

REPUBLICA DE CHILE
COMISION PREVENTIVA CENTRAL
Agustinas 853,piso 12
Santiago

C.P.C. N° 1087 /

ANT: Denuncia de la Cámara de Comercio de Talca A.G. y otros.
ROL N° 109-98 (C.P.C.)

MAT: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 19 NOV 1999

I.- Mediante la presentación señalada en el antecedente, la Cámara de Comercio de Talca, A.G., representada por su Presidente, don Silvio Rodríguez Villalobos, ambos domiciliados para estos efectos en calle Agustinas N° 1442, Oficina 406, Santiago; la Asociación de Dueños de Camiones de Talca, representada por don Héctor Bruna Ramírez, ambos domiciliados en 4 Norte 3 Oriente N° 1.400, Talca; la Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule, Fetram, representada por don José Muñoz Retamal, ambos domiciliados 3 Sur N° 2133, Talca, la Cámara de Comercio, Turismo e Industrias de Linares A.G., representada por doña Bibiana Urrutia Ferrada, ambos domiciliados en Maipú N° 240 Linares, han recurrido ante los Organismos Antimonopolios, solicitando: a la Comisión Preventiva Central declarar que el contrato de concesión de la Ruta 5 Tramo Talca - Chillán, aprobado por el D.S. MOP N° 21, de 12 de enero de 1996, de ese Ministerio, atenta contra la libre competencia y tiene el carácter monopólico y al Sr. Fiscal Nacional Económico requerir a la H. Comisión resolutive el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, y para en definitiva, disponer que el contrato de concesión antes señalado es atentatorio a la libre competencia y ponerle término conforme sus facultades, en especial la del artículo 17, letra a), N° 1 del Decreto Ley N° 211.

Fundamentan su presentación en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1.- El Ministerio de Obras Públicas de conformidad al artículo 87 del DFL N° 850, de 1997, inició el proceso de precalificación y posterior **licitación para la construcción, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada " Concesión Ruta 5 Sur tramo Chillán"**.

Este proceso tuvo como fundamento a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, actual Decreto Supremo del MOP N° 900 de 1996, y al Reglamento de Concesiones contenido en el Decreto Supremo N° 240 de 1991.

Mediante Resolución DGOP N° 574, de 23 de junio de 1995, se aprobaron las Bases de Precalificación para la inscripción en el Registro Especial Internacional para la concesión de la Ruta 5 Sur Talca - Chillán.

Por Resolución DGOP N° 1168, de 13 de noviembre de 1995, se aprobaron las Bases de Licitación de la concesión.

El 18 de octubre de 1995, se publicó en el Diario Oficial el llamado a licitación del proyecto de concesión Ruta 5 Sur tramo Talca - Chillán, que tenía por objeto la ejecución, conservación y explotación de las obras públicas comprendidas entre los kilómetros 221,490 y 413,800 de la ruta 5 Sur.

Con fecha 11 de diciembre de 1995, se procedió a efectuar la apertura de las ofertas técnicas y posteriormente, con fecha 27 de diciembre del mismo año, se realizó la apertura de las ofertas económicas.

Por Decreto Supremo MOP N° 21, de fecha 12 de enero de 1996, se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de las obras públicas fiscales comprendidas entre los kms. 221,490 y 413,800 de la ruta 5 Sur, al consorcio licitante formado por las sociedades Ferrovial Chile Ltda., Inversiones Portafolio S.A., Inversiones Capital Investments Chile Ltda., Empresa Constructora Delta S.A., Cruz Blanca S.A., las que constituyeron la sociedad concesionaria " Ruta 5 Tramo Talca Chillán S.A.". Dicho Decreto Supremo fue publicado en el Diario Oficial de fecha 13 de marzo de 1996".

2.- Manifiestan que son partidarios del sistema de concesiones en materia de infraestructura; éste ha permitido que desde el año 1992, se desarrollen nuevas obras como el túnel El Melón, Camino de la Madera, Ruta del Itata etc., permitiendo que el MOP pueda cumplir con la reparación de rutas secundarias transversales, y a los particulares intervenir en esta importante área económica. Todas estas obras tienen alternativas para los usuarios.

Agregan, que el tramo de la ruta 5 sur otorgado en concesión, es la única vía nacional con la que cuenta el país, la que además, en muchos casos es la única vía de tipo local entre las distintas ciudades de una misma región.

Que se ha anunciado, a través de los medios de comunicación o directamente a los usuarios de la vía, que en un tiempo próximo se iniciará el cobro por el uso de esta ruta, mediante peajes troncales, ubicados en la ruta misma, y peajes de acceso a las diferentes ciudades.

Señalan que la ruta 5 Sur es un bien nacional de uso público, por medio del cual el Estado cumple su finalidad de "bien común" constitucional al proveer las vías públicas libres a los habitantes.

Estiman que si la concesión hubiese sido para la construcción de una nueva ruta, alternativa a la actual ruta 5 Sur, pública y libre, estarían plenamente de acuerdo, ya que ello contribuiría a un mayor desarrollo de la zona, pero que tratándose de la única ruta, traerá consigo un alza de los costos de pasajes y fletes, consiguientemente, alzas de los precios de los bienes de consumo, perjudicando a los habitantes de las provincias de Talca, Linares, Cauquenes y Ñuble.

Expresan que la ruta 5 Sur en esta zona, es la única vía de movilización, no existiendo otras posibilidades de desplazamiento eficiente por otros medios como el tren o el avión. Existiendo en este sentido un monopolio de la Ruta 5 Sur en las opciones de transporte, el que es absoluto respecto del transporte terrestre.

Invocan al artículo 4° del Decreto Ley N° 211, que señala: " no podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios". Agregando su inciso segundo que sólo por ley, puede reservarse a instituciones del sector público el monopolio de tales actividades.

Agregan que el obrar del Ministerio de Obras Públicas, si bien puede encontrarse conforme a la legislación específica sobre caminos y concesiones de infraestructura, no es menos efectivo que ha vulnerado la legislación relativa a la libre competencia, ya que ha establecido un monopolio a favor de una empresa privada, respecto de una vía de la cual no existe alternativa alguna.

Por último, enfatizan, que en el convenio respectivo el Estado se ha comprometido a no realizar él, y a no entregar a terceros la opción de rutas alternativas durante el período de la concesión (12años).

A esta presentación la Comisión Preventiva Central, con fecha 26 de octubre de 1998, solicita informe del Sr. Fiscal Nacional Económico.

Con fecha 16 de marzo de 1999, el Sr. Fiscal Nacional Económico, solicitó mediante oficio N° 108 al Sr. Ministro de Obras Públicas un informe al tenor de lo expuesto por los denunciantes.

II.- Por oficio Ord. N° 1272, de fecha 3 de mayo de 1999, el Sr. Ministro de Obras públicas, informó al tenor de lo solicitado, remitiendo el informe del Sr. Fiscal del MOP, oficio N° 06666, de 29 de abril de 1999, este analiza la presentación de los denunciantes señalando:

1.- En primer término precisó el desarrollo administrativo de la concesión de la Ruta 5 Sur tramo Talca – Chillán, para lo cual estableció la cronología de las actuaciones cumplidas sobre la materia, por esa Secretaria de Estado.

De conformidad con el artículo 87° del DFL MOP N° 850, de 1997, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N° 206, de 1960, Ley de Caminos, el Ministerio de Obras Públicas inició un proceso de precalificación y posterior licitación para la construcción, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada Concesión Ruta 5 Tramo Talca - Chillán.

Dicho proceso se rigió por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 164, de 1991, hoy Decreto Supremo MOP N° 900, de 1996, y por el Reglamento de Concesiones contenido en el Decreto Supremo N° 240, de 1991.

Mediante Resolución DGOP N° 574, de 23 de junio de 1995, se aprobaron las Bases de Precalificación para la inscripción en el Registro Especial Internacional para la Concesión de la Ruta 5 Tramo Talca - Chillán y las Circulares Aclaratorias N° 1 al N° 5.

Por Resolución DGOP N° 1168, de fecha 13 de noviembre de 1995, se aprobaron las Bases de Licitación de la Concesión y la Circular Aclaratoria N° 1.

Las Circulares Aclaratorias N° 2 y N° 3 fueron aprobadas por Resolución DGOP N° 1213, de fecha 24 de noviembre de 1995, y las N° 4 y N° 5 por Resolución DGOP N° 1307, de fecha 18 de diciembre de 1995.

Con fecha 18 de octubre de 1995, y de acuerdo a la normativa vigente se publicó en el Diario Oficial N° 35.294, el llamado a licitación del proyecto de concesión Ruta 5 Tramo Talca – Chillán que tenía por objeto la ejecución, conservación y explotación de las obras públicas comprendidas entre los kilómetros 221,490 y 413,800 de la ruta Sur.

Con fecha 11 de diciembre de 1995, se procedió a efectuar la apertura de las ofertas técnicas y posteriormente, con fecha 27 de diciembre del mismo año, se realizó la apertura de las ofertas económicas.

Por Decreto Supremo MOP N° 21, de fecha 12 de enero de 1996, se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de las obras públicas fiscales comprendidas entre los kilómetros 221,490 y 413,800, de la Ruta 5 Sur, denominadas Concesión Ruta 5 Tramo Talca – Chillán, al consorcio licitante formado por las sociedades Ferrovial Chile Limitada, Inversiones Portafolio S.A., Inversiones Capital Investment Chile Ltda., Empresa Constructora Delta S.A. y Cruz Blanca S.A., las que constituyeron la sociedad concesionaria " RUTA 5 TRAMO TALCA-CHILLAN S.A."

Hace presente que el Decreto Supremo fue publicado en el Diario oficial N° 35.416, de fecha 13 de marzo de 1996.

Con fecha 30 de agosto de 1996, mediante Decreto supremo MOP N° 652, se modificó el régimen legal del contrato de concesión para aplicar a éste todas y cada una de las normas establecidas en la Ley N° 19.460, modificatoria del DFL MOP N° 164, de 1991, cuyo texto actual fija el D.S. MOP N° 900, de 1996. Dicho Decreto se publicó en el Diario Oficial N° 35.643, con fecha 17 de diciembre de 1996.

Por último, mediante Decreto Supremo MOP N° 675, de fecha 29 de mayo de 1998, se modificó el contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada Concesión Ruta 5 Tramo Talca –Chillán, aprobándose el convenio complementario suscrito entre la Dirección General de Obras Públicas y la sociedad concesionaria Ruta 5 tramo Talca - Chillán S.A., con fecha 8 de mayo de 1998. Este Decreto se publicó el 11 de Agosto de 1998.

Hace presente, que todos los actos administrativos precitados, cumplieron en su oportunidad con el trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República.

2.- Analiza la presentación de los denunciantes , sosteniendo que en esta materia el Ministerio de Obras Públicas sólo ha ejercido las atribuciones y facultades que le confiere el ordenamiento jurídico actualmente vigente, en su carácter de autoridad encargada de otorgar la construcción, conservación y explotación de obras públicas, mediante el sistema de concesiones.

Detalla la normativa aplicable al contrato de concesión de obra pública, señalando que los contratos de obra pública y, en particular el contrato de la concesión de obra pública fiscal denominada Concesión Ruta 5 Tramo Talca Chillán, se rigen por un conjunto de normas jurídicas de rango legal, reglamentario y administrativo- que son las fuentes de derechos y obligaciones de las partes (Estado de Chile y sociedad concesionaria). Estas normas se encuentran señaladas en el artículo 2° del Reglamento de Concesiones contenido en el Decreto Supremo N° 240 , de 1991, que establece el régimen jurídico de los contratos de concesión. Este conjunto de normas regulan el contrato de concesión, por medio del cual el Ministerio de Obras Públicas encarga a la sociedad concesionaria la construcción y conservación de las obras públicas indicadas en las bases de licitación a cambio de la explotación de ésta mediante el cobro de tarifas o peajes a los usuarios de la concesión. Rige además entre el Estado de Chile y la sociedad concesionaria, como en todo contrato válidamente celebrado, el principio de autonomía de la voluntad, establecido en el artículo 1.545 del Código Civil que indica : " Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

3.- Precisa que el Ministerio de Obras Públicas –Dirección de Vialidad- tiene la competencia sobre los caminos públicos y, en particular, sobre la Ruta 5 Sur.

Los denunciantes señalan que se ha entregado en concesión la única vía nacional con que cuenta el país, la que en muchos casos es la única vía de tipo local entre las distintas ciudades de una misma región, estableciendo por una parte, una suerte de propiedad sobre la vía y, por la otra, una prohibición o limitación para el Estado para entregar en concesión esta obra pública.

3.1- Sobre el particular, esa Secretaria de Estado expresa que hay que tener presente la naturaleza jurídica de los caminos y a quién compete su administración. Señala : el artículo 589 del Código Civil define los bienes nacionales como aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda, agregando que si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

A su vez, la Ley del Ministerio de Obras Públicas contenida en el DFL MOP N° 850, de 1997, define los caminos públicos en su artículo 24 señalando, en la parte que interesa, que: " **Son caminos públicos las vías de**

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

De acuerdo al artículo 25 de la misma ley, los caminos públicos se clasifican en caminos nacionales y regionales. Son caminos nacionales, de acuerdo al cuerpo legal antes citado, el **Camino Longitudinal**, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados como tales por el Presidente de la República.

A su vez la Ley del Ministerio de Obras Públicas y el DFL N° 206, de 1960, Ley de Caminos, señala la autoridad que tiene a cargo la administración de los caminos públicos: la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas. El artículo 42, inciso 1° de dicho cuerpo legal señala 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".

3.2- Se refiere a la concesión sobre los bienes nacionales de uso público, el artículo 1° de la Ley de Concesiones admite expresamente que se otorgue la concesión el uso y el goce de los bienes nacionales de uso público, carácter como se indicó, presenta al Camino Longitudinal. Tratándose de caminos públicos, esa Secretaría de Estado puede adoptar dicha medida en forma directa, conforme resulta de lo prescrito en el artículo 32 de la Ley de Concesiones considerado en relación con el antes transcrito artículo 42, inciso 1°, de la ley Orgánica de ese Ministerio.

4- Precisa que el Ministerio de Obras Públicas tiene la facultad privativa de entregar en concesión toda obra pública a cambio de su explotación.

La Ley del Ministerio de Obras Públicas, establece diferentes modalidades para la ejecución de las obras públicas que lleve a efecto esa Secretaría de Estado. El artículo 87, inciso 1°, señala: "**Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicio que se convengan.** Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años."

A su vez, el artículo 88 del mismo cuerpo legal señala que las concesiones que se otorguen se regirán por las normas del D.S. MOP N° 900, de 1996, Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento y las bases de licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.

Señala, que vistas las normas precedentes, se puede concluir inequívocamente que el Ministerio de Obras Públicas tiene la facultad para ejecutar obras públicas fiscales mediante el Decreto Supremo N° 21, de fecha 12 de enero de 1996, que adjudicó la obra pública fiscal denominada Concesión Ruta 5 Tramo Talca-Chillán, se ajustó plenamente a la normativa vigente sobre concesiones de obras públicas, decreto supremo que fue tomado razón por la Contraloría General de la República, previo a su publicación en el Diario Oficial, por lo que no se puede pretender

desconocer un contrato legalmente celebrado entre el Estado de Chile y la sociedad concesionaria.

El sistema de concesiones de obras públicas consiste en construir, conservar o reparar una obra pública fiscal, obteniendo el concesionario como contraprestación, la explotación de ella o sobre los bienes nacionales de uso público o fiscales para las áreas de servicio.

En el referido marco el Ministerio de Obras Públicas podría incluso otorgar en concesión sólo la conservación o mantención de una determinada obra pública fiscal a cambio de su explotación, sin realizar obras nuevas. Según se consagra en el artículo 39° de la Ley de Concesiones –D.S. MOP N° 900, de 1996- que, a propósito de la definición de obra pública señala: “Para los efectos de esta ley, se entenderá por **obra pública fiscal cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación** o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar la áreas de servicios que se convengan.”

La concesión otorgada por el Ministerio de Obras Públicas en el Tramo Talca-Chillán, comprendió la ejecución de obras nuevas como se desprende del numeral 4 del Decreto Supremo N° 21, de fecha 12 de enero de 1996, en efecto, dicho numeral establece, que el concesionario construirá, explotará y conservará las obras que al efecto se individualizan pormenorizadamente en la bases técnicas del contrato.

5.- Señala que el contrato de concesión es conmutativo e implica que el concesionario recupera la inversión realizada a través de la explotación de la obra. Precisa que la autoridad competente sobre los caminos públicos es el Ministerio de Obras Públicas, quien de acuerdo a la legislación vigente está investido de la facultad para otorgar en concesión la construcción, conservación o reparación de obras públicas a cambio de su explotación temporal, no siendo válida la exigencia de contemplar una carretera paralela a la obra vial concesionada.

5.1- La normativa aplicable a la tarificación caminera mediante peajes emana del artículo 3° de la Ley N° 14.999, de 1962, que facultó al Presidente de la República para establecer peajes en los caminos, túneles y puentes que estime conveniente. Este artículo está reiterado en el artículo 75 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas que establece en su inciso primero: “**El Presidente de la República podrá establecer peajes en los caminos, túneles y puentes que estime conveniente, fijando su monto** y pudiendo determinar los vehículos que no pagarán esta contribución.” Dicha norma se relaciona con el número 5° del artículo 29 de la misma ley, que señala como funciones del Director de Vialidad la de **proponer al Presidente de la República las tarifas de peaje** a que se refiere el artículo 75 de esa ley.

De tales normas emana la facultad privativa y excluyente del presidente de la República para fijar peajes o tarifas en los caminos públicos y, por lo tanto, en el Camino Longitudinal o Ruta 5, razón por la cual el decreto supremo que adjudica las obras públicas fiscales para ser construidas, conservadas o reparadas a cambio de la explotación temporal, es firmado por el Presidente de la República.

Por lo demás la Ley de Concesiones consagra el derecho del concesionario a cobrar la tarifa o peaje como contraprestación a las construcciones e inversiones realizadas. El artículo 11° establece: “ **El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios**

adicionales expresamente estipulados. El concesionario no estará obligado a establecer exenciones a favor de usuario alguno."

Es más, la Ley N° 19.460, de 1996, que modificó la ley de Concesiones, incluyó una nueva disposición que establece sanciones al usuario de la obra cuando incumpla el pago de su tarifa o peaje. Corresponde al artículo 42 de la Ley de Concesiones y establece: "**Cuando un usuario de una obra dada en concesión incumpla el pago de su tarifa o peaje, el concesionario tendrá derecho a cobrarla judicialmente.**"

6.- El Ministerio de Obras Públicas señala, que no existe obligatoriedad de habilitar caminos alternativos a las vías concesionadas y, por lo tanto, la inexistencia de ellos no vulnera la garantía constitucional de trasladarse de un lugar a otro de la República. La Constitución política del Estado establece en la letra a) del N° 7 del artículo 19 que: " Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de un lugar a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros". La misma disposición constitucional que se supone infringida sustenta el cobro de peajes aún cuando no existan vías alternativas, ya que garantiza el derecho de toda persona de trasladarse de un lugar a otro de la República y de entrar o salir de su territorio, pero condicionándolo -por norma constitucional- a que se " guarden las normas establecidas en la ley", esto es que se respeten las normas legales.

Agrega, que no es deber del Estado otorgar a los usuarios una vía alternativa sin costo cuando se establezca una tarificación vial y, por tanto, no puede sostenerse que las autoridades incurran en alguna ilegalidad al omitir la existencia de aquélla. No existe ninguna norma constitucional, legal, reglamentaria ni administrativa que obligue al Presidente de la República ni a ninguna autoridad competente a asegurar a los usuarios la existencia de una vía gratuita alternativa a aquélla tarificada, por lo que no hay motivo de inconstitucionalidad ni de ilegalidad alguna. Asevera que así lo ha resuelto la jurisprudencia judicial conforme a los fallos que se acompañan al informe en comento.

Concluye haciendo presente que la inexistencia de tarifas en un vía pública, o bien, el establecimiento de una determinada tarifa, no constituye, en caso alguno, un derecho adquirido por los usuarios de la misma, conforme también lo ha resuelto la jurisprudencia judicial, pues el único derecho que tienen los habitantes es el de usar las vías de comunicación en la forma que determinen las leyes.

7.- El Ministerio de Obras Públicas señala que la adjudicación del contrato de concesión Ruta 5, Tramo Talca-Chillán no vulnera las normas del Decreto Ley N° 211 de 1973. Precisa: la autoridad ha establecido requisitos objetivos y uniformes que regirán el proceso de licitación, de forma tal que todo aquél que los cumpla podrá competir libremente por la adjudicación del contrato de concesión. De esta forma, si bien no existirá competencia una vez que se adjudique el contrato de concesión, en virtud de las condiciones que regulan la licitación, se garantiza que el precio por pasada es el menor posible a ofrecer a los usuarios.

Concluye señalando que ese Ministerio otorgó la concesión de la obra pública fiscal denominada Concesión Ruta 5 Tramo Talca-Chillán de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que regulan estas materias,

estimando en consecuencia que la solicitud del reclamante debe ser desestimada.

8.- Por último señala que el cobro de tarifas en la plaza de peaje de Río Claro y en las demás plazas de peaje de la concesión Ruta 5, Tramo Talca-Chillán, es legal y su aplicación es general y no discriminatoria. La sociedad concesionaria ofreció en su oferta técnica la instalación de dos plazas de peaje troncales, con cobro bidireccional, en la ruta concesionada: Plaza de Peaje Longaví y Plaza de Peaje Panguilemo. Esta última ubicada originalmente en el kilómetro 245,300 de la Ruta Sur, fue reubicada en el kilómetro 220,300 de la misma ruta en virtud del convenio complementario de fecha 8 de mayo de 1998, tomado razón por la Contraloría General de la República. Este convenio complementario fue suscrito entre las partes en virtud del artículo 20° de la Ley de Concesiones y aprobado por decreto supremo, que al igual que el de adjudicación, fue dictado por el Ministerio de Obras Públicas y lleva firma del Ministro de Hacienda y del Presidente de la República. Además y conforme al punto 5.2 de la cláusula quinta del convenio complementario, se autorizó a la sociedad concesionaria para solicitar la puesta en operación de la "Plaza de Peaje Río Claro", en su nueva ubicación a partir del 1° de octubre de 1998, e iniciar el cobro de las tarifas que corresponda, con el incremento tarifario autorizado en el numeral 4.1 del mismo convenio.

Por otra parte, en cuanto a la ubicación geográfica de las Plazas de Peaje, de acuerdo con las Bases de Licitación se distinguen Plazas de Peaje Troncales y Plazas de Peaje Laterales, las que de conformidad con dichas Bases corresponde determinar su ubicación al concesionario en la oferta técnica, sin perjuicio de su posterior aprobación por la autoridad, de acuerdo con los planos que se levanten al efecto.

Al respecto se contemplan dos clases de peaje troncales: en Río Claro en la provincia de Talca (Km.220) y en Retiro provincia de Linares (Km.325). Además se prevé la existencia de varias plazas de peajes de acceso lateral en las provincias de Talca, Linares y Ñuble respectivamente.

III.- Mediante oficio ORD. N° 254 de fecha 24 de junio de 1999, el Fiscal Nacional Económico solicitó al SR. Ministro de Obras Públicas, mayores antecedentes relativos a la afirmación de los denunciantes, en cuanto a que: " en el convenio respectivo el Estado se ha comprometido a no realizar él, y a no entregar a terceros, la opción de rutas alternativas durante el período de la concesión (12) años", y que no existen en el tramo licitado, Kms. 221,490 y 413,800 de la Ruta Sur, vías alternativas de ninguna especie para los usuarios que decidan no usar las vías concesionadas, especialmente para " muchas personas que viven en las inmediaciones a las ciudades tienen que concurrir a sus trabajos o estudios, con lo cual los peajes troncales, como los peajes de entrada y salida de cada poblado, resulta un gravamen que no corresponde, un verdadero impuesto".

Al respecto, el Sr. Ministro de Obras Públicas en su oficio N° 11842, de 19 de julio de 1999, señala que se reitera lo expuesto en el oficio Ord. Subsec. N° 1272, de fecha 3 de mayo de 1999, y solicita que sus conceptos se tengan íntegramente reproducidos, a su vez precisa que se examinará de manera particular la no obligatoriedad de habilitar caminos alternativos en la vía concesionada en relación a los planteamientos de los recurrentes.

Reitera el hecho que el Ministerio de Obras Públicas tiene la facultad privativa de entregar en concesión toda obra pública a cambio de su explotación, que el contrato de explotación es conmutativo e implica que el concesionario recupera la inversión realizada a través de la explotación de la obra, **que no existe obligatoriedad de habilitar caminos alternativos a las vías concesionadas y, por tanto, la inexistencia de ellos no vulnera la garantía constitucional de trasladarse de un lugar a otro de la República; que la adjudicación del contrato de concesión Ruta 5, Tramo Talca –Chillán no vulnera las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973 y que el cobro de tarifas en la Plaza de Peaje Río Claro y en las demás plazas de peaje de la concesión Ruta 5, Tramo Talca-Chillán, es legal y su aplicación es general y no discriminatoria.**

Precisa que no existe la obligatoriedad de habilitar caminos alternativos a las vías concesionadas y, por tanto, la inexistencia de ellos no vulnera la garantía constitucional de trasladarse de un lugar a otro de la República. Según la Constitución Política del Estado en su artículo 19, N° 7 letra a) "Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio a terceros". En consecuencia el Presidente de la República tiene la facultad privativa de establecer peajes, la que se deriva de una disposición legal, no pudiendo sostenerse que el establecimiento de peaje atente contra la libertad de tránsito.

Cabría señalar que, en rigor, no existen tales alternativas sin costo, por cuanto cualquier desplazamiento en un vehículo motorizado involucra costos asociados, por ejemplo, a la utilización de combustibles, lubricantes, entre otros. La libertad de desplazamiento no podría en caso alguno implicar que tal derecho debe ser, en caso de involucrar algún costo, gratuito a costa del Estado.

Hace mención a diversos fallos de los Tribunales de Justicia según los cuales se ratifica la inexistencia de obligatoriedad de habilitar caminos alternativos a las vías concesionadas. Asimismo se refiere a dictámenes de la Contraloría General de la República referidos a la misma materia.

En cuanto al supuesto compromiso de no ejecutarse rutas alternativas durante el período de concesión de la Ruta 5, tramo Talca-Chillán. Hace presente que según puede constatarse de los documentos que se acompañan que no son efectivos los dichos de los denunciantes en cuanto sostienen que " en el convenio respectivo el Estado se ha comprometido a no realizar él, y a no entregar a terceros, la opción de rutas alternativas durante el período de concesión." Señala al respecto: "el Estado de Chile, como contraparte de la concesionaria, se obliga a respetar los términos estipulados en el contrato de concesión respectivo, y dentro de ellos, a no afectar el legítimo derecho de la sociedad a explotar la obra bajo las condiciones y dentro de los plazos en él indicados durante toda la vigencia del contrato respectivo, con estricto apego a la legislación aplicable". Al respecto, enfatiza, el Estado sólo se compromete a respetar los derechos emanados a favor de la sociedad concesionaria en virtud del contrato de concesión.

Esto no inhabilitaría a esa Secretaría de Estado ni al Presidente de la República a ejercer las atribuciones y funciones que las leyes le confieren, y entre ellas, la de entregar en concesión toda obra pública fiscal - aún

cuando está constituya una ruta alternativa a una vía ya concesionada - e imponer los peajes que estime conveniente.

Por último destaca que aunque la autoridad competente no se encuentra obligada a habilitar caminos alternativos a las rutas concesionadas, el tramo Talca-Chillán de la Ruta 5, dispone de distintas opciones viales habilitadas, no tarifadas entre los Kms. 219,490 y el eje de la marquesina de la Plaza Troncal de Peaje Río Claro que se sitúa en el Km. 220,300, entre las que menciona a modo de ejemplo:

1. Al oriente de la Ruta 5: Desde Santiago en dirección a Talca.

Alternativa 1: El usuario accede a Molina desde la Ruta 5 y luego toma la Ruta K-25 hasta cruzarse con la Ruta K-31 (Camino Camarico-Cumpeo) en la localidad de Santa Lucía. En dicho cruce gira hacia el poniente por la Ruta K-31 hasta empalmar nuevamente con la Ruta 5 en la localidad de Camarico y posteriormente seguir esta última hasta Talca, sin tener que pagar en dicho itinerario.

2. Al poniente de la Ruta 5: Desde Santiago en dirección a Talca.

Alternativa 2: El usuario desde la Ruta 5 entra hacia el poniente en el cruce de acceso a Lontué tomando la Ruta K-16 hacia el poniente, continúa por ese camino hasta el cruce con la Ruta K-40 hasta empalmar con la Ruta 5 en el cruce ubicado en la localidad de San Rafael. Posteriormente, sigue por la Ruta 5 hasta llegar a Talca. En este itinerario el usuario no deberá pagar peaje.

Las dos alternativas indicadas son igualmente válidas desde Talca en dirección a Santiago, existiendo también otras alternativas de recorridos más extensos. Agrega, que según consta de las cartas camineras que acompaña, existen diversos caminos con pavimento superior, con agregado pétreo y de tierra que unen a las distintas localidades ubicadas en la zona.

IV.- Efectuado el análisis de los antecedentes de hecho y de derecho relacionados con esta denuncia, señalados tanto por los denunciantes como del denunciado, el Sr. Fiscal Nacional Económico informó a esta H. Comisión lo siguiente:

1.- La legislación vigente, tal como informa el Ministerio de Obras Públicas, regula de manera precisa las concesiones de Obras Públicas destinadas a la construcción, conservación y explotación de rutas y caminos. En efecto, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 87 del DFL MOP N° 850, de 1997, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N° 206, de 1960, Ley de Caminos, el Ministerio de Obras Públicas inició un proceso de precalificación y posterior licitación para la construcción, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada Concesión Ruta 5 Tramo Talca-Chillán.

El referido proceso se rigió por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 900, de 1996, y por el Reglamento de Concesiones contenido en el Decreto Supremo N° 240, de 1991.

Con fecha 18 de octubre de 1995, y de acuerdo a la normativa vigente, se publicó en el Diario Oficial N° 35.294, el llamado a licitación del proyecto de concesión Ruta 5 Tramo Talca-Chillán que tenía por objeto la ejecución, conservación y explotación de las obras públicas comprendidas entre los kilómetros 221,490 y 413,800 de la Ruta Sur.

Mediante Decreto Supremo MOP N° 21, de fecha 12 de enero de 1996, se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de las obras públicas fiscales comprendidas entre los kilómetros 221,490 y 413,800, de la Ruta 5 Sur, denominadas Concesión Ruta 5 Tramo Talca-Chillán, al consorcio licitante formado por las sociedades Ferrovial Chile Limitada,

Inversiones Portafolio S.A., Inversiones Capital Investments Chile Ltda., Empresa Constructora Delta S.A. y Cruz Blanca S.A., las que constituyeron la sociedad concesionaria " RUTA 5 TRAMO TALCA-CHILLAN S.A."

La Ley del Ministerio de Obras Públicas, contenida en el DFL MOP N° 850, de 1997, señala en su artículo 87, inciso 1°: "Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicio que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años."

Por su parte, el artículo 88 del mismo cuerpo legal señala que las concesiones que se otorguen se regirán por las normas del D.S. MOP N° 900, de 1996, Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento y las bases de licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.

La Ley N° 14.999, de 1962, contiene la normativa aplicable a la tarificación caminera mediante peajes, su artículo 3° faculta al Presidente de la República para establecer peajes en los caminos, túneles y puentes que estime conveniente. La misma facultad aparece contenida en el artículo 75 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, que en su inciso primero señala: " El Presidente de la República podrá establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime conveniente, fijando su monto y pudiendo determinar los vehículos que no, pagarán esta contribución."

De las normas precedentemente citadas puede concluirse inequívocamente, que el Ministerio de Obras Públicas tiene la facultad legal para ejecutar obras públicas fiscales mediante el sistema de concesión.

En cuanto al establecimiento de peajes, es facultad privativa y excluyente del Presidente de la República su fijación en los caminos públicos y, por consiguiente, en el Camino Longitudinal o Ruta 5.

2.- Los denunciantes señalan que la Ruta 5 Sur, es un bien nacional de uso público, por medio del cual el Estado cumple su finalidad de "bien común" constitucional al proveer las vías públicas libres a los habitantes. Expresan que es la única vía de movilización, no existiendo otras posibilidades de desplazamiento eficiente por otros medios como el tren o el avión, constituyendo de esta forma un monopolio de la Ruta 5 Sur en la opciones de transporte.

Fundan su aseveración en el artículo 4° del Decreto Ley N° 211, el que reza: "No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios". Agregan que el Ministerio de Obras Públicas, si bien puede encontrarse conforme a la legislación específica sobre caminos y concesiones de infraestructura, no es menos cierto que ha vulnerado la legislación relativa a la libre competencia, ya que ha establecido un monopolio en favor de una empresa privada, respecto de una vía de la cual no existe alternativa alguna.

La Constitución Política del Estado en su artículo 19 número 7°, letra a), prescribe: " Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio a terceros".

El derecho de todos los habitantes de trasladarse libremente de un lugar a otro dentro y fuera del territorio de la República, reconoce como única limitación aquella señalada en la norma constitucional referida al respeto de las normas establecidas por la ley. Pues bien La facultad privativa del Presidente de la

República de establecer peajes tiene como fuente la ley, en consecuencia, su actuar se encuentra ajustado a derecho.

En cuanto a la obligatoriedad del Estado de otorgar a los usuarios una vía alternativa sin costo, no se encuentra establecida en ninguna norma constitucional, legal, reglamentaria ni administrativa. Por lo tanto de conformidad al principio de legalidad, las autoridades competentes en esta materia sólo tienen la competencia que les otorga el ordenamiento jurídico, de tal forma que no es posible atribuirles funciones u obligaciones que no tengan un fundamento jurídico.

En todo caso, en la especie no se produce la situación aseverada por los denunciantes, por cuanto de conformidad a lo informado por el Ministerio de Obras Públicas y de lo cual se dejó constancia en la parte expositiva de este informe, existen efectivamente vías alternativas a la Ruta 5 Sur, tramo Talca-Chillán.

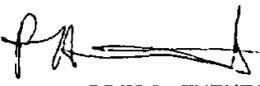
Y por otra parte no consta en el contrato de concesión en cuestión, que el Estado se haya obligado a no construir rutas alternativas a la ruta concesionada.

En consecuencia, con el mérito de lo anteriormente expuesto, la normativa constitucional, legal y administrativa vigente, lo informado por el Sr. Fiscal Nacional Económico mediante su Of. Ord. N° 480 de fecha 29 de octubre último, esta Comisión es de opinión, que procede desestimar la denuncia presentada por la Cámara de Comercio de Talca, A.G. y otros, por la cual solicitan se deje sin efecto el contrato de concesión de la Ruta 5 Sur Tramo Talca-Chillán, por cuanto su adjudicación se encuentra plenamente ajustada a derecho, y no infringe la legislación contenida en el Decreto Ley N° 211 de 1973.

Notifíquese el presente Dictamen a los denunciantes y al señor Fiscal Nacional Económico. Transcríbase a los señores Ministros de Obras Públicas y de Economía, Fomento y Reconstrucción.

El presente Dictamen fue acordado en sesión de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, de esta Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros presentes, señor Eugenio Rivera Urrutia, Presidente; y señores Rodemil Morales Avendaño, Claudio Juárez Muñoz, y Carlos Castro Zoloaga.

No firma don Claudio Juárez M., no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente.


PAOLA HERRERA FUENZALIDA
 Secretaria - Abogado
 Comisión Preventiva Central