

Potestades de la Dirección de Vialidad en las autorizaciones de uso de faja y traslado de instalaciones

Discretionary powers of the national highway administration in the use of lateral routes and in the transfer of facilities

Alfredo Francisco Vial Rodríguez*

La Dirección de Vialidad exige para el uso de los caminos públicos y sus fajas una autorización, la que a juicio de las empresas concesionarias de servicios, se opone a los derechos que les confiere su respectiva concesión. La Contraloría General de la República ha sostenido que dicha atribución de la Dirección de Vialidad es legítima, sin embargo la ha limitado. En materia de traslados y cambios de servicio, se ha innovado en cuanto a los convenios y transacciones, sin embargo, no se soluciona el problema de fondo, relativo a la disminución del impacto de las operaciones de traslado en los contratos de construcción y programas de obra.

Palabras clave: Discrecionalidad del Estado, Contraloría General de la República, Dirección de Vialidad, Autorizaciones.

The National Highway Administration (NHA) requires a special authorization for use of public roads and lateral routes, authorization considered by the concessionary companies as contrary to the rights established by the concession itself. The Contraloría General de la República (*Government Accountability Office*) has limited the powers of this authorization, even when has declared it legal. In transfer and change of service issues, the principal problem is not solved, because the high impact of the transfer operations in the construction contracts do not decrease.

Key words: Discretionary powers, Government Accountability Office, National Highway Administration, Authorizations.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado, LL.M en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica; MBA, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile; Jefe División Jurídica, Dirección Nacional de Vialidad.

Introducción

La ocupación de la faja fiscal de los caminos públicos, así como también el ámbito de competencia para la autorización de paralelismos y atravesos ha sido un tema que ha generado múltiples interpretaciones por parte de los servicios o concesiones que solicitan el uso de dicha faja, y por otra parte, de la Dirección Nacional de Vialidad. Así, el debate se ha centrado en dos estadios distintos: las condiciones y requisitos impuestos por la Dirección de Vialidad para la autorización del uso de la faja, y por otro lado, la responsabilidad del traslado de esos servicios cuando así lo requiere la obra pública.

I. De las Condiciones y Requisitos para el uso de la faja fiscal

El uso de las fajas adyacentes a los caminos públicos se realiza a través de convenios de uso, que facultan a empresas y concesionarias a utilizar este bien nacional de uso público administrado por la Dirección Nacional de Vialidad. Sin embargo, el uso de faja no ha sido un tema pacífico, ya que han existido múltiples posiciones acerca de las condiciones y requisitos bajo las cuales estas pueden ser utilizadas.

En un primer momento, la discusión versó sobre la procedencia de que la Dirección de Vialidad otorgue su autorización para el uso de las fajas a las empresas concesionarias de servicio público; luego, el debate se ha centrado en el alcance de esta autorización y las exigencias técnicas realizadas por la Dirección de Vialidad.

1. Respecto a la autorización de la Dirección Nacional de Vialidad.

El artículo 41, inciso primero, del decreto con fuerza de ley N° 850¹, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, dispone que las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo. Dentro del marco de esta competencia, la Dirección de Vialidad podrá autorizar *en la forma y condiciones que ella determine*, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la utilización de las fajas de dominio público (inciso tercero). Amparándose en este artículo, la Dirección de Vialidad exigía para el uso de los caminos públicos y sus fajas una autorización, la que a juicio de las empresas concesionarias de servicios, se oponía a los derechos que les confiere su calidad de concesionaria. Junto a lo anterior, señalaban las empresas, los requisitos contemplados para la autorización se encontraban en actos infra reglamentarios, y condicionaban el ejercicio de su concesión haciendo más gravosa su actividad, lo cual motivó una consulta a la Contraloría General de República sobre la necesidad, sentido y alcance de la autorización de la Dirección de Vialidad para el uso de las fajas de dominio público.

¹ D.F.L Núm. 850, de 1997.

Mediante Dictamen N° 65.813 de 2011, la Contraloría General de la República manifestaba que: “En ese contexto normativo, y considerando que el antes referido artículo 41 no efectúa distinción alguna en cuanto a la existencia de título previo para efectuar las instalaciones de que trata, que la regulación eléctrica exige el sometimiento de los concesionarios de distribución de energía eléctrica al resto del ordenamiento jurídico, y que en la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 19.474 –que incorporó en los términos señalados el mencionado artículo 41 del decreto con fuerza de ley N° 850, citado– se alude expresamente a la aplicación del precepto a las concesionarias eléctricas, es dable sostener que *estas requieren contar con la autorización del órgano administrador de las fajas adyacentes a los caminos públicos –Dirección de Vialidad– para la ejecución material de las obras propias de sus instalaciones en tales fajas.*

Siendo así, y en lo que atañe a las alegaciones que efectúan las empresas recurrentes, cumple con precisar que *los aspectos reclamados no se oponen a la procedencia de la autorización, sino que inciden en el contenido y alcance de la misma”.*

Se concluye entonces que la Dirección Nacional de Vialidad es el organismo llamado a autorizar el uso de las fajas de dominio público para la ejecución de obras e instalaciones en ellas, independiente de quien sea el requirente y de los derechos que detente. Lo anterior tiene lógica jurídica y técnica, ya que las fajas de los caminos públicos tienen una finalidad determinada en el DFL MOP 850, en tanto están “destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo”². Siendo el primer destino de estos bienes el estar al servicio de los caminos y existiendo un órgano encargado de cautelar ese uso, la utilización de este bien público por parte de terceros encuentra una primera limitación, que es el fin público que las fajas adyacentes cumplen. El rol de la autorización es certificar, por el organismo llamado a cautelar el correcto uso del bien público, que la utilización por un tercero de dicho bien no se opone al fin público para el cual está destinado.

2. Alcance de la autorización otorgada por la Dirección Nacional de Vialidad y exigencias técnicas que estas conllevan.

Como se indicó en el apartado anterior, las fajas adyacentes de los caminos cumplen un determinado fin público, que es servir al uso los caminos nacionales, lo que implica que su utilización requiere una autorización del órgano encargado de administrar los caminos y velar por el correcto uso de esos bienes públicos. Por lo tanto, y a modo ejemplar, no es finalidad de las fajas adyacentes el disminuir el costo de los proyectos de particulares mediante el ahorro del gasto en servidumbres.

² Artículo 41, inciso primero, DFL MOP 850, de 1997.

Ahora bien, el propio Dictamen N° 65.813 de 2011 de la Contraloría General de la República abarcó el contenido y alcance de la autorización que debe otorgar la Dirección de Vialidad³.

El Dictamen señala:

“En ese orden de ideas, es preciso tener presente que en ningún caso la autorización de que se trata puede ser entendida como título habilitante para ocupar la faja adyacente a los caminos públicos, por cuanto esa ocupación constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en conformidad al estatuto jurídico que rige esa clase de concesiones”.

Agrega también el Órgano Contralor que:

“Por consiguiente, si bien la ocupación de la franja adyacente a los caminos públicos por parte de los aludidos concesionarios eléctricos –ocupación a la que les da derecho su concesión– no puede realizarse al margen de la intervención del organismo administrador de la misma, que es la Dirección de Vialidad, a través de la referida autorización, esta solo puede tener por finalidad comprobar y verificar el cumplimiento de ciertos requisitos que garanticen que el ejercicio de ese derecho no producirá ninguna perturbación en el bien público que se pretende proteger con su regulación”.

Finaliza señalando:

“En consecuencia, la circunstancia de que el derecho que tienen las concesionarias de distribución de energía eléctrica para ocupar las fajas adyacentes de los caminos públicos, emane de la ley, implica que la autorización que debe otorgar la Dirección de Vialidad solo puede tener por objeto velar porque no se afecte el uso o finalidad principal de esos caminos y sus fajas, y la normativa pertinente, cuyo cumplimiento y fiscalización compete a esa Dirección”.

Precisa el Dictamen que, la autorización no puede extenderse a aspectos técnicos del orden eléctrico de las instalaciones, ya que esas competencias de fiscalización corresponden a la Superintendencia de Electricidad y Combustible.

En resumidas cuentas, el Órgano Contralor sostiene que el título que habilita a los concesionarios de servicios públicos para ocupar los bienes de uso público es la propia concesión y no la autorización de la Dirección Nacional de Vialidad. Esta autorización debe limitarse a la competencia de la Dirección (uso y finalidad de los caminos), sin extenderse a otros ámbitos sectoriales o técnicos, por lo cual no podrían establecerse requisitos que correspondan a la fiscalización de otros órganos especializados (por ejemplo, superintendencias).

³ “Siendo así, y en lo que atañe a las alegaciones que efectúan las empresas recurrentes, cumple con precisar que los aspectos reclamados no se oponen a la procedencia de la autorización, sino que inciden en el contenido y alcance de la misma”, Dictamen N° 65.813 (2011).

Si bien queda claro que la Dirección de Vialidad no puede condicionar la autorización de las fajas adyacentes a requisitos técnicos que escapen de las competencias de la Dirección, debiendo limitarse solo a velar por que las instalaciones no afecten la finalidad principal de las fajas y los caminos, no es menos cierto que el mandato es igualmente amplio, y con ello, los fundamentos bajo los cuales se pueden denegar y condicionar los permisos de uso de las mismas. De este modo, creemos, las causales que fundamentan las denegaciones o restricciones pueden abarcar situaciones técnicas propias del ámbito de la seguridad vial y la ingeniería de caminos, hasta motivos asociados a la correcta administración de un bien escaso, como es la faja adyacente a los caminos públicos.

Las fajas adyacentes a los caminos públicos, como ya se indicó, son bienes escasos, y su uso es apetecido por diversas empresas que ven en ellas la posibilidad de disminuir costos en los proyectos⁴. Es por lo anterior que la demanda por su utilización ha incrementado año tras año. Además, se trata de bienes públicos que están bajo constante resguardo y mantención de la Dirección de Vialidad, disminuyendo el riesgo de cualquier afectación a las instalaciones ahí ubicadas. Corresponde entonces que un buen administrador planifique la utilización de un bien escaso, y para ello –aplicado a este caso– haga exigencias a las empresas que el día de mañana permitan que futuros servicios puedan convivir en la faja. Estas condiciones permitirían que las instalaciones no afecten un futuro uso de la faja para efectos de una mejora en los caminos, y por otro lado, que distintas empresas que prestan servicios de utilidad pública puedan beneficiarse de ella. Así, a modo de ejemplo, la exigencia de un soterramiento de redes puede permitir que se realice un proyecto de agua potable rural. Creemos entonces que este tipo de exigencias –asociadas al eficiente uso del bien público– si bien no guardan relación con aspectos de ingeniería o seguridad vial, son perfectamente legítimas dentro de las competencias de la Dirección de Vialidad.

Las mayores discrepancias por parte de las empresas requirentes han surgido respecto a las condiciones que exige la Dirección de Vialidad para el desarrollo de las obras (instalaciones). Se trata de un conjunto de requerimientos que –a juicio de la Dirección de Vialidad– apuntan a asegurar el correcto desarrollo de la obra y garantizar la responsabilidad de la empresa en caso de algún perjuicio provocado a un tercero o al bien público intervenido. Estas exigencias se encuentran, en la actualidad, y principalmente, en el llamado “Instructivo de Paralelismo y Atraviesos” y otros documentos complementarios, textos de uso al interior del Servicio. Es precisamente su carácter de documento interno e infra reglamentario el primer argumento que se utiliza para señalar que su contenido no es exigible a las empresas que solicitan el uso de la faja, tratándose entonces de un texto sin fuerza vinculante. Sostienen las empresas que los instructivos de paralelismos y atravesos contie-

⁴ La principal disminución de costos proviene, entendemos, del ahorro por el pago de servidumbres que se debe realizar si no se usa la faja de los caminos públicos.

nen exigencias gravosas, no contenidas en la ley, limitando y condicionando la actividad que desarrollan, sumado a que el propio Dictamen N° 65.813 de 2011 puso en tela de juicio la fuerza obligatoria de estos oficios:

“Al respecto, y atendido que dichas exigencias son de orden general, en el sentido que no distinguen si el requirente es o no un concesionario de distribución de energía eléctrica, solo cabe reiterar, teniendo presente lo señalado precedentemente, que los requerimientos que puede realizar la Dirección de Vialidad a los concesionarios que deben ejecutar las obras de instalación de postaciones y líneas en las fajas adyacentes de los caminos públicos, solamente pueden traducirse en medidas que garanticen el uso adecuado de dichos bienes y el resguardo de la seguridad vial, y limitadas a las necesarias para obtener dichos fines, sin que puedan representar un actuar arbitrario de la autoridad administrativa, por lo que, desde ya, a juicio de esta Entidad de Control, no serían aplicables a las concesionarias de que se trata la exigencia de garantías –por cuanto no se advierte su fuente legal–, ni los plazos de duración de las autorizaciones, ya que las concesiones eléctricas se otorgan por tiempo indefinido.

Dichas exigencias eran contenidas en los convenios que firma la Dirección Nacional de Vialidad con la empresa solicitante de la autorización. Las principales objeciones de los particulares a los convenios apuntaban a la determinación de un plazo de vigencia para la autorización de uso de faja, exigencia de garantías para asegurar la correcta ejecución de las obras, que los trabajos autorizados sean realizados por empresas inscritas en el Registro de contratistas del MOP y cláusulas de responsabilidad frente a terceros. Si bien muchos de estos requerimientos siguen en la actualidad siendo objeto de debate, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ya se ha pronunciado en algunos casos.

El Dictamen N° 87.452 de 2015 se pronuncia particularmente sobre la vigencia de las autorizaciones de uso de faja, la responsabilidad de la empresa ante terceros y la presentación de la boleta de garantía como requisito para realización de las obras, lo que surge con motivo de la consulta de particulares quienes consideraban que dichas exigencias se apartaban del criterio contenido en el Dictamen N° 65.813 antes citado.

En lo concerniente a la vigencia de las autorizaciones, la alegación del recurrente –compartida por otras empresas concesionarias– que motiva el Dictamen N° 87.452 apuntaba a que el título habilitante para usar el bien público provenía de la concesión, no así de la autorización, lo cual implica que esa ocupación es un derecho propio que emana de su calidad de concesionario y que por lo tanto no puede estar sujeto a un plazo de duración fijado por la Dirección de Vialidad. La Sede de Control desechó el requerimiento del peticionario, debido a que la Dirección de Vialidad modificó la cláusula del convenio, pero reiterando a la Dirección la imposibilidad de someter a un plazo determinado la autorización respectiva. En la actualidad el convenio de uso de faja no señala un plazo para las autorizaciones, sino que indica que

estarán vigentes mientras se mantengan las condiciones técnicas bajo las cuales la instalación fue autorizada⁵.

En lo relativo a las cláusulas de responsabilidad por daños a terceros y la exigencia de boletas de garantía, el Dictamen N° 87.452 señaló que las antedichas estipulaciones no se ajustaban a derecho, por no encontrar fundamento legal que las respalde. De igual forma, señala el aludido dictamen, estas cláusulas no tendrían por finalidad directa asegurar el correcto uso del camino, sus fajas adyacentes o la seguridad vial.

“Por otra parte, en lo que atañe a las demás cláusulas por las que se reclama, relativas a la responsabilidad por daños a terceros y al requerimiento de boletas de garantía para asegurar la correcta ejecución de las obras, cumple con manifestar que de su examen *no se advierte que estas cuenten con fundamento legal, ni que tengan por finalidad directa asegurar el uso apropiado de los caminos y sus fajas, o el resguardo de la seguridad vial*, lo cual es sin perjuicio de que conforme al inciso cuarto del citado artículo 41, la Dirección de Vialidad no tendrá responsabilidad u obligación alguna por el mantenimiento y conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones. Adicionalmente, en relación a la última de las mencionadas exigencias, es menester precisar que *el citado dictamen N° 65.813, de 2011, se refiere en términos generales y sin distinciones a la improcedencia de requerir garantías*, de modo que, a diferencia de lo que parece entender ese servicio, resulta plenamente aplicable al caso en comento”.

Como puede observarse, se hace especial referencia a la situación de las boletas de garantía, indicando el máximo órgano de control que la distinción realizada por la Dirección de Vialidad –entre boletas de garantía mientras dure la vigencia de la concesión y boletas de garantía para cautelar el fiel cumplimiento de la obra– no era procedente, ya que el Dictamen N° 65.813 no estable esa diferencia. En resumidas cuentas, no se podía exigir garantías a los particulares que solicitaran el uso de la faja adyacente (al menos a los concesionarios).

Posteriormente, la Dirección Nacional de Vialidad solicitó reconsideración de este pronunciamiento, sosteniendo, en lo esencial, que las exigencias contenidas en los convenios de uso de faja no eran arbitrarias, ya que apuntan a resguardar un bien jurídico como es el uso apropiado del camino, el que se cumplan las exigencias de ingeniería vial, el resguardo a la seguridad vial, entre otros. En otras palabras, las cuestionadas cláusulas establecidas en los convenios –se indicó en la reconsideración– tienen por finalidad asegurar

⁵ A modo ejemplar, uno de los convenios señala: “El permiso de uso antes referido entrará en vigencia a contar de la fecha de la Resolución que aprueba el presente convenio y se mantendrá vigente en tanto la concesionaria eléctrica mantenga esta calidad y se cumplan las condiciones bajo las cuales La Dirección aprobó el uso de la faja y las instalaciones no contravengan lo dispuesto en el inciso 4 del artículo N° 41, del decreto con fuerza de ley N° 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas”.

el uso apropiado de los caminos y sus fajas, además de contar con norma expresa que facultaría para exigir boletas de garantías y a condicionar las autorizaciones en ciertas circunstancias. Entiende la Dirección de Vialidad que se cuenta con un fundamento legal, el que se encontraría en los artículos 36 inciso segundo y 41 inciso tercero del DFL MOP 850. Efectivamente, el artículo 36 inciso segundo señala:

“Cuando una Municipalidad, empresa o particular necesiten hacer en los caminos obras que exijan su ocupación o rotura, deberán solicitar permiso de la Dirección de Vialidad, quien podrá otorgarlo por un plazo determinado y siempre que el solicitante haya depositado a la orden del Jefe de la Oficina Provincial de Vialidad respectiva la cantidad necesaria para reponer el camino a su estado primitivo”.

Por su parte, el artículo 41, ya comentado en párrafos anteriores, faculta a la Dirección de Vialidad a –en palabras de la Contraloría– autorizar en la *forma y condiciones que ella determine*, con cargo a sus respectivos propietarios, y *previo pago de los derechos correspondientes*, la obras que se detallen y, en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esa ley. De la sola lectura de ambos preceptos es posible concluir que la Ley faculta al administrador de la faja a imponer condiciones y realizar exigencias siempre que busquen cautelar el corrector uso del bien de dominio público. Asimismo, faculta a exigir garantías que tengan por finalidad responder por la correcta ejecución de la obra y reparar los daños producidos al camino durante su ejecución.

De esta forma, y mediante Dictamen N° 74.738 de 2016, la Contraloría General complementa los Dictámenes N° 65.813, de 2011, y 87.452 de 2015. Señala así el Dictamen N° 74.738 de Octubre 2016:

“No obstante lo anterior, y teniendo presente lo previsto en el aludido artículo 36, es posible también colegir que la ocupación o rotura de caminos públicos derivadas de la ejecución de obras –incluidas aquellas vinculadas con concesiones de servicios intermedios– requiere del respectivo permiso de la Dirección de Vialidad, la que, en ese contexto, se encuentra facultada para fijar los plazos de tales trabajos y a exigir, previo a su otorgamiento, la entrega de una garantía que caucione la reposición del camino a su estado anterior.

En tales condiciones, y frente a la problemática planteada, esta sede de control no advierte impedimento de orden jurídico para que esa dirección, en el marco del referido artículo 36, solicite el otorgamiento de garantías que tengan por exclusiva finalidad asegurar la correcta ejecución de las obras, y en la medida, por cierto, que tal requerimiento no constituya una limitación arbitraria al ejercicio de los derechos que derivan de la respectiva concesión”.

La Contraloría General genera respuesta, accediendo a la reconsideración presentada por la Dirección de Vialidad, pero utilizando como respaldo normativo el artículo 36 del DFL MOP 850, el que a la fecha había sido obviado del debate. Reitera la Sede de Control que el artículo 41, al señalar que la Dirección de Vialidad puede autorizar las obras bajo la *forma y condiciones que ella determine*, debe limitarse a “medidas que garanticen el uso adecuado de dichos bienes y el resguardo de la seguridad vial, y limitadas a las necesarias para obtener esos fines, sin que puedan representar un actuar arbitrario de la autoridad administrativa”, por lo cual de dicha norma no se puede interpretar la facultad de exigir garantía alguna. Distinto sería el caso del artículo 36, el que otorga la facultad a la Dirección de exigir garantías siempre que estas tengan como única finalidad *asegurar la correcta ejecución de las obras*.

II. Responsabilidad del Traslado de las instalaciones si así lo amerita la obra pública.

Por otra parte, en relación a si resulta procedente que el costo del traslado de instalaciones eléctricas y sanitarias, ubicadas en las fajas adyacentes de caminos públicos sea asumido por las respectivas empresas, cuando ese traslado ha sido dispuesto por la Dirección de Vialidad, el Dictamen N° 65.813 de 2011 de la Contraloría General de la República también reconsideró la interpretación que debía otorgarse al artículo 41 inciso final del DFL MOP 850. En efecto, las empresas concesionarias de servicios eléctricos y sanitarios contaban con articulado especial que especificaba que los traslados de esas instalaciones correspondían al solicitante, vale decir, el interesado, el estado o el organismo que lo requiera⁶. El aludido dictamen señala:

“En efecto, respecto del primer punto (traslado de instalaciones), solo cabe agregar que el artículo 41, objeto de análisis, constituye una norma especial, posterior a los artículos 124 y 46, antes citados, referido a una clase particular de bienes, como son los caminos públicos y sus fajas adyacentes, y a un órgano con competencia específica sobre esos bienes en orden a velar por la seguridad vial, es decir, se trata de una competencia que no se extiende a los aspectos técnicos eléctricos ni sanitarios, sino al correcto emplazamiento de las respectivas instalaciones, desde la perspectiva de la seguridad de los usuarios de la vía.

Siendo, entonces, una facultad legal expresa de la Dirección de Vialidad, exigir el traslado de las instalaciones eléctricas y sanitarias, cuando ello sea necesario para el ejercicio de sus competencias, y *existiendo una norma legal especial que regula explícitamente que ese traslado es de cargo del respectivo propietario, carecen de fundamento las alegaciones en orden a que ello alteraría el régimen concesional de esos propietarios*”.

⁶ Artículo 124, inciso segundo, del DFL N° 4/20.018, de 2006 y artículo 46 del DFL N° 382, de 1988.

Asimismo, el pronunciamiento de la Contraloría General da solución al eventual conflicto de temporalidad, considerando la data del artículo 41 del DFL MOP 850 y una probable infracción al principio de irretroactividad de la ley.

“Por otra parte, y en lo relativo al segundo punto, esto es, a la aplicación temporal del inciso final del artículo 41, corresponde reconsiderar lo señalado por la referida jurisprudencia –en cuanto estimó que ese precepto solo regía para los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad respecto de instalaciones de concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 19.474–, por cuanto dicha norma en su carácter de disposición de Derecho Público, rige *in actum*, lo que significa que desde su publicación afecta a todas aquellas situaciones comprendidas en el ámbito de su regulación.

Asimismo, es necesario precisar, en relación a lo señalado por los recurrentes y a lo expresado en la jurisprudencia que se reconsidera, que la aplicación del artículo 41, inciso final, citado, a las instalaciones de los concesionarios eléctricos o sanitarios, sin considerar la fecha de otorgamiento de la respectiva concesión, no puede estimarse una infracción al principio de irretroactividad de las leyes, ya que solo rige para los traslados ordenados por la autoridad a contar de su entrada en vigencia, sin afectar aquéllos dispuestos con anterioridad a esa data”.

Desde la emisión del Dictamen N° 65.813, todos los traslados de instalaciones, son realizados mediante la fórmula de valores pro forma o mediante el artículo 51 del DFL MOP 850 son cargo al *respectivo propietario* de las instalaciones, independiente de la data en que se haya otorgado la autorización para el uso de la faja adyacente.

Lo anterior ha devenido en un procedimiento para el traslado de las instalaciones durante el desarrollo de las obras. Esto se debe a que ha existido negativa de muchos propietarios de instalaciones a realizarlo en las fechas requeridas, así como también ante la imposibilidad técnica⁷ o la falta de disponibilidad financiera de los titulares para realizar las obras civiles necesarias para el traslado. Con la finalidad de no detener el desarrollo de la obra pública, con el consiguiente perjuicio para el programa de trabajo y aumento en los gastos generales de las empresas contratistas, se requiere un presupuesto a la empresa titular de las instalaciones. Dicho presupuesto es aprobado y posteriormente realizado por un tercero (vía valor pro forma), emitiendo la factura respectiva a nombre del MOP. La factura sirve luego de título ejecutivo para ser cobrada judicialmente por el Consejo de Defensa del Estado.

En la actualidad, y ante los múltiples juicios interpuestos se han firmado transacciones con distintas concesionarias y empresas de servicio, las que

⁷ En algunos casos se requieren empresas especializadas que no están disponibles, programar el corte de un servicio básico o generar proyectos de ingeniería en plazos acotados.

dan solución a las actuales demandas y prevén evitar litigios futuros mediante el pago de un porcentaje del costo efectivo del traslado.

Conclusiones

El uso de la faja fiscal y las potestades que sobre ella ejerce la Dirección Nacional de Vialidad ha generado un debate cuyo desarrollo se ha debido, principalmente, a la evolución que sobre ese tema han generado los dictámenes de la Contraloría General de la República. En ellos, hemos podido observar cómo se han ido delimitando las facultades de la Dirección de Vialidad, en tanto establecen el margen de acción que esta tiene y fijan la naturaleza de los requisitos y condiciones que este Órgano de la Administración del Estado puede exigir a los particulares. Este ejercicio jurisprudencial se ha realizado por el Órgano Contralor tomando como base la escasa normativa administrativa y técnica que existe sobre el particular, normativa que por lo demás no resulta armónica entre sí, y, por qué no decirlo, es francamente contradictoria en lo referente a la responsabilidad por los cambios de servicio.

Tal vez, lo más llamativo en materia de autorizaciones de uso de faja es que a la fecha no ha existido modificación a las normas mencionadas y que de una u otra forma regulan este tema (D.F.L N° 850 de 1997, D.F.L N° 4/20.018 de 2006, D.F.L N° 382 de 1988). Por ello, el ejercicio de interpretación sistemática –llevado a cabo por la Contraloría– ha otorgado primacía a la normativa de obras públicas por sobre los otros cuerpos normativos. Sin embargo, esta primacía es solo aparente, ya que esta línea de interpretación no ha permitido superponer criterios de eficiencia en la administración de la faja por sobre intereses sectoriales. Tampoco ha permitido otorgar prioridad a criterios técnicos viales ante otras normas técnicas. Muy por contrario, se ha mandado al Órgano llamado a tutelar la correcta administración del bien público –la Dirección de Vialidad– a permitir la convivencia con las otras leyes especiales de mercados regulados (Normativa sanitaria, eléctrica, telecomunicaciones, etc.).

Creemos que en líneas generales y de la lectura de los dictámenes citados en este texto, la Contraloría ha realizado una interpretación que ha dado cuenta de la carencia de normas que expresamente facultan a la Dirección de Vialidad para fijar mayores estándares técnicos u optimizar un mejor uso de un bien fiscal escaso y altamente demandado. Se trata de dictámenes en que, si bien se han reconocido las potestades de Vialidad sobre la faja en materia técnica –fijando un criterio de especialidad sobre otras normas sectoriales–, no ha existido una interpretación que se abra a la posibilidad de que esas potestades puedan ejercerse con la finalidad de optimizar el uso del bien público.

No obstante ello, creemos que bajo la normativa vigente, y realizando una interpretación adecuada de conceptos existente en el D.F.L N° 850 tales como *“en la forma y condiciones que ella determine”* y otorgando contenido al precepto que señala que las fajas *“están destinadas principalmente al*

uso de las obras del camino respectivo”, es posible permitir a la Dirección Nacional de Vialidad disponer exigencias a las empresas que apunten a una administración eficiente de la faja fiscal. No se trata de facultar a este servicio público para que realice cualquier tipo de exigencia arbitraria, sino que para fijar requisitos –cuando sea técnicamente demostrable– que hagan posible un sustentable uso de la faja de los caminos públicos.

En materia de traslados y cambios de servicio, tal vez la mayor innovación se ha producido con motivo de los convenios y transacciones. Creemos que si bien este tipo de instrumentos representan un gran avance en la disminución de los litigios con motivo de los cambios de servicio, no solucionan el problema de fondo, el que está dado principalmente por los impactos que estas operaciones de traslado generan en la línea crítica de los contratos de construcción y en los programas de obra. Esas pérdidas no son absorbidas por las empresas que utilizan las fajas –tal vez es correcto que así sea– por lo que ante la negativa del MOP a pagar los mayores gastos generales a los contratistas, se generan demandas contra el fisco. Otro tanto sucede en los contratos de concesión de obra pública, donde las bases de licitación pueden otorgar un tratamiento especial a estas materias.

Normativa citada

- D.F.L N° 850, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n° 15.840, de 1964 y del DFL. N° 206, de 1960. *Diario Oficial*, 25 de febrero de 1998.
- D.F.L N° 4/20.018, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 1, de minería, de 1982, Ley general de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica. *Diario Oficial*, 5 de febrero de 2007.
- D.F.L N° 382, Ley General de Servicios Sanitarios. *Diario Oficial*, 21 de junio de 1989.

Jurisprudencia administrativa citada

- Dictamen N° 65.813 (2011): Contraloría General de la República, 18 de octubre de 2011.
- Dictamen N° 87.452 (2015): Contraloría General de la República, 4 de noviembre de 2015.
- Dictamen N° 74.738 (2016): Contraloría General de la República, 11 de octubre de 2016.