.

#### 4. EL CASO REFERENCIAL DE OTROS SERVICIOS PÚBLICOS REGULADOS

Analizada la jurisprudencia y antes de abordar las cuestiones interpretativas específicas a los servicios eléctricos, conviene revisar el caso de otros servicios públicos regulados, como los de telecomunicaciones o los servicios sanitarios, en los cuales se ha presenta-

do un debate similar en materia de derechos. En sus respectivos ámbitos tampoco es claro que ciertas autoridades posean legítimamente la facultad de establecer y cobrar derechos por uso de BNUP a las concesionarias respectivas.

La normativa en estos casos es análoga a la de los servicios eléctricos, como se observa en el siguiente cuadro: <sup>34</sup>

LGSE	LGT <sup>35</sup>	LGSS <sup>36</sup>	LSG <sup>37</sup>
<u>Artículo 16:</u> “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”.	<u>Artículo 18:</u> “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”.	<u>Artículo 9º:</u> “Las concesiones otorgan el derecho a 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 éstos [...]”.	<u>Artículo 12:</u> “Las concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de gas, crean en favor del concesionario el permiso para ocupar con su red y dispositivos afectos a ella, las calles, plazas, veredas, avenidas, caminos y otros bienes nacionales de uso público, cruzar ríos, canales, vías férreas, puentes, acueductos y redes de distribución de otros servicios públicos. [...]”.

<sup>34</sup> Fuera de lo relativo a uso de BNUP, la similitud se observa en los límites de ese uso. Por una parte, sólo puede ser para los fines específicos de los servicios respectivos. Por otra, dichos derechos deben ejercerse de modo que no se perjudique el uso principal de dichos bienes.

<sup>35</sup> Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, de 1982.

<sup>36</sup> D.F.L. N° 382 de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios.

<sup>37</sup> D.F.L. N° 323 de 1931, Ley de Servicios de Gas.

LGSE	LGT	LGSS	LSG
<p><u>Artículo 146:</u> “Los concesionarios podrán abrir, de acuerdo a la reglamentación de las Municipalidades, los pavimentos de calzadas y aceras de las vías públicas para la ejecución de trabajos propios al aprovechamiento de cualesquiera de las concesiones a que se refiere esta ley o la explotación de sus servicios”</p>	<p><u>Artículo 18° II:</u> “<i>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.</i>”</p>	<p>Artículo 9° bis: “<i>Las concesiones para establecer, construir y explotar servicios públicos destinados a producir agua potable, distribuir agua potable, recolectar aguas servidas, y disponer aguas servidas, otorgan el 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. // 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 considerarán también obras de infraestructura sanitaria, cuando ellos sean claramente identificables con una obra de aprovechamiento para el servicio público sanitario. [...]”.</i></p>	<p>Artículo 12°: “[...] <i>Estas ocupaciones y cruzamientos se ejecutarán en conformidad con las prescripciones que establezcan los reglamentos pertinentes en cada caso, y sin perjudicar el objeto principal de aquellos.</i>”</p>



Sin embargo, a pesar del parecido general de las normas, existen varios aspectos particulares a los cuales se debe prestar atención: las diferencias pueden llevar a tratamientos distintos en cada servicio, aun cuando, dado el fundamento común, debieran ser similares.

Primero, nótese que la gratuidad en el uso de los BNUP sólo está expresamente consagrada en la normativa sanitaria; las demás leyes sectoriales, por el contrario, se limitan a señalar que la concesión confiere el derecho de uso de los BNUP.<sup>38</sup> En materia de servicios sanitarios, el artículo 9° establece el derecho, pero su sucesor le confiere el carácter gratuito.<sup>39</sup> Esto es compatible con la Teoría del Dominio Público: el uso privativo de los BNUP hace “desaparecer” la gratuidad por regla general, pero en caso de haber una regla expresa en contrario, aquella debe mantenerse.

Con todo, en numerosos casos la CGR ha rechazado que la rotura y remoción de pavimentos o la ocupación del espacio público con maquinarias, materiales o escombros, entre otros, sean aspectos incluidos en la gratuidad de uso del espacio público que establece el artículo 9° bis de la LGSS.<sup>40</sup> Es decir, de acuerdo al ente contralor, habría que diferenciar entre ciertas actividades que sí caben dentro de la norma y otras que no. Esto es complejo: por ejemplo, ¿qué otro uso, fuera de la rotura del pavimento para instalar una cañería o la ocu-

pación de calles con maquinarias y materiales, es transitorio y está destinado a “establecer” el servicio público de agua potable?<sup>41</sup>

En segundo término, en cada caso se establece como límite a la ocupación del espacio público el respeto a la normativa municipal; pero en cada servicio de utilidad pública esta convocatoria es diferente. Así, en materia eléctrica es genérica: “de acuerdo a la reglamentación de las municipalidades”; en materia sanitaria se alude de manera amplia a las “condiciones” dispuestas por los entes municipales, pero ello sólo en el caso de que las instalaciones sanitarias pudieran eventualmente afectar el uso normal del bien de uso público; en el ámbito de las telecomunicaciones, la referencia es expresa y específica a las normas técnicas y reglamentarias y a las ordenanzas municipales; en fin, en materia de gas se hace alusión a “los reglamentos pertinentes”. El problema radica, una vez más, en las posibles diferencias de tratamiento que puedan derivar de esta situación. El caso de las telecomunicaciones es diverso a los demás: se alude específicamente a las ordenanzas, separadas de la normativa técnica y reglamentaria, mientras que el resto de la normativa sólo realiza menciones genéricas.

En un caso relativamente reciente, los Tribunales Superiores de Justicia denegaron lugar a un reclamo de ilegalidad interpuesto por Telefónica CTC Chile en contra de la

38 Y del mero uso no se deduce la gratuidad, como se ha visto. Por esto, es errado lo expuesto por LA ROCCA (2005), p.140 [la cita en *supra*, nota 20].

39 Fundado en el principio de especialidad, el dictamen N° 5.230 de 2000 rechaza la aplicación del artículo 41° del D.F.L. N° 850, respaldando la gratuidad. De este modo, como señala el dictamen, “la jurisprudencia administrativa ha precisado que una concesión de servicios sanitarios otorgada conforme a la preceptiva de la Ley General de Servicios Sanitarios, debe someterse a tal marco jurídico íntegramente”. El mismo criterio se expresa en el dictamen N° 18.573 de 1999.

40 Véanse dictámenes N° 12.750 de 1999 y N° 12.395 de 1991. Este último extiende la aplicación del aludido artículo 9° bis a obras transitorias y permanentes, pero la restringe únicamente a los trabajos de instalación de infraestructura y no a los de reparación y mantenimiento, sobre la base de que la norma es excepcional y de interpretación restrictiva.

41 Apoyada en argumentos similares a la CGR, la Corte de Apelaciones de Valparaíso habría fallado a favor de la municipalidad porteña en las más de 200 causas interpuestas por ésta en contra de la concesionaria sanitaria de la Quinta Región, por el no pago de derechos municipales por rotura de pavimento. Véase LA ROCCA (2005), p. 142, sin cita de los fallos.

I. Municipalidad de Zapallar, mediante el cual aquélla pretendía eximirse del pago de derechos municipales establecidos en la respectiva ordenanza, basándose en que el señalado artículo 18 permite “tender o cruzar líneas” en BNUP, lo cual –a su juicio– debía entenderse como una habilitación legal de uso gratuito.

Primero fue la Corte de Apelaciones de Valparaíso, quien estimó que el precepto citado es de “una claridad” que hace innecesaria su interpretación (!).<sup>42</sup> Luego, la Corte Suprema, rechazando el recurso de casación interpuesto por la compañía afectada, y fundada más bien en la afectación al principio de legalidad, fundamentó la confirmación del fallo de primer grado en que las municipalidades prestaban un “servicio” en el caso de instalaciones o construcciones en bienes nacionales de uso público, por lo que estaba permitido a los municipios imponer el cobro de derechos.<sup>43</sup>

Excede el propósito de este trabajo analizar con mayor detalle los problemas interpretativos que surgen de cada una de las normativas sectoriales. Sí conviene reiterar que el tratamiento de esta materia debiera ser similar en todas ellas, atendido a que el fundamento del uso del espacio público es común. Por esto, las consideraciones interpretativas que siguen pueden ser aplicables, con las diferencias de texto que correspondan, a los demás servicios de utilidad pública.<sup>44</sup>

##### 5. ALGUNOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS: EL RECHAZO A LA ZANAHORIA Y EL GARROTE

Como se ha señalado, en el centro de la controversia desarrollada en torno a la facultad

de los municipios para cobrar derechos por uso de los BNUP se encuentra la distinción entre ocupación permanente y temporal de estos bienes. No obstante, dentro del marco estricto de la Teoría del Dominio Público, las distinciones de temporalidad debieran carecer de relevancia para efectos de establecer la gratuidad u onerosidad de la ocupación de un BNUP, pues en principio al menos, en ambos casos el uso privativo afecta la gratuidad, de modo que las razones para mantener este último principio debieran ser comunes.

Sin embargo, el tratamiento diferenciado se justifica (en parte) por la antinomia que se produce en uno y otro caso.

Por una parte, el derecho a uso permanente plantea un conflicto normativo exclusivamente entre el artículo 16 de la LGSE y las ordenanzas municipales que establecen cobros, además de las disposiciones legales generales que les sirven de base. Para resolverlo, se debe establecer, primero, por qué el uso permanente emana de la concesión y luego justificar la supremacía de la normativa eléctrica sobre la municipal o, lo mismo, por qué el solo hecho del otorgamiento de una concesión es razón suficiente para mantener vigente el principio de gratuidad como regla general.

El uso permanente emana de la concesión eléctrica por cuanto es parte del “derecho a la explotación del servicio”. Sería ilógico imaginar la prestación del servicio eléctrico sin la posibilidad de utilizar el espacio público permanentemente o a cambio de una prestación; esto último, por una parte, demandaría cuantiosas inversiones de parte del concesionario para ejercer su actividad y, por otra, produciría

42 Es a lo menos sorprendente (y casi frustrante) constatar que con esta sola afirmación la Corte soslayó toda la discusión suscitada en torno a los derechos.

43 “Telefónica con Municipalidad de Zapallar”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 591-1999, de fecha 14 de enero de 2002; y Corte Suprema, rol N° 2.289-2002, de fecha 24 de septiembre de 2003. Ambas en: *Gaceta Jurídica* N° 279, septiembre de 2003. Recuérdese que de acuerdo a los artículos 40 y 41 de la Ley de Rentas Municipales, si los municipios prestan un servicio están habilitados a cobrar un derecho por él.

44 El caso aquí expuesto es un buen ejemplo de la necesidad de uniformar las regulaciones sectoriales en distintos aspectos en que injustificadamente difieren entre sí.

un aumento desproporcionado en la tarifa. Concesión y derecho a instalar de manera permanente y gratuita la infraestructura van asociados.

Pero además el derecho de explotación, al cual se integra el uso permanente de los BNUP, prima sobre los principios generales establecidos por la Teoría del Dominio Público, de acuerdo a los cuales un uso privativo de un BNUP pone fin al principio de gratuidad. Así se desprende del propio texto de la LGSE. Si se estableciera un cobro por uso permanente o se entregara la facultad de imponerlo, el artículo 16 de la LGSE no tendría razón de existencia. El derecho a “tender” infraestructura que él consagra es especial y debe necesariamente ser gratuito para que la existencia de la disposición no carezca de lógica.

Por otra parte, a diferencia del caso anterior, la situación del derecho al uso temporal no presenta sólo una supuesta contradicción entre la normativa municipal y el artículo 16 de la LGSE, sino que la antítesis también se da con respecto al artículo 146 de la LGSE, que señala que *“los concesionarios podrán abrir, de acuerdo a la reglamentación de las Municipalidades, los pavimentos de calzadas y aceras de las vías públicas para la ejecución de trabajos propios al aprovechamiento de cualesquiera de las concesiones a que se refiere esta ley o la explotación de sus servicios”*.

Es precisamente esta última disposición la que permitiría sustentar interpretaciones en favor del cobro de derechos por utilización temporal de BNUP. Por una parte, los municipios señalan que ella, al exigir que los trabajos a que hace referencia se hagan “de acuerdo a la reglamentación de las Municipalidades”, se refiere a lo que dispongan las ordenanzas respectivas, las que están habilitadas, conforme a la legislación, para establecer derechos. Las concesio-

narias, por otra parte, niegan la legitimidad de los derechos establecidos por las disposiciones comunales, apoyadas en que el artículo 16 de la LGSE les garantiza gratuidad, y estiman, además, que si resultara cierto que les es obligatorio pagar derechos municipales, la cantidad correspondiente debiera ser incorporada al VNR, por mandato legal. Finalmente, esta última cuestión es, a su vez, rechazada actualmente por la SEC, organismo que considera que al no ser forzoso el pago de los derechos (también apoyada en el artículo 16), las empresas no debieran pagarlos, utilizando para ello las correspondientes vías de impugnación.

En suma, el problema dice relación con la forma de conciliar lo dispuesto por las dos disposiciones de la LGSE referentes al tema de los derechos: los artículos 16 y 146 y, sobre la base de este último, los correspondientes de la LOCM y de la Ley de Rentas Municipales. Para ello es necesario realizar ciertas precisiones.

Primero, la redacción del artículo 146 hace referencia únicamente a ciertas actividades específicas relativas al uso temporal: abrir pavimentos de calzadas y aceras. La temporalidad está marcada por el objetivo consignado en la disposición: la ejecución de los trabajos propios al aprovechamiento de la concesión eléctrica o la explotación de los servicios; lo que incluye tanto trabajos de instalación de infraestructura como las obras destinadas a su mantenimiento.<sup>45</sup>

Luego, caben dos posibles interpretaciones. Por un lado, considerar que él constituye una excepción al artículo 16 de la LGSE, que habilitaría plenamente a los municipios para aplicar la Ley de Rentas Municipales y cobrar derechos por la ocupación de la vía pública. Por otro, podría estimarse que no se trata de una excepción en materia de pago, sino que ambos preceptos regulan materias diversas: la

45 Este es el motivo por el cual este artículo no puede ser considerado al argumentar en torno al uso permanente de los BNUP.

gratuidad de la ocupación, permanente o temporal, el artículo 16 (a la manera argumentada para el uso permanente, es decir, como parte del derecho de explotación) y el sometimiento a la reglamentación técnica y de orden que establezcan las municipalidades, tales como el deber de ceñirse a determinados plazos y condiciones, el artículo 146.<sup>46</sup>

Sin dejar de reconocer que se trata de un tema controvertido, la última tesis mencionada es la que parece tener mayor asidero legal y la que mejor armoniza lo señalado en ambos preceptos: la ocupación temporal, al igual que la permanente, puede ser considerada dentro del derecho de explotación del concesionario y, por consiguiente, no debe ser sometida al pago de derechos municipales, aun cuando se esté haciendo un uso privativo del espacio público.

Ante todo, debe considerarse que la ocupación temporal de BNUP (en especial, la rotura y reposición de pavimentos) es una condición indispensable para materializar la instalación de infraestructura y, por consiguiente, no puede ser desvinculada de esta última actividad; se trata de actividades demasiado enlazadas como para ser tratadas en forma separada. En este sentido, la expresión utilizada por el artículo 16 de la LGSE, que permite “tender” líneas eléctricas aéreas y subterráneas por cierto que incluye la ocupación del espacio público con materiales, escombros, etc. Es difícil imaginarse siquiera la posibilidad de instalar infraestructura sin utilizar el espacio público con estas actividades.

Pero además, no existe una razón de peso que justifique que esta clase de ocupación sea gratuita al momento de tender las líneas (instalar la infraestructura) y no lo sea al efectuar su mantenimiento, actividad estrechamente enlazada con la prestación del servicio de distribución, en virtud de los principios generales de calidad y continuidad de servicio que imperativamente exige la LGSE a los concesionarios para el buen funcionamiento del sistema, y especialmente de la confiabilidad.<sup>47</sup> Si es la propia legislación la que permite la instalación gratuita de líneas y además requiere su adecuado mantenimiento en pro de la seguridad, no resulta justificable que a través de otros cuerpos legales generales se condicione esa exigencia de confiabilidad al pago de ciertas erogaciones; sería algo similar a tentar con una zanahoria y luego, una vez dentro de la trampa, golpear con el garrote.<sup>48</sup> Tanto el *tendido* —en sentido estricto— como el *mantenimiento* deben gozar por igual de la protección jurídica que sea necesaria para resguardar la seguridad global del sistema eléctrico; y para ello es necesario permitir la ocupación del espacio público en forma gratuita, sujeta —eso sí— a las normas técnicas y de orden que eviten una mala utilización de este derecho por parte de las concesionarias.

Lo anterior se reafirma con la propia redacción del artículo 146, que permite a los concesionarios efectuar los trabajos temporales a que él se refiere “para el aprovechamiento de concesiones o la explotación de servicios”. Este es un objetivo claro que denota la estre-

46 La referencia a aspectos técnicos no podría alcanzar, en todo caso, a cuestiones contempladas en el respectivo decreto de concesión ni atentar contra la continuidad del servicio. Al respecto, la Corte Suprema ha sido enfática en señalar que las municipalidades pueden imponer reglas generales en sus ordenanzas aplicables a los servicios públicos, orientadas al bienestar de la comuna, pero siempre bajo la condición de que no afecten los derechos del concesionario reconocidos legalmente y en el decreto de concesión, y que no les impongan, sin retribución suficiente, cargas no reconocidas en las regulaciones tarifarias (al respecto, Corte Suprema, rol N° 3.684-2001, de 19 de junio de 2002).

47 Sobre estos principios, VERGARA (2004), páginas 341 y ss., y 391 y ss.

48 Y con el agravante que en este caso es casi imposible salir de la trampa, atendidos los elevados costos hundidos propios del negocio de distribución eléctrica.

cha vinculación que la LGSE hace entre los trabajos temporales y la prestación misma del servicio eléctrico. Así, el hecho que tal precepto entregue a la reglamentación y tuición municipal exclusivamente el caso de la rotura y remoción de pavimentos y se regule de manera separada en la LGSE, responde nada más que al hecho que la responsabilidad de mantener calzadas y aceras, así como por los accidentes a las personas o la afectación a sus bienes derivados del mal estado de dichas obras, recaer directamente en las municipalidades, pero no puede ser esgrimido como fundante de un cobro por el uso de bienes nacionales de uso público. En este sentido, la LGSE no hace más que mantener la sistematicidad del ordenamiento jurídico.<sup>49</sup>

Existe aún otro argumento, esta vez histórico. El artículo 146 de la LGSE proviene del antiguo artículo 178 del DFL N° 4/1959<sup>50</sup>, que establecía “si el Alcalde negare *el permiso* solicitado para efectuar los trabajos [...]”. Hoy en día, el permiso ha sido suprimido, siendo cambiado por la referencia genérica a la reglamentación municipal. Y esto no es trivial. Como de acuerdo a la Ley de Rentas Municipales sólo un permiso, una concesión o un servicio prestado por el municipio facultan a éste para cobrar derechos, al modificar la redacción el legislador eliminó expresamente el título habilitante del cobro, sin reemplazarlo por otro, y con ello descartó también toda posibilidad de recaudación de derechos municipales.<sup>51</sup> La referencia a la reglamentación municipal debe

entenderse, entonces, referida únicamente a la reglamentación técnica y de orden que eventualmente pueda dictar el municipio.<sup>52</sup>

Finalmente, a todo lo anterior se suma el hecho que el artículo 12 de la LGSE circunscribe la competencia municipal exclusivamente al otorgamiento de permisos para que líneas de transporte y distribución de energía eléctrica *no sujetas a* concesión puedan usar y/o cruzar BNUP. Esto implica que en los casos en que existe concesión el municipio no puede cobrar derechos, pues –una vez más– no existe de por medio un permiso, concesión municipal o prestación de servicio que lo habilite para ello.

## 6. CONSECUENCIAS

Las razones de principio, de texto e históricas antes señaladas permiten extender, en materia eléctrica, el principio de gratuidad del uso común de los BNUP también al ámbito del uso privativo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, es posible negar la corrección del planteamiento de ciertos municipios, que han argumentado a favor de la necesidad de efectuar estos cobros con el objeto de evitar que las obras realizadas por las concesionarias se prolonguen por más tiempo del necesario o se utilice un mayor espacio público que el requerido para las obras; o bien, para intentar incentivar ciertas conductas, como por ejemplo la disminución de los cables aéreos.<sup>53</sup> Precisamente, el cobro por parte de las municipalidades comprende gene-

49 Con todo, la responsabilidad de los municipios debe entenderse sin perjuicio de la que eventualmente pueda haber a otros organismos públicos, como el Servicio de Vivienda y Urbanismo, Vialidad o los Gobiernos Regionales.

50 Citado *supra* en nota 31.

51 Tampoco existen los otros títulos. No es posible configurar un servicio y la concesión que ostentan las empresas no es otorgada por la municipalidad.

52 Podría argumentarse que la propia municipalidad estaría facultada para imponer la obligación de contar con permiso y, luego, cobrar derecho por ello. Pero esto no es posible si se sigue la línea argumentativa hasta aquí sostenida: el uso transitorio o permanente de BNUP es parte del derecho a la explotación y, en cuanto tal, posee como título la concesión eléctrica (que, por cierto, no emana del municipio).

53 El incentivo en este caso consiste en eximir del pago de derechos municipales a los tendidos subterráneos. Este sistema es consagrado, por ejemplo, en el artículo 10.11 de la “Ordenanza que reglamenta la instalación de líneas distribuidoras de energía eléctrica y transmisoras de la comuna de Vitacura” (de fecha 7 de septiembre de 2001).



ralmente las variables de superficie ocupada y tiempo de ocupación, más un cobro por inspección de las obras. Sin embargo, las finalidades indicadas pueden ser alcanzadas por una vía que resulte más idónea desde el punto de vista jurídico y que no se encuentre vinculadas al cobro de derechos, tal como un adecuado y razonable sistema de multas que incentive la rapidez al efectuar trabajos o que permita un mejor control del permiso, o el establecimiento de prohibiciones a la instalación de nuevos postes y tendidos aéreos, entre otras.<sup>54</sup>

Por lo anterior, de intentarse un cobro por parte de los municipios por concepto de utilización del espacio público, incorporándolo en la respectiva ordenanza, la concesionaria afectada tendría el derecho a reclamar ante la justicia ordinaria por la ilegalidad de la ordenanza y del cobro, solicitando que se anule la respectiva disposición. A su vez, de intentar la concesionaria incorporar el eventual pago de tales derechos a su Inventario Valorizado, la SEC estaría facultada para eliminar esa cantidad de la base de cálculo del VNR.

La única excepción que habilitaría a las municipalidades a cobrar derechos a los con-

cesionarios de distribución eléctrica serían los eventuales casos en que *legalmente* se les permita en forma expresa, en razón de las particulares características o requerimientos de una determinada reglamentación, pero siempre con sujeción a ciertas condiciones que se expondrán en el acápite siguiente.

#### 7. DEL PAGO POR EL "COSTO" DE ROTURA REMOCIÓN Y REPOSICIÓN DE PAVIMENTO

Si se adhiere a la tesis aquí planteada, según la cual debe descartarse el pago de derechos municipales por uso temporal o permanente de BNUP (salvo que estén establecidos en la ley), los únicos valores que pueden ser reconocidos en el VNR de una concesionaria son aquellos que ha solventado por concepto de *costo* de rotura y reposición de pavimentos. Es decir, estos costos sí pueden ser traspasados a tarifa. Se trata en este caso de un tema diverso, pues no responde al pago de una retribución por un permiso o concesión otorgado por alguna municipalidad, sino el debido desembolso que debe hacer la empresa para reparar la rotura y reposición.<sup>55</sup>

54 A este respecto, resulta muy interesante lo sostenido por la Corte de Apelaciones de Santiago, a propósito de un reclamo de ilegalidad contra una ordenanza municipal interpuesto por una concesionaria de servicios sanitarios. Frente al argumento de la municipalidad, que justificó el cobro de derechos en su afán de lograr que las empresas cumplan adecuadamente las obligaciones que les impone la concesión, tanto en lo relativo a su programa de desarrollo como al control permanente de la continuidad y calidad de los servicios que está obligada a prestar, la Corte señaló lo siguiente: "*Como puede advertirse, este propósito excede el marco de un derecho municipal, pues no obedece a ningún servicio especial que la autoridad administrativa proporcione a la concesionaria, sino responde más bien a una sanción tendiente a obtener el mejor cumplimiento del contrato, que por no haber sido oportunamente pactada por las partes, no puede ser impuesta en forma unilateral [...]*" (sentencia rol 1.226-2003, considerando noveno. En Gaceta Jurídica Nº 286, abril 2004, páginas 74 y siguientes).

Además, la utilización de otros medios más idóneos no es ajena al derecho municipal. Por ejemplo, el uso de prohibiciones es común en las ordenanzas municipales. Así, entre otras, tanto el artículo 20 de la "Ordenanza sobre instalación de líneas distribuidoras de energía eléctrica y de telecomunicaciones en la comuna de Providencia" (de fecha 14 de marzo de 2000) como los artículos 4º y 13 de la "Ordenanza que reglamenta la instalación de líneas distribuidoras de energía eléctrica y transmisoras de la comuna de Vitacura" (de fecha 7 de septiembre de 2001) no permiten realizar nuevas instalaciones en aquellos sectores definidos como de canalización subterránea. El artículo 1º de la "Ordenanza de tendido de cables en el espacio aéreo sobre la comuna" de Ñuñoa (de fecha 20 de junio de 1983) también consagra la prohibición, pero señala que ella rige "a menos que se cumpla con las exigencias establecidas en" la LGSE.

55 En este sentido, el artículo 12 de la "Ordenanza que reglamenta la instalación de líneas distribuidoras de energía eléctrica y transmisoras de la comuna de Vitacura" dispone correctamente que "*la construcción de un poliducto de uso común estará exenta del pago de derechos municipales por rotura de pavimentos y ocupación temporal del espacio público [...]* // De igual modo la construcción de ductos para uso exclusivo de una empresa

Por cierto, existen casos en que dicho costo no debe ser pagado por la concesionaria respectiva, como ocurre en las hipótesis a que se refiere el artículo 73 de la LGSE: canalización subterránea decretada por un municipio, caso en el cual el concesionario puede exigir un aporte financiero reembolsable; y obras de rectificación, cambios de nivel o pavimentación definitiva de calles, plazas y caminos, caso en el cual el costo corresponde al organismo que las haya dispuesto. Demás está decir que tales supuestos no deben reconocerse en el VNR

#### IV. EL CASO DE LOS DERECHOS COBRADOS POR LA DIRECCIÓN DE VIALIDAD Y OTROS SIMILARES

##### 1. PLANTEAMIENTO

De forma similar a lo acontecido con los derechos municipales, las relaciones entre los concesionarios eléctricos y la Dirección de Vialidad, en lo que respecta a la facultad de esta última para cobrar derechos en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 III del D.F.L. N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, son también controvertidas.

Dicha disposición establece, en su parte pertinente, que “Sin perjuicio de sus atribuciones, la Dirección de Vialidad podrá autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondien-

tes, la colocación de cañerías de agua potable y desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley”.

El ámbito de aplicación de esta norma se circunscribe únicamente a los caminos “públicos” y sus fajas adyacentes, únicos sobre los cuales es competente la Dirección de Vialidad. En los demás casos (caminos “privados”), la competencia es municipal y debe estarse a lo señalado en el párrafo precedente.<sup>56</sup> Por su parte, de acuerdo al artículo transitorio de la Ley N° 19.474, los derechos a que se refiere el citado precepto sólo son exigibles respecto de aquellos permisos y contratos de concesión otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996.

El caso del cobro de derechos por la Dirección de Vialidad es algo diferente al de los municipios. Primero, porque la autorización en este caso es específica. Si bien ambos entes son administradores de BNUP y el pago de derechos está establecido como una de sus fuentes de ingreso, la autorización del legislador ha sido estatuida de forma meramente genérica en el caso de los municipios (por ejemplo, el artículo 41 N° 4 de la Ley de Rentas Municipales, que autoriza los cobros por “insta-

#### Continuación nota 55

*concesionaria del servicio de distribución eléctrica [...] estará exenta del pago de derechos municipales por rotura de pavimentos y uso temporal del espacio público.// En caso que un nuevo usuario desee utilizar un poliducto existente deberá pagar a la Municipalidad [...] la parte proporcional del costo de construcción que significó a las empresas de servicios participantes de dicho poliducto. // Lo anterior, en la medida que la Municipalidad haya soportado ese costo de construcción [...].*

<sup>56</sup> La distinción entre caminos públicos y privados se encuentra establecida en el Código Civil (artículo 552) y en la llamada “Ley de Caminos” (D.S. N° 294 de 1984, del Ministerio de Obras Públicas). En el artículo 24 de esta última se definen los caminos públicos, señalando expresamente que las fajas de éstos son bienes nacionales de uso público, para lo cual entrega al Director de Vialidad la facultad de proponer el ancho que deberán tener las fajas. Por su parte, su artículo 41 establece que las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y que ellas estarán destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo.

laciones o construcciones varias en bienes nacionales de uso público”), mientras que en el caso de la Dirección de Vialidad la autorización es particular y concreta, permitiéndose el cobro exclusivamente en los casos descritos en el D.F.L. Nº 850 (entre los cuales, por cierto, se incluye la colocación de infraestructura eléctrica).

Segundo, porque no hay en este caso distinciones de temporalidad: la ley habilita en términos amplios a instalar infraestructura y efectuar obras viales en BNUP administrados por la Dirección de Vialidad y a ésta a cobrar derechos por ello.

Tercero, porque no se aplica en este caso lo dispuesto en el artículo 146 de la LGSE, que sólo hace alusión a la reglamentación municipal. Por tanto, el conflicto se genera exclusivamente entre dos normas de carácter legal: el artículo 16 (del cual, se reitera, emanaría la gratuidad del uso privativo de los BNUP que hacen los concesionarios eléctricos) y el citado artículo 41 III del D.F.L. Nº 850.

Comentando este último artículo, EVANS estima que las compañías eléctricas dotadas de concesión gozan gratuitamente de los bienes nacionales de uso público dentro de su área de concesión y para el solo efecto de explotar ésta, lo que se reflejaría en que ningún costo por este concepto queda recogido en las tarifas; esto sin perjuicio de las condiciones que pueda imponer la Dirección de Vialidad cuando las instalaciones puedan afectar el disfrute normal del bien nacional de uso público que se trate. La base de su argumentación es que el artículo 16 de la LGSE (del cual derivaría la gratuidad) es especial y, por tanto, de aplicación preferente al artículo 41 del D.F.L. Nº 850, de carácter general (y al cual incluso califica de inconstitucional). Este D.F.L., aunque dictado con posterioridad a la LGSE, no habría derogado tácitamente a aqué-

lla en cuanto a la aplicación del principio de gratuidad, por lo que ésta continuaría plenamente vigente.<sup>57</sup>

Si bien es correcto estimar que por ser una norma especial, la normativa eléctrica (el artículo 16 de la LGSE) debiera primar sobre la ley general (el artículo 41 del D.F.L. Nº 850), ello no obsta a que el legislador pueda consagrar una excepción a la gratuidad establecida en la LGSE en favor de cierto organismo público en otro cuerpo legal, señalándolo explícitamente. En otros términos, el principio de especialidad no parece constituir una razón lo suficientemente fuerte para descartar definitivamente la aplicación de un cobro de derechos por parte de una entidad administrativa, tal y como acontece con la Dirección de Vialidad. Es necesario, entonces, indagar en el fundamento que deben tener los derechos que la administración podría eventualmente imponer, incluso como excepción a la normativa eléctrica; y, luego, cotejar si los derechos que la ley autoriza a que sean cobrados por la Dirección de Vialidad cumplen o no con tal requerimiento.

## 2. EL FUNDAMENTO DE LOS COBROS EFECTUADOS POR LA DIRECCIÓN DE VIALIDAD

El cobro de derechos por parte de la Dirección de Vialidad se fundamenta en la prestación de un servicio público. En este caso, la acción de servicio público se encuentra constituida por una autorización de la autoridad pública para la colocación, en bienes de dominio público, de instalaciones específicas que el legislador se ha encargado de precisar.

La autorización específica es esencial: sólo ella podría habilitar, en principio, a un organismo determinado para cobrar derechos. Únicamente de esta manera se cumplen los requerimientos del principio de legalidad de la

57 EVANS (2003), páginas 130 y siguientes. Por su parte, VERGARA, sin profundizar, señala que el tema es discutible, atendido el tenor del artículo 41 (VERGARA [2004], página 134, nota 87).

tributación y de igualdad: por una parte, se estará en presencia de un gravamen originado por la actividad estatal, singularizada en la autorización de un órgano público específico para que un particular, que promueve esa particular acción estatal, pueda efectuar la colocación de sus instalaciones en bienes de dominio público, como lo son los caminos públicos y sus respectivas fajas u otras obras viales regidas por el D.F.L. N° 850; por otra parte, la especificidad del servicio prestado por la administración fundamenta el cobro *al usuario específico* de ese servicio, pues de otro modo (por ejemplo, financiando el servicio vía impuesto) se haría gravitar injustificadamente en la totalidad de los habitantes su financiamiento.<sup>58</sup>

De acuerdo con esto, en principio el legislador podría establecer derechos que legítimamente constituyan una excepción a la utilización gratuita del espacio público.<sup>59</sup> Pero estos derechos deben ser implementados por vía legal, estar fundamentados en una actividad de servicio público y ser atribuidos en forma específica a un sujeto que realiza la determinada acción de servicio público que los fundamenta.<sup>60</sup>

Sin embargo, a pesar que el cumplimiento de tales requisitos permite *prima facie* fundamentar el cobro de derechos –y en este sentido es una razón necesaria para ello–, no es sin embargo una razón suficiente para legitimarlo. Aun cuando la disposición del D.F.L. N° 850 posibilita la imposición de derechos, razones similares a las establecidas respecto de los derechos municipales justifican considerar que en materia eléctrica la gratuidad debe ser el principio aplicable incluso a casos de uso privativo y temporal de un BNUP: este uso se efectúa en el marco de la seguridad y el principio de confiabilidad que el propio legislador demanda a los concesionarios de distribución, los cuales que no pueden ser condicionados al pago de derechos ni sometidos a la eventualidad de que sean vulnerados por una mera falta de pago.

En este caso, es posible aplicar un razonamiento similar al utilizado en el de los municipios, pues se trata de dos situaciones o casos efectivamente comparables en este punto el de los derechos. En ambos existe un ente administrativo que pretende aplicar un gravamen cuyo

58 Justamente éste es el elemento que distingue este caso del de los derechos municipales. Si bien respecto de éstos también podría estimarse que se configura una acción de servicio público que justificaría el cobro municipal, falta en este caso la especificidad necesaria para, *prima facie*, legitimar los cobros de derechos.

59 De hecho, el ordenamiento jurídico chileno, en consonancia con lo establecido por la doctrina administrativa, no contempla la gratuidad como un elemento conformador del servicio público, tal y como se desprende del artículo 25 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Esto no obsta a la existencia de ciertos servicios gratuitos, admisibles únicamente cuando se los vincula a exigencias sociales o económicas generales (por ejemplo, la instrucción primaria, cuya gratuidad se consagra incluso constitucionalmente). A este respecto, MARIENHOFF (1981), página 130, y ESCOLA (1990), página 465. Asimismo, no obsta a lo señalado en el artículo 6° de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que establece el principio de acuerdo al cual las actuaciones que en el marco del procedimiento administrativo deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario.

60 No corresponde, por ser ajeno a lo fines de este trabajo, dar el paso siguiente y determinar la naturaleza del derecho establecido en el D.F.L. N° 850. Este es un problema distinto. Él bien puede ser considerado una tasa o un precio, ambos conceptos tributarios asociados a una contraprestación (en este caso, a la autorización conferida por la Dirección de Vialidad). Sin embargo, la calificación es de suma importancia, pues de ella dependerá la aplicación del régimen constitucional garantista en materia de tributos (aplicable a la tasa, pero –tradicionalmente– no a los precios, aunque la doctrina en ocasiones extiende las garantías también a éstos, en especial, la legalidad. Por todos, PÉREZ ROYO [1995], página 114). EVANS discute la constitucionalidad de la norma precisamente sobre la base de las garantías constitucionales (EVANS [2003], páginas 130 y ss). La CGR, mediante dictamen N° 15.089 de 2000, señaló que la expresión “derechos” alude, en forma incuestionable, a tributos, los cuales deben ser fijados por ley, por lo que el artículo 41 del D.F.L. N° 850 no se ajusta a la legalidad, no estando permitido a la Dirección de Vialidad fijar derechos mediante actos administrativos, sean resoluciones, oficios u otros; esta es la tesis dominante en la CGR hasta la actualidad.

fundamento, si bien es legal en principio (aunque con distinto grado de especificación), no se condice con lo señalado en la normativa eléctrica, la cual debe en definitiva primar.

De este modo, al igual que los municipios, es ilegítimo que la Dirección de Vialidad cobre derechos por utilización permanente o transitoria de los BNUP que administra. Pero de esto no se deriva la inconstitucionalidad de la norma contenida en la disposición. El artículo 41 del D.F.L. N° 850 alude al pago previo de los “derechos correspondientes”, los cuales, de acuerdo a lo argumentado, se limitan al cobro del *costo* efectivo de la remoción y reposición del pavimento y al cobro por inspección de las obras.<sup>61</sup> En lo demás, la única facultad de la Dirección de Vialidad es establecer la forma y condiciones de la instalación de infraestructura, esto es, sólo puede impartir normas técnicas y de orden a fin de evitar abusos de parte de las concesionarias.<sup>62</sup>

Finalmente, nótese que el cobro sólo puede ser establecido en caso de “instalación” de infraestructura, no de mantención, lo cual es ilógico. De modo similar a como en el ámbito municipal era ilegítimo todo cobro de derechos –tanto en instalación como en mantenimiento–, en este caso debe aplicarse la misma lógica, pero al revés: lo que debe pagarse legítimamente debe también extenderse al caso de la mantención.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

### 1. LA FIJACIÓN DEL VNR 2003

Correctamente, desde el punto de vista aquí sostenido, la Resolución VNR 2003 no

incorporó al VNR los pagos efectuados por las empresas a los municipios por concepto de derechos municipales. Expresamente se señala en aquella que “*En el caso del derecho a utilizar bienes nacionales de uso público, se estimó –de acuerdo con los criterios establecidos por los Tribunales Superiores de Justicia y la más reciente doctrina de la Contraloría General de la República– que él emana íntegramente de la Ley por el solo hecho de obtenerse una concesión de servicio público de distribución eléctrica, por lo que no procede el pago por dicho concepto y, por consiguiente, su incorporación dentro del VNR. // A este respecto, se hace presente que carecen de importancia las distinciones entre temporalidad o permanencia de la ocupación de los bienes nacionales de uso público, pues incluso la ocupación temporal de tales bienes constituye una condición necesaria e indispensable para materializar el derecho a ‘tender líneas eléctricas’ establecido en el artículo 16 de la Ley y no puede ser desvinculado de este último*” (considerando 9º, apartado C.1.).

Como se observa, independiente de lo correcto del planteamiento, la SEC asume sin cuestionamientos que el derecho establecido en el artículo 16 de la LGSE es gratuito. Ello es efectivamente así, por las razones que antes se han dado, pero hubiese sido deseable un desarrollo mayor de la argumentación en este punto.

Sí se reconocieron otros derechos en el VNR, siempre que, como es de toda lógica, las empresas acreditaran su pago y el número de instalaciones a considerar. Sin embargo, en la Resolución no fueron explicitadas las condiciones necesarias para su aceptación. Sin perjuicio de que en este trabajo se sostiene que es ilegítimo el cobro de cualquier derecho a las empresas concesionarias por ocupación de BNUP (en uso

61 Por esto no parece ser correcto lo sostenido por EVANS (2003) en orden a que la aplicación de esta norma debe ser descartada por contravenir el principio de legalidad, tesis que ha sido acogida por alguna jurisprudencia. En cierto sentido, la tesis expuesta en este trabajo representa una interpretación alternativa que permite llegar, sin embargo, a un mismo resultado.

62 Por cierto, al igual que en materia municipal, estas condiciones no pueden alcanzar aspectos establecidos en la concesión.



de su derecho concesional, se subentende), un mínimo exigible para al menos discutir acerca la legitimidad del reconocimiento de tales derechos en la tarifa hubiese sido requerir base legal, fundamento en una acción de servicio público y especificidad del usuario del servicio, en este caso, el concesionario.

Por su parte, las Comisiones Periciales formadas a propósito de las discrepancias de las empresas con el valor fijado por la SEC (hoy sustituidas por el Panel de Expertos), en la mayoría de los casos consideraron derechos municipales en las comunas cuyas ordenanzas los establecían y las empresas demostraban efectivamente que los pagaban, pero no consideraron derechos en terrenos privados (condominios). En el caso de la mayor distribuidora y algunas otras, se declaró expresa y acertadamente que se tomó en cuenta la optimización de la renovación de las obras de canalización subterránea (en espacio ocupado y tiempo de ejecución), de modo de minimizar el pago de derechos municipales en dicho proceso de renovación.<sup>63</sup>

Respecto del costo de la rotura y reposición de pavimentos, la Resolución VNR 2003 fijó un valor cero (considerando 9º, apartado C.3), invocando exclusivamente razones de falta de acreditación por parte de las empresas.<sup>64</sup> Consecuentemente, no se pronunció respecto del fondo, es decir, respecto de cuáles eran los costos que debían haber sido acreditados para su incorporación.

Las Comisiones Periciales, por su parte, sí incluyeron estos valores. En la mayoría de los casos consideraron valores de reposición de calzadas sólo en cruces, mientras que en el resto de las obras sólo se tomó en consideración la reposición de veredas. En algunos casos, sin embargo, se tomaron los valores informados por las empresas.

## 2. A MODO DE CONCLUSIÓN

El tratamiento de los derechos en relación con el VNR no ha estado exento de inconvenientes. Hasta hoy, sigue existiendo una relativa falta de claridad respecto de cuáles son los derechos que efectivamente pueden ser trasladados a tarifas y respecto de la forma en que ellos deben ser valorados para incorporarlos al VNR. Esta falta de claridad aumenta el grado de conflictividad entre los actores de la industria eléctrica.

Lo que se ha intentado argumentar en este trabajo es que en teoría es ilegítimo que cualquier ente administrativo establezca y cobre derechos por el uso del espacio público que hacen las concesionarias de servicio público de distribución eléctrica en ejercicio de su derecho concesional. La gratuidad del uso de los BNUP, un principio que en la Teoría del Dominio Público sólo es aplicable a casos de uso común, debe ser mantenida en el caso del uso privativo que hacen tales empresas.

El principal argumento de fondo para sostener lo anterior es que ese uso es siempre parte del derecho de explotación de la concesión y se vincula estrechamente a la confiabilidad del sistema. Además, este fundamento es suficiente para que el principio de gratuidad, propio del uso común de los BNUP, se mantenga aun en casos de uso privativo de tales bienes por parte de las compañías, sea permanente o transitorio. No hay razón para que, primero, se den “facilidades” para tender gratuitamente la infraestructura y luego se condicione su mantenimiento (impuesto por la seguridad) al pago de un derecho. La diferenciación no es razonable ni tiene asidero legal.

Esta conclusión puede ser extendida al ámbito de otros servicios de utilidad pública,

63 Actas de Comisiones Periciales VNR 2003, inéditas.

64 Cabe advertir que el Sistema de Cuentas, establecido mediante resolución exenta N° 2.423 de fecha 27 de diciembre de 2002, de la SEC, ordenaba a las empresas entregar acreditados los pagos efectivos por este concepto.

pero sería preferible y conveniente que el tema de los derechos se esclareciera legalmente de manera uniforme a todos ellos.

Dado lo argumentado en este trabajo, las concesionarias de distribución eléctrica no están legitimadas para incorporar en su Inventario Valorizado los derechos que eventual y erróneamente puedan haber cancelados a los entes administrativos. La SEC puede rechazar tales pagos y eliminarlos del VNR, incluso si con esta acción contraría en parte a un municipio o a la Dirección de Vialidad, pues es ella la autoridad sectorial encargada de supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y las normas técnicas relativas a materias eléctricas.<sup>65</sup>

Con todo, en la práctica los derechos se aplican, porque la ilegitimidad debe ser declarada por los Tribunales de Justicia.<sup>66</sup> Además, la SEC no ha sido del todo clara en su rechazo. Por esto, podría sostenerse que mientras el tema no se aclare, los derechos que sean pagados por las compañías y no sean eliminados del Inventario Actualizado por la SEC debieran ser reconocidos en la tarifa a través del VNR, cuya definición así lo exige. Sin embargo, esto no es simple de implementar ni resulta coherente con la lógica del modelo de tarificación de la distribución eléctrica adoptado por la legislación chilena. Por una parte, en lo que respecta a su implementación, se debiera establecer la forma de reconocimiento de tales derechos, tema que constituye un nuevo punto a debatir y que excede el ámbito de argumentación de este tra-

bajo.<sup>67</sup> Por otra parte, en lo que a la lógica del sistema concierne, se omitiría el hecho que la tarificación en Chile se hace de acuerdo a un modelo de empresa eficiente. La argumentación señalada asume, en cambio, una tarificación “a empresa real”, lo que, en el extremo, requeriría una modificación legal. Una enmienda a la LGSE debiera ir, más bien, en el sentido de clarificar la situación de los derechos en el VNR y eliminar la referencia a aquellos en la definición de este último.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACTAS DE LAS COMISIONES PERICIALES formadas durante los procesos de fijación del VNR 1999 y 2003, inéditas.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2001): “Naturaleza Jurídica de la comisión de peritos que fija el valor nuevo de reemplazo en materia de distribución eléctrica”. En: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, volumen III, Nº 3, pp. 771 a 774.
- BERNSTEIN LLONA, Juan Sebastián (1999): *Regulación en el sector de la distribución eléctrica*. Tesis. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, Escuela de Ingeniería, Departamento de Ingeniería Eléctrica.
- BERNSTEIN, Sebastián (2003): “Base Conceptual para la Consideración de Derechos en el VNR de las Empresas de Distribución”. En: [www.sec.cl](http://www.sec.cl)

65 El Nº 21 del artículo 3º de la ley Nº 18.410, que crea la SEC, le confiere a ésta facultades para verificar y examinar el VNR. Asimismo, de acuerdo al numeral 34 de la citada disposición, tiene la facultad de aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones a las empresas y entidades sujetas a su fijación (como por ejemplo, que no incorporen los derechos en el Inventario Valorizado).

66 La ilegitimidad puede ser planteada por diversas vías; por ejemplo, ilegalidad en el caso de las ordenanzas municipales.

67 Baste con señalar (sin fundamentar) que parece adecuado valorarlos aplicando el precio de mercado sobre la cantidad de instalaciones por la cual efectivamente se pagaron derechos en el pasado, en un horizonte temporal a determinar por la autoridad, y por la cual se continúa pagando actualmente; sólo así se reflejarán, en el precio regulado futuro, los costos en los que incurrirá la empresa durante el próximo período tarifario.

- BUSTOS, Álvaro y GALETOVIC, Alexander (2002): "Regulación por empresa eficiente: ¿quién es realmente usted?". En: *Revista Centro de Estudios Públicos*, 86 (otoño 2002).
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2001): *La actividad prestacional o de servicio público*, primera parte. Apuntes de clases para el Magíster de Derecho Público. Santiago: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- ESCOLA, Héctor J. (1990): "Compendio de Derecho Administrativo", vol. I. Buenos Aires: Depalma.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1994): "Análisis del sistema tarifario de la distribución de energía eléctrica. La fijación del 'Valor Nuevo de Reemplazo'". En: *Revista Chilena de Derecho*, volumen 21, N° 3, pp. 447 a 461.
- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio (2003): *Derecho Eléctrico*. Santiago: LexisNexis.
- FERNÁNDEZ RICHARD, José (2003): *Derecho municipal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HERRERA RAMÍREZ, Jorge (2001): *Patentes municipales*. Santiago: LexisNexis.
- LA ROCCA MATTAR, Paola (2005): *Propiedad del subsuelo urbano. De los bienes nacionales de uso público y fiscales*. Santiago: Editorial Jurídica La Ley.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1981): "Tratado de Derecho Administrativo", t. II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 3ª Edición.
- "Metodología de Cálculo del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de los Activos Físicos del Negocio de Distribución Eléctrica y Parámetros y Precios Considerados" (1995), inédito.
- MOLINA MUÑOZ, Patricio (1998): *Tarifificación eléctrica chilena a nivel de distribución*. Tesis para optar al grado de magíster en Ciencias de la Ingeniería. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2002): *El Dominio Público*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1999): *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Superintendencia De Electricidad y Combustibles (2002): "Pautas para la elaboración del informe VNR 2003. Criterios generales para la valorización de las instalaciones" (Anexo a Resolución Exenta N° 2.423/2002). En: [www.sec.cl](http://www.sec.cl)
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2005): "El contencioso administrativo en materia eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del 'Panel de Expertos'". En: *La justicia administrativa*, Juan Carlos Ferrada (coord.). Santiago: LexisNexis.
- (2004): *Derecho Eléctrico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- (2000): "Naturaleza jurídica y atribuciones de la Comisión Pericial que determina el monto del VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) de las instalaciones de distribución eléctrica". En: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, volumen II, N° 2, pp. 429 a 436.