



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

**Fundamentos Constitucionales y Económicos de la
intervención estatal y de la participación activa de los
particulares en el mercado**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

Autor: Diego Salinas Fredes
Profesor Guía: Enrique Navarro Beltrán

Santiago, Chile

2015

*A mi familia, por su incondicional apoyo, comprensión y amor brindados durante
todo el proceso de mi formación educativa.*

Índice General

I. Introducción.....	6
II. Capítulo I: Concepto de Infraestructura Pública.....	10
1. Un concepto inicial.....	10
2. Consideraciones previas sobre la noción de Estado.....	11
3. Un concepto más preciso.....	22
4. Breve reseña histórica y contexto actual de las Infraestructuras en Chile.....	32
III. Capítulo II: Análisis jurídico y perspectiva económica de la importancia de las Infraestructuras para el desarrollo del país.....	44
1. Las garantías fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y las infraestructuras públicas.....	44
2. La importancia de las infraestructuras para el intercambio internacional: las cadenas de valor mundial.....	56
3. Las infraestructuras constituyen la inversión en el gasto público.....	68
4. Justificación histórica de la planificación estatal en materia de infraestructuras.....	71

IV. Capítulo III: La función del Estado frente a las

Infraestructuras públicas.....	73
1. Los deberes del Estado a partir del Orden Público Económico y la Constitución Económica establecidos en la Constitución Política de la República.....	73
1.1. El Orden Público Económico.....	77
2. Los servicios públicos de Infraestructura.....	96

V. Capítulo IV: Fundamentos económicos de la intervención

administrativa en el mercado de las infraestructuras.....	109
1. Principales fallas de mercado que justifican la intervención regulatoria.....	112
1.1. Correcta definición de los derechos de propiedad y cumplimiento efectivo de los Contratos.....	113
1.2. Competencia imperfecta y monopolios naturales.....	115
1.3. Bienes públicos.....	120
1.4. Externalidades.....	123
1.5. Fallas de la información.....	126

VI. Capítulo V: El principio de cooperación y la activa participación de los particulares en la provisión de servicios públicos de infraestructura para la sociedad.....	130
1. ¿Qué son las Asociaciones Público Privadas?.....	134
2. El Estado como entidad proveedora de servicios.....	137
3. Desde el rol activo del Estado a la regulación de las concesiones y de la privatización, a la luz de la Constitución Política de la República.....	143
3.1. El contrato de concesión.....	144
3.1.1. Definición y naturaleza jurídica.....	144
3.1.2. Experiencia de las concesiones en Chile.....	152
3.1.3. ¿Cuándo el Estado debe recurrir a las asociaciones público privadas en materia de infraestructuras?.....	160
3.2. La privatización.....	164
3.2.1. La privatización de los servicios de electricidad, telecomunicaciones y servicios sanitarios.....	166
VII. Conclusiones.....	175
VIII. Bibliografía.....	180

I. Introducción

Las infraestructuras, entendidas como aquellas construcciones o instalaciones de redes artificiales, diseñadas y dirigidas por profesionales con determinados conocimientos técnicos en diversas áreas (Arquitectura, Ingeniería Civil, Urbanismo, Planificación, etc.), y utilizadas como base o soporte del desarrollo y de la organización estructural de las ciudades, son esenciales en toda sociedad moderna y globalizada.

Considerando que las infraestructuras públicas tienen por objeto proveer un determinado servicio de interés general y que, además, la Administración del Estado tiene una cierta función que cumplir al respecto, la actual comprensión del mercado de las infraestructuras, entendido como requisito para la realización de la sociedad y para su bienestar, ha hecho que el Estado deba asumir un rol protagónico en cuanto a definir qué infraestructuras son las necesarias y cuál es el fin que se busca alcanzar con ellas. En este sentido, un análisis realizado a partir del marco constitucional y económico que nos rige nos obliga a centrarnos en la función prestadora de servicios de la Administración del Estado y cómo ésta se materializa en la realización de las Infraestructuras que el país requiere.

Por otra parte, a la luz de la evolución histórica de la noción de Estado, el cual transita del Estado Absoluto al Estado Social o de Bienestar, es posible observar las diversas etapas de adaptación que la actividad estatal en materia de infraestructuras públicas ha atravesado para intentar satisfacer las necesidades sociales en dicha área.

Dada la ambigüedad o naturaleza equívoca del concepto de infraestructura pública que emana del sentido o uso común del término, en este trabajo de investigación estudiaremos dicho concepto, con la finalidad de ofrecer al lector una definición de naturaleza jurídica que nos sea útil para saber cuándo nos encontramos ante un servicio de infraestructura pública y, de este modo, poder establecer con mayor certeza si una determinada infraestructura reviste un carácter especial que amerite una mayor atención por parte del Estado. Así también, realizaremos una breve revisión histórica de las infraestructuras en Chile, centrándonos en los avances efectuados durante la reciente década de 1990, la cual constituye el auge de las infraestructuras.

Analizaremos, luego, la íntima vinculación existente entre las garantías fundamentales establecidas en la Constitución Política de la República de 1980, –así como de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, y las infraestructuras públicas, en tanto éstas tienden a cumplir, en último término, el deber del Estado de promover el bien común y de generar las condiciones

materiales que permitan la mayor realización posible de la persona en atención a su dignidad inalienable, pilar fundamental del sistema jurídico chileno.

Finalmente, estudiaremos la función propia del Estado ante las infraestructuras de carácter público en virtud del Orden Público Económico establecido en nuestra Carta Fundamental, centrándonos en la noción de Estado Subsidiario y Servicial. Asimismo, veremos cómo dicha función se materializa en la facultad prestacional de la Administración del Estado, la cual, en su comprensión moderna, descansa, primordialmente, en los mecanismos de privatización y concesión pública, por lo cual destacaremos la activa participación que actualmente tienen los particulares en la provisión de servicios públicos de infraestructura.

La presente memoria se estructura en cinco capítulos. El primer capítulo intenta responder dos preguntas: en primer lugar, ¿qué son las infraestructuras públicas? Y, en segundo, ¿cómo se han generado éstas en Chile?

El capítulo segundo aborda la relevancia de las infraestructuras para el país, por lo cual desarrollará, desde distintos enfoques, la importancia de las infraestructuras de carácter público.

Teniendo en consideración la importancia de las infraestructuras públicas, el capítulo tercero se referirá a la función que tiene el Estado ante ellas y qué justifica, en términos constitucionales, aquella función.

Dado que esta investigación se refiere a la relación entre el Estado y un mercado en concreto, el capítulo cuarto hará referencia a las razones económicas que justifican la intervención estatal, vale decir, las denominadas *fallas de mercado*.

Finalmente, el capítulo quinto desarrollará los mecanismos a través de los cuales se provee de Infraestructuras Públicas, a saber, provisión pública, privatizaciones y concesiones, con especial énfasis en las Asociaciones Público Privadas.

II. Capítulo I: Concepto de Infraestructura Pública

1. Un concepto inicial

Dado que el sentido común indica que se trata de un concepto bastante equívoco, es necesario acotarlo o dar luces del significado que aquél tiene para nuestro objeto de estudio. En primer término, para entender un concepto técnico más bien ajeno al lenguaje jurídico y, en general, a los objetos de estudio del Derecho, puede ser ilustrativo atender al sentido natural y obvio que nuestro lenguaje da a dicho concepto. Así, el diccionario de la Real Academia Española otorga dos acepciones de la palabra Infraestructura: *1. Parte de una construcción que está bajo el nivel del suelo y 2. Conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera.* Resulta evidente que la acepción de Infraestructura que puede ser útil para nuestro objetivo es la segunda, ya que, en efecto, nuestra investigación se refiere a todos aquellos servicios de infraestructuras públicas que son consideradas necesarias para la organización y el funcionamiento adecuado de una sociedad globalizada y en constante desarrollo. De este modo, y situándonos de forma más específica en las Infraestructuras urbanas, se desprende de la definición anterior que la Infraestructura constituye los cimientos materiales sobre los que se erige la

sociedad, por lo cual podemos sostener que, en principio, es una necesidad pública que debe ser proveída o, al menos, regulada por el Estado.

1. Consideraciones previas sobre la noción de Estado

Sin ánimos de apartarnos de la principal finalidad de este capítulo, a saber, dilucidar el concepto de Infraestructura pública, consideramos necesario, previamente, hacernos cargo de manera sucinta de la noción misma de Estado, principalmente, por dos razones: 1) porque, como sabemos, no siempre éste se ha entendido del mismo modo, pudiendo observarse una evolución de dicho concepto a lo largo de la historia moderna de occidente, la cual nos exige, en consecuencia, especificar a qué nos referimos cuando decimos que las Infraestructuras deben ser proveídas o, al menos, reguladas por *el Estado* pues constituyen una necesidad pública. Y 2) Porque es fundamental ser enfáticos en el rol que tiene el Estado en esta materia (ello con independencia de la noción que tengamos de dicho concepto, sin perjuicio de que la desarrollaremos en lo que sigue), en tanto es la entidad que vela por el interés común y por la satisfacción de las necesidades más básicas de todas las personas que lo integran, lo cual les permite su desarrollo pleno y el ejercicio de sus libertades.

Lo dicho anteriormente, podemos concluirlo incluso sin alusión a definición alguna del concepto político de Estado, puesto que aquello tiene un

fundamento normativo en nuestra Constitución Política de la República a raíz del principio de servicialidad del Estado consagrado en el Artículo 1, inciso 4 de la Constitución, el que dispone que: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. Al respecto, cabe señalar, además, que el Tribunal Constitucional - organismo autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder del Estado, encargado de velar por la eficacia del principio de supremacía constitucional¹-, ha destacado la importancia doctrinaria del mencionado artículo al señalar que: *“el artículo 1º de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”* (Rol Nº 19, de 1983, Considerando 9º)². Ahora bien, con respecto al inciso en particular citado, dicho Tribunal ha sostenido, a propósito de los intereses y necesidades particulares de los ciudadanos y de cómo la protección de éstos depende de los

¹ Véase Silva Irrazábal, Luis Alejandro. ¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución? Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre pp. 573 - 616. [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100014&script=sci_arttext [consulta: 5 de mayo, 2014]

² Tribunal Constitucional de Chile, Rol 19-83, 27 de octubre de 1983. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=590> [Consulta: 5 de mayo, 2015].

En el mismo sentido, la sentencia dictada en autos Rol Nº 53-88, de 5 de abril de 1988. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=556> [Consulta: 5 de mayo, 2015]

valores de la vida en sociedad, que: *“No obstante, una interpretación finalista, como la que tradicionalmente ha propiciado esta Magistratura Constitucional, debe llevar a la conclusión de que la primacía de la persona, unida al principio de servicialidad del Estado, tal y como se consignan en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, permite que el ordenamiento jurídico reconozca y regule la protección de intereses individuales legítimos que resulten acordes con los valores y principios constitucionales. Naturalmente, cuando así no ocurre, el propio ordenamiento jurídico desplaza la protección del interés particular dando primacía a valores o principios inherentes a la misma vida en sociedad”*³ (Rol N° 634, de 2007, Considerando 20º).

Como hemos adelantado en la primera razón esgrimida para detenernos en este punto, el concepto político de Estado ha tenido diversas nociones. El Profesor Jorge Bermúdez Soto sostiene que *“El Estado, tal como se conoce hoy en día, corresponde a una concreta forma histórica de organización política, resultado de la cultura europeo-occidental. El Estado moderno corresponde a un proceso de recomposición o concentración de poder que se manifiesta más evidentemente en los siglos XV y XVI.”*⁴. Este proceso evolutivo inició con el Estado Absoluto, el cual logró unificar los feudos en torno a la figura del Rey.

³ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 634-06, 9 de agosto de 2007. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=86> [Consulta: 5 de mayo, 2015].

⁴ Bermúdez Soto, Jorge Andrés. *Derecho Administrativo General*. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011. Págs. 12 y 13.

Con posterioridad, acontecieron las revoluciones de corte liberal durante los siglos XVIII y XIX, las cuales se gestaron, en una vertiente política, en torno a las ideas de libertad, igualdad y control de los poderes del Estado. En paralelo a ello, el desarrollo de la industria, la tecnología y la incipiente producción masiva de bienes y servicios, generaron el contexto socioeconómico que, en conjunto con las ideas liberales extendidas por occidente, permitieron el surgimiento del denominado *Estado Liberal de Derecho*⁵.

Durante el siglo XX, y a raíz, esencialmente, de las guerras mundiales y de las condiciones materiales de vida que produjeron las revoluciones industriales, el Estado comenzó a asumir las funciones sociales que lo caracterizan actualmente. Como bien lo ha señalado el Profesor Bermúdez: “*A mediados del siglo XX la hecatombe de las dos guerras mundiales y la creciente complejidad de la vida social (dado el desarrollo científico, tecnológico y económico) produce una preocupación por parte del Estado por las condiciones de vida de la población, con el consecuente aumento exponencial en cantidad e intensidad de las funciones públicas, siendo este último aspecto la manifestación más visible de dicho fenómeno desde la perspectiva de la Administración Pública. Ello se resume en la fórmula de un Estado Social de Derecho*”⁶. El Estado Democrático y Social de Derecho -o Estado de Bienestar, en su variante propiamente económica- como modelo político y económico ha

⁵ Op. Cit. Pág. 13.

⁶ *Ibíd.*

sido reconocido y aplicado en gran parte del orbe de occidente, sin embargo, en virtud de las dificultades que dicho modelo ha mostrado en los últimos cuarenta años, en razón de la ardua tarea que significa la mantención de un aparato estatal tan amplio que permita dar abasto a todas las necesidades esenciales que una sociedad en concreto requiere, se ha ido dando paso de forma gradual y, con ciertos matices, al establecimiento del modelo neoliberal⁷, el cual se ha materializado, por una parte, en políticas privatizadoras que han dado mayor importancia y participación a los individuos en la gestión de las labores estatales y en la satisfacción de sus propios intereses y, por otra, en una constante reducción del aparato administrativo del Estado.

Cabe precisar que no debe entenderse el proceso de evolución del Estado como una mera línea temporal, como si se hubiese dirigido de forma recta desde el Estado Monárquico o Nacional al modelo neoliberal, puesto que, en realidad, el Estado occidental actual presenta rasgos de todos los modelos señalados, con diferencias a veces sustanciales, y a veces menos relevantes, entre un país y otro; predominando uno u otro modelo. De todos modos, nos

⁷ Podemos conceptualizar el neoliberalismo del siguiente modo: *“El neoliberalismo comprende como características principales el libre mercado, eliminar el gasto público por los servicios sociales, desregulación, privatización, eliminación del concepto de bien público o comunidad. El neoliberalismo económico aprovecha la oportunidad para diagnosticar que la excesiva regulación económica desestimula la libre circulación de bienes y capital, elementos necesarios para dinamizar el libre mercado”*. Vargas Hernández, José Gpe. *Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo*. Revista Mad. N° 17, Septiembre de 2007. Departamento de Antropología. Universidad de Chile, Págs. 66-69. [En línea] http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/mad/17/vargas_04.pdf> [consulta: 13 de Noviembre, 2014]. Pág. 80.

interesa mantener el foco en el Estado Social puesto que a partir de dicha noción podemos preguntarnos ¿qué Infraestructuras de relevancia pública, en tanto servicios públicos, debe proveer o, al menos, regular y planificar el Estado? En este sentido, “*en un Estado social se supone que el Estado a través de sus órganos desarrolla preeminente actividad de servicio público*”⁸.

Ahora bien, ¿Qué ha ocurrido en Chile? Suele decirse que “*El concepto de estado de bienestar ha sido desatendido en el último tiempo en Chile como consecuencia de la transformación económica impulsada por el régimen militar del general Augusto Pinochet (1973-1990), porque se tiene la impresión que habría sido desmantelado*”⁹. Hoy es un hecho que las políticas públicas de enfoque neoliberal impulsadas en el período referido tuvieron por objeto distanciar al Estado chileno del Estado de bienestar. Así sucedió sobre todo en materias de previsión social, salud y educación, vale decir, en aquellas necesidades consideradas esenciales para que las personas puedan desarrollarse como ciudadanos.

Con el retorno de la democracia se inició una época denominada “de transición”, en la cual el Estado tuvo que comenzar a hacerse cargo del amplio

⁸ Bermúdez Soto, Jorge Andrés. *Derecho Administrativo General*. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011. Pág. 13.

⁹ Huneuus Madge, Carlos. *CIENCIA POLÍTICA E HISTORIA: EDUARDO CRUZ-COKE Y EL ESTADO DE BIENESTAR EN CHILE: 1937-1938*. Historia, N° 35, Santiago, 2002. Págs. 151-186. [En línea] <<http://revistahistoria.uc.cl/estudios/1856/>> [consulta: 14 de Noviembre, 2014].

sector de la población cuyas necesidades no estaban cubiertas del todo por la nueva institucionalidad –así, por ejemplo, ocurrió y sigue ocurriendo con el pago de pensiones de vejez que el sistema de AFP no logra cubrir o con el mejoramiento de los servicios de salud que presta FONASA, dado que la cobertura del sistema de ISAPRES se reduce sólo a los segmentos del país que cuentan con mayores recursos-. Actualmente, la situación se mantiene, más o menos, en la misma línea, en tanto el marco económico y constitucional chileno se funda en un modelo de economía de mercado (en este sentido, nuestra Constitución política establece las bases del Estado subsidiario, del Orden Público Económico que opera en función de la libre competencia y la amplia protección de la propiedad privada y del emprendimiento económico), aunque podemos sostener que en los últimos años el péndulo ha tendido a acercarse nuevamente hacia un Estado Social preocupado de proveer de aquellos servicios públicos que concretizan la protección de las garantías fundamentales de toda persona.

No obstante el Estado chileno ha ido desplazándose hacia uno de carácter social, se aprecia una característica que lo diferencia radicalmente del modelo social clásico propio de los denominados “socialismos reales” que estuvieron vigentes durante el siglo XX y también del régimen socialdemócrata europeo: como contrapartida de haberse transferido a los privados el cumplimiento de funciones propiamente estatales, existe hoy una tendencia a

ampliar y mejorar la regulación de los servicios que se prestan de este modo, es decir, se mantienen las funciones públicas en manos de privados, pero se incrementan los controles que el Estado ejerce para proteger de mejor modo los derechos fundamentales inherentes a todos los ciudadanos. Este punto ha sido explicitado con mucha lucidez por el Profesor Claudio Moraga Klenner: *“Por un lado, las concesiones de servicios públicos y de obras públicas han significado crear o, incluso, remozar antiguas legislaciones que por décadas estuvieron en desuso, de manera de transformar dichos marcos jurídicos en verdaderos instrumentos de promoción de inversiones de privados. Por otro lado, la privatización de activos empresariales estratégicos o que estaban destinados a la prestación de servicios públicos, así como la externalización de tareas administrativas, generó una modalidad especial de actividad reglamentaria de la Administración conocida como regulación, cuyo objeto es normar de modo general o especial ciertas actividades o personas que se desarrollan o actúan donde se estima que hay deficiencias de mercado y tendencias a la concentración de poder económico; donde existe un riesgo en la salud o vida de las personas o donde existen necesidades públicas de cualquier orden que deben ser satisfechas por los privados de manera constante, regular y sin discriminaciones arbitrarias. La regulación puede ser tenida, entonces, como parte de un ‘acuerdo social’, por cuya virtud los activos y la gestión han pasado*

*a manos privadas, a cambio de usarlos según una regulación proveniente en lo fundamental del propio Estado administrador*¹⁰.

Luego del breve análisis que hemos realizado respecto a la evolución del concepto de Estado, podemos concluir que la mejor descripción que se adecua al modelo estatal chileno es la que propone la “Economía Social de Mercado”, sistema de origen alemán que hoy se encuentra arraigado en gran parte del mundo occidental y que compatibiliza aquello que señalamos sobre el Estado Social con el sistema económico capitalista imperante, es decir, integra en un modelo el Estado de Bienestar y el capitalismo con sus principios de privatización. Si bien los sistemas no son equivalentes, puesto que el modelo neoliberal es posterior al de la economía social de mercado de la posguerra, a mi juicio Chile presenta un modelo que en gran parte puede identificarse como una adaptación a nuestro contexto socioeconómico de aquél, matizado y, en algunos casos, con bases sólidas del modelo neoliberal. Las principales influencias del sistema propuesto por la Escuela de Friburgo (u “ordoliberal”) de la Alemania de posguerra en Chile, han sido muy bien explicitadas por Arturo Fermandois Vöhringer¹¹, a raíz de la noción de Orden Público Económico, puesto que, al igual que para los ordoliberales, para nuestro modelo político y

¹⁰ Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Pág. 16.

¹¹ Fermandois Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Tomo I: El orden público económico / La libertad económica / La no discriminación arbitraria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª Edición. Santiago, 2001. Pág. 26.

económico la Constitución establece las bases fundamentales del sistema. Fermandois identifica los siguientes cuatro planteamientos fundamentales de la Escuela Ordoliberal:

1. La idea de reconstrucción radical del modelo, plasmándolo en la constitución, en razón de la debacle socioeconómica provocada por la guerra;
2. La primacía de la decisión económica de los privados por sobre la del Estado;
3. La libertad económica individual protegida de los abusos que ella misma genera, mediante la fiscalización estricta de su ejercicio y
4. La Constitución Económica, puesto que *“los economistas de Friburgo innovaron en la relación constitución-economía, aseverando que la eficacia de la economía dependía de su relación con el sistema político legal. Este postulado, genuinamente novedoso, se complementaba en consecuencia con la necesidad de contar con normas constitucionales económicas”*¹².

Una excelente conceptualización del sistema político referido señala que:
“El proyecto de la economía social de mercado se basa en la convicción de que

¹² Op. Cit. Pág. 27.

el mercado en combinación con la propiedad privada de los medios de producción (es decir, el rasgo esencial del capitalismo) constituye tanto la modalidad más eficiente de coordinación económica, como también una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política. Según esto, es tarea del Estado velar por el buen funcionamiento del mercado. Esto significa, antes que nada, que el Estado le confiere al mercado un margen de acción suficiente y que por principio no interfiere en el “juego” de la oferta y de la demanda. La decisión a favor de un régimen de economía de mercado implica, por lo tanto, de manera esencial una limitación del Estado. Sin embargo, el concepto también compromete al Estado a intervenir activamente en el mercado cada vez que allí se configuren constelaciones de poder –formalmente inobjetable- que afecten seriamente la competencia. Porque es la competencia de la cual depende la eficiencia superior del mercado en la generación de bienestar social.”¹³

Habiendo explicado 1) la naturaleza del Estado y, a grandes rasgos, cómo éste cumple sus cometidos para con la sociedad en virtud de su deber de promoción del bien común y, en definitiva, de garantizar el otorgamiento de servicios públicos y 2) el activo rol que cumplen los privados en dicho cometido

¹³ Pfaller, Alfred. *El concepto de la economía social del mercado y la nueva “de-civilización” del capitalismo en Europa*. Fundación Friedrich Ebbert, Bonn. [En línea] <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/00071-20100419.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 2.

actualmente, podemos continuar desarrollando con mayor exhaustividad la noción de Infraestructura Pública.

2. Un concepto más preciso

Como adelantamos al comienzo de este capítulo, en atención a la definición de Infraestructura que la Real Academia Española establece, las Infraestructuras son aquel *conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera*. Señalamos, además, que la definición de la RAE es adecuada pero que resulta menester precisarla aún más, ya que nuestro objeto de estudio no se refiere a una organización cualquiera, sino a las infraestructuras públicas que componen una sociedad moderna y globalizada, como la sociedad Chilena.

La cámara chilena de la Construcción considera que la Infraestructura “*constituye un pilar del desarrollo social y económico*”¹⁴ y que “*es una de las determinantes de nuestras posibilidades de desarrollo*”¹⁵. Por su parte, para el Banco Mundial “*si no el motor, la infraestructura representa las ruedas de la*

¹⁴ Cámara Chilena de la Construcción. Balance de la infraestructura en Chile. Análisis de la evolución sectorial y proyección 2010-2014. [En línea] <<http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2011/03/Balance-Infraestructura-Julio-2010.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 5.

¹⁵ *Ibíd.*

*actividad económica*¹⁶. Así, las infraestructuras son fundamentales para el desarrollo social y para la integración del país en un mundo globalizado. Desde una perspectiva macroeconómica, *“Generalmente se admite que la inversión pública en infraestructuras (carreteras, aeropuertos, puertos, puentes, ferrocarriles, telecomunicaciones, etc.) constituyen un soporte básico para estimular el crecimiento económico de un país, debido a que ésta es la base sobre la que se apoyan las diversas actividades privadas y estatales, posibilitando la existencia de mercados más eficientes, ya sea porque su desarrollo modifica los costes de transporte de las mercancías (modificando la productividad de la empresa) o porque su desarrollo puede alterar la oferta de bienes y servicios en una área determinada”*¹⁷.

A pesar de que las descripciones anteriores parecen ser bastante esclarecedoras, consideramos necesario, en atención a la naturaleza jurídica de la presente investigación, presentar al lector una definición aún más exacta del concepto referido, la que luego nos permitirá dilucidar qué tratamiento económico y jurídico debemos otorgarle a las infraestructuras. En este sentido, desde una perspectiva jurídica, José Luis Villar Ezcurra ha elaborado una definición más exhaustiva, atendiendo a lo que ordena el sentido común: “Lo

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Cerda Toro, Antonio Hernán. *Inversión pública, infraestructuras y crecimiento económico chileno, 1853-2010*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Facultad de Economía y Empresa. Departamento de Economía y de Historia Económica. Octubre, 2012. [En línea] <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/107826/hact1de1.pdf;jsessionid=3E81CEE472B513E177E1F2886AD70547.tdx2?sequence=1>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 3.

que se entiende, en el momento actual, por infraestructuras públicas es algo que está en la mente de todos porque la expresión alude a la existencia de unas determinadas construcciones o instalaciones que están afectas a una finalidad de interés público, como pueda suceder con las carreteras, las construcciones hidráulicas, los puertos, los aeropuertos o los ferrocarriles. En todos estos casos, estamos en presencia de un tipo de obras que se encuentran vinculadas a la explotación de un servicio público (como pueda suceder con las infraestructuras ferroviarias) o se destinan a un uso general por parte de los ciudadanos (el caso de las carreteras es, probablemente, el más claro). Podría añadirse, también, que el calificativo de públicas alude a la necesidad de que su titularidad recaiga sobre una Administración pública, (...)"¹⁸.

El autor español propone entonces, para caracterizar las infraestructuras públicas, considerar tres elementos:

1) Todas ellas constituyen instalaciones u obras artificialmente creadas por el hombre, mediante un equipo interdisciplinario de profesionales como ingenieros, urbanistas, arquitectos, diseñadores, etc.

¹⁸ Villar Ezcurra, Jose Luis. *La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos*. Artículo publicado en REVISTA REDETI: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red. Núm. 10, Octubre 2000. [Páginas: 79-118]. Pág. 1.

2) Tienen una eminente finalidad pública, que consiste en proveer de un determinado servicio de interés común o de un uso de orden general (ya sea que se cobre o no por dicho servicio o uso), y

3) La titularidad de las infraestructuras públicas corresponde a la Administración del Estado.

Gracias a esta caracterización, podremos identificar cuándo, en principio, estamos o no en presencia de una infraestructura pública, pues ésta deberá presentar los tres rasgos descritos, a saber; 1) una instalación, construcción u obra artificial, 2) con una finalidad pública y 3) en la cual la administración del Estado tenga algún tipo de injerencia en cuanto a la forma de funcionamiento u otorgamiento del servicio que la infraestructura en cuestión permite proveer, ya sea ejerciendo o no la titularidad del servicio de la Infraestructura pública (cuestión que analizaremos más adelante con mayor detención).

Ahora bien, esta caracterización de las Infraestructuras presenta ciertos problemas que el mismo autor logra identificar, sobre todo en cuanto a qué tratamiento jurídico deben recibir entonces las Infraestructuras privadas que constituyen el soporte sobre el que se presta un servicio público y qué ocurre con las obras públicas propiamente tales, pues claramente éstas últimas no siempre forman parte de un servicio a la comunidad (así, por ejemplo, la

construcción de un edificio que servirá de sede para un determinado órgano del Estado). De este modo, el concepto de infraestructura debe ser matizado y, en consecuencia, a la noción propia del sentido común que analiza Villar, debemos agregar ciertos elementos. Por de pronto, hay que tener en consideración que parte de la confusión que la idea de Infraestructura pública ha generado es que suele confundirse la infraestructura en cuestión con el servicio público que sobre ella se otorga a la sociedad, cuestiones claramente diferenciables, al menos en términos conceptuales en todos los casos¹⁹. Asimismo, dicha confusión se ha agravado a la luz de la moderna forma de otorgamiento de servicios públicos en razón de la *despublificación* de los mismos, cuestión que analizaremos con más detalle en su oportunidad.

Es importante señalar que la noción de Infraestructura es de data mas bien reciente en la literatura que aborda estas materias (ya sea económica, jurídica o aquella propia de las disciplinas vinculadas con las obras y la construcción en general) y que anteriormente el concepto que primaba era el de “obra pública”. Dicho concepto comenzó a cobrar fuerza en el caso de Chile a partir de la década del 90, a raíz de la reaparición de las concesiones de obras públicas. Así también ha ocurrido en España, como señala Villar: “*Hasta fechas*

¹⁹ Y en algunos, incluso diferenciables en términos muy concretos y palpables, como es el caso de las carreteras concesionadas, ya que allí es evidente que una cosa es la red de autopistas que se construyen y otra muy distinta es el servicio de tránsito más expedito que se ofrece sobre ella a través del sistema de cobro de peaje por una empresa concesionaria operadora de dicha red.

*muy recientes, la expresión utilizada por la doctrina y la legislación era la de obra pública (...). En fechas muy recientes (que probablemente quepa localizar en la década de los años 90 del pasado siglo XX) comienza a sustituirse la expresión tradicional por la de infraestructura sin que se sepa, a ciencia cierta, el por qué de este cambio semántico*²⁰. Lo cierto es que el referido cambio semántico tiene una explicación razonable. Puesto que, al considerar la definición de la Real Academia Española -que hace referencia a los elementos o servicios necesarios para el funcionamiento de una organización cualquiera-, es evidente que la noción de Infraestructura es más amplia pues engloba elementos inmateriales que el de obra pública no alcanza a considerar y, en consecuencia, la infraestructura no hace referencia sólo a la edificación sino, además, a aquellos elementos o servicios que lo integran, sean éstos tangibles o no, y que forman parte de una determinada organización. Pensemos, por ejemplo, en el caso del espectro radioeléctrico, sin el cual no serían posibles las telecomunicaciones, puesto que éstas operan en virtud de la transmisión de ondas electromagnéticas por dicho espectro.

Por otra parte, las infraestructuras aluden al funcionamiento de una organización, lo cual es sumamente relevante pues es esta característica, en especial, la que da cuenta de que la idea de “obra pública” es completamente

²⁰ Villar Ezcurra, Jose Luis. *La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos*. Artículo publicado en REVISTA REDETI: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red. Núm. 10, Octubre 2000. [Páginas: 79-118]. Pág. 10.

insuficiente para englobar las instalaciones que permiten el otorgamiento de servicios públicos. En efecto, como bien sostiene Villar: *“Se trata de que toda infraestructura es configurable como una red o parte de la misma, lo cual introduce un nuevo elemento en la definición. Un elemento que ha sido definido como la ordenación de las infraestructuras de una determinada manera, caracterizándose, precisamente, por la organización, esto es, por la forma en que procede enlazar los distintos puntos de la red al servicio de una finalidad concreta. La idea de red deviene, así, algo consustancial al concepto de infraestructura, de la misma forma en que lo era el de construcción al de obra pública”*²¹.

De manera que los elementos que debemos agregar a la definición de Infraestructura pública señalada en un inicio son:

- 4) que dicha edificación u obra artificial forme parte de una “red” u “organización” más amplia que aquélla. Así, por ejemplo, cuando nos referimos a Infraestructuras sociales –muy en boga en estos días– hacemos alusión a la red de concesiones hospitalarias y penitenciarias que el Estado está actualmente promoviendo para satisfacer aquellas necesidades sociales de salud pública y de cuidado, custodia y

²¹ Op. Cit. Pág. 11.

reinserción de la población penitenciaria y, por tanto, no al Hospital de La Florida o al establecimiento penitenciario Antofagasta en particular.

- 5) Y que la infraestructura puede incluir no sólo elementos materiales como la obra propiamente tal (la autopista urbana, por ejemplo), sino además ciertos elementos intangibles, como el espectro radioeléctrico en las infraestructuras de las telecomunicaciones, por ejemplo, o los softwares que utiliza Transantiago para regular la frecuencia de buses o trenes del Metro.

A modo de recapitulación, la Infraestructura Pública consiste en 1) una construcción o creación artificial, 2) que presenta elementos tangibles e intangibles, respecto de la cual 3) la Administración del Estado tiene cierta titularidad y 4) que constituye una red u organización destinada a 5) proveer un cierto servicio de interés general.

Luego de esta exhaustiva caracterización de Infraestructura pública, Villar establece una serie de clasificaciones de la misma que, a nuestro juicio, son en su mayoría irrelevantes a la luz del derecho chileno, sin perjuicio de su relevancia para el derecho español. No obstante, propone una clasificación que

nos parece útil señalar, la cual distingue entre 1) *Infraestructuras públicas* e 2) *Infraestructuras privadas de interés público*²².

Nos parece esencial esta clasificación para hacer evidente el hecho de que la titularidad no es determinante para saber si estamos ante una Infraestructura pública (sea ésta una propiamente tal o una privada de interés público), principalmente por la moderna forma de entender el servicio público luego de la despublificación o crisis del servicio público a la luz de la privatización y de las Asociaciones Público Privadas –cuestiones que analizaremos más adelante con detención-. Con todo, no siempre será fácil distinguir si estamos ante una infraestructura pública o ante una privada de interés público, de hecho, en muchos casos consideramos que la clasificación pierde utilidad puesto que la titularidad del servicio se encuentra tan fraccionada que, desde una perspectiva general, se diluye, pudiendo sólo determinarse aquélla en concreto en cada subetapa del determinado servicio.

Para ejemplificar y dar luces concretas de lo dicho, queremos traer a colación el caso de la infraestructura del transporte público de Santiago, dada la complejidad en su organización. En efecto, por una parte integran el sistema del Transantiago los buses de transporte y, por otra, el Metro de Santiago. Bastará con señalar algunos de los actores del sistema para entender el punto y notar

²² Op. Cit. Págs. 14-16.

que estamos ante un caso de *Infraestructura privada de interés público*, pero que, de todos modos, la categoría pareciera no ajustarse del todo: Metro es de propiedad estatal, pues es una Sociedad Anónima (Empresa de transporte de pasajeros Metro S.A.) de propiedad del fisco y de CORFO y, por tanto, podemos sostener que Metro es un sistema de transporte público, considerado de forma aislada. Por su parte, los buses pertenecen a empresas privadas que actúan en calidad de concesionarias y, en consecuencia, la titularidad de dichos buses recae sobre los particulares y así también la concesión propiamente tal²³. Además, intervienen en el sistema de transporte el Administrador Financiero del Transantiago (AFT), entidad encargada de la recaudación de los ingresos y del pago de los mismos a los operadores, la que es de propiedad de un conglomerado de entidades bancarias privadas; el Sistema de Información al Usuario de Transantiago (SIAUT), empresa licitada a un grupo de sujetos privados, la que tiene el deber de informar a los usuarios sobre el funcionamiento del sistema de transporte y el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (MTT) como entidad reguladora. Existen otros órganos que intervienen en dicho servicio, pero los ya mencionados logran evidenciar la dificultad en la determinación de la titularidad del servicio en cuestión, en razón

²³ Cabe precisar que, bajo la moderna noción del servicio público y de la técnica concesional, el derecho de emprender en el sector de transporte urbano es uno de carácter constitucional subjetivo y, por tanto, inherente a todo sujeto privado con anterioridad a la concesión del transporte, siendo la concesión nada más que la autorización que el Estado otorga al particular, mediante un contrato de largo plazo, para prestar el servicio bajo ciertas condiciones reguladas. (Véase Capítulos III.2. y V.3.1.).

de la tecnificación y complejidad en su estructuración. El mismo fenómeno se repite en gran parte de las infraestructuras públicas que veremos.

3. Breve reseña histórica y contexto actual de las Infraestructuras en Chile

La historia de las infraestructuras en nuestro país se remonta a 1853 con el inicio de la construcción del primer ferrocarril chileno realizada con aportes fiscales. Como sostiene un autor, desde ese año y durante los treinta años siguientes: *“La inversión productiva durante este periodo se concentra en tres tipos de activos, a decir, los caminos y puentes, los puertos y los ferrocarriles siendo estos últimos, los que en promedio, concentran cerca del 75% de las inversiones productivas en infraestructuras del país”*²⁴. De modo que los primeros pasos del Estado chileno se concentraron en aquellas infraestructuras más elementales, como son los caminos, puentes, puertos y ferrocarriles. Es interesante destacar que si bien la construcción de los ferrocarriles marca un hito histórico en las infraestructuras públicas, éstas recibieron un financiamiento importante por parte de los privados, compartiendo el Estado la titularidad de los activos con aquéllos, aunque con posterioridad dichas obras pasaron a estar

²⁴ Cerda Toro, Antonio Hernán. *Inversión pública, infraestructuras y crecimiento económico chileno, 1853-2010*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Facultad de Economía y Empresa. Departamento de Economía y de Historia Económica. Octubre, 2012. [En línea] <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/107826/hact1de1.pdf;jsessionid=3E81CEE472B513E177E1F2886AD70547.tdx2?sequence=1>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 24.

completamente en manos estatales. Así ocurrió en el tramo Santiago-Valparaíso en 1853 y Santiago- Rancagua en 1856²⁵. Ahora bien, habría que precisar que, dada la amplitud del concepto de infraestructura, el verdadero inicio de la historia de las infraestructuras de Chile puede situarse en 1851, puesto que en dicho año nuestro país dio sus primeros pasos en materia eléctrica, aunque no precisamente en la creación de las redes de transporte y distribución de las mismas, sino a través de los telégrafos, los que permitieron la creación del primer sistema de comunicación en base a electricidad entre las ciudades de Santiago y Valparaíso. Otro hito importante en materia de energía eléctrica, y ya propiamente un avance en infraestructuras, fue la iluminación de la Plaza de Armas de Santiago en 1883²⁶.

En el año 1887, con la creación del Ministerio de Industria y Obras Públicas, se concentraron las labores de administración y de supervisión de las obras en un organismo y, de este modo, comenzó a supervisar las primeras concesiones de obras y la administración de EFE (Empresa de Ferrocarriles del Estado, fundada en 1884); se encargó de la reparación, construcción y mantenimiento de las calles, puentes y vías fluviales; la construcción de edificios públicos, canales, acequias, líneas telegráficas y telefónicas, etc. En estos años se realizaron también inversiones en agua potable, saneamiento de

²⁵ Ibíd.

²⁶ Datos obtenidos de Memoria Chilena. Los primeros años de la electricidad en Chile. (1883-1930). [En línea] <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-683.html> - presentacion> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

aguas y sistemas de riego. Si bien durante la segunda década del siglo XIX las inversiones se concentran en las obras ferroviarias –representando cerca del 75% del total de la inversión pública-, comienza ésta a diversificarse y dirigirse hacia los puertos y caminos, alcanzando éstos cerca del 65% de dicha inversión. También continuaron los avances en materia eléctrica, pero es importante señalar que el proceso de creación de redes de iluminación y posterior transmisión de energía fue llevado a cabo por el sector privado: *“Este proceso fue llevado a cabo por empresarios chilenos y extranjeros que crearon cientos de pequeñas empresas eléctricas en pueblos y ciudades de Chile, destacando la Chilean Electric Tramway and Light Company y la Compañía Alemana Transatlántica de Electricidad que operaban en Santiago; la Compañía General de Electricidad Industrial, de capitalistas chilenos, que prestaba servicios desde San Bernardo a Temuco. A esto hay que sumar el aporte de las grandes industrias mineras que instalaron sus propias centrales eléctricas para modernizar sus operaciones”*²⁷.

Luego, en razón del rápido crecimiento de la industria a partir de la década de 1920 –sobre todo por la creación de la Compañía Chilena de Electricidad-, el Estado chileno decide regular el servicio y dictar la primera Ley General de Servicios Eléctricos. Como veremos luego, a partir de la década de 1980 la situación cambia bruscamente con la privatización de las empresas

²⁷ *Ibíd.*

públicas del sector y con la regulación diferencial de la generación, transmisión o transporte y distribución de la energía eléctrica, incorporando el sistema de concesiones con regulación de tarifas por la Administración del Estado en esta última etapa, toda vez que se trata de un sistema de redes que constituye un monopolio natural al ser una economía de escala.

Durante las primeras décadas del Siglo XX, Chile recurre al endeudamiento externo para financiar la pavimentación y la construcción del alcantarillado de Santiago y el ferrocarril Arica- La Paz, entre otras obras. Al respecto, es interesante mencionar que al comienzo de dicho siglo, el Estado de Chile encargó al Ingeniero Domingo V. Santa María la elaboración de un proyecto de alcantarillado de Santiago y de la red de aguas de lavado y de aguas lluvias, quien propuso la construcción de un sistema mixto que separase la red de aguas servidas de alcantarillado, de las aguas lluvias y de las aguas de lavado de calles, sistema opuesto al denominado “todo a la cloaca”, usado en la ciudad de París, por ejemplo. Nos parece interesante hacer notar esto pues da cuenta de la preocupación del Estado por generar infraestructuras planificadas que integrasen las expectativas de desarrollo y crecimiento del país y, en concreto, de la ciudad de Santiago²⁸.

²⁸ Sobre este tema, consultar Santa María, Domingo V. *Proyecto definitivo del alcantarillado de Santiago y de la red de agua de lavado y de incendios*. Cámara Chilena de la Construcción: Pontificia Universidad Católica de Chile: Dirección de bibliotecas, archivos y museos, 2013.

También son destacables el Ferrocarril Trasandino, el Ferrocarril Longitudinal Sur y ciertas obras desagüe que el país requería, todas éstas financiadas con préstamos externos, principalmente obtenidos en Gran Bretaña, los cuales Chile pudo conseguir en los años veinte luego de finalizada la primera guerra mundial. Sin duda alguna, la gran depresión económica acontecida a fines de la década del veinte tuvo consecuencias nefastas para la inversión pública en obras de infraestructura, toda vez que el financiamiento externo era el principal instrumento con el que Chile contaba para ello, en razón de la insuficiente rentabilidad de la producción nacional para dar abasto por sí sola a dichas necesidades, por lo cual sufrió un fuerte estancamiento que duró hasta fines de la primera mitad del siglo XX. Otras razones que se han señalado dicen relación con el avènement de los gobiernos radicales, los cuales pusieron un fuerte énfasis en el desarrollo social (creando instituciones como CORFO y empresas públicas, por ejemplo) y la mayor preocupación de la Administración del Estado por satisfacer con sentido de urgencia las necesidades sociales más elementales como salud, educación y previsión que, sin duda, eran prioritarias y cuya demanda se explica en gran parte por el explosivo aumento en la tasa poblacional.

En razón del posterior crecimiento de Santiago durante la segunda mitad del siglo XX, y de la concentración en dicha ciudad de la industria y del otorgamiento de servicios –así como de la fuerte inmigración del campo a la

ciudad experimentada en el período-, crece la inversión en calles, caminos y vialidad en general: *“Con posterioridad a 1960, en promedio, por cada peso invertido en infraestructuras productivas, más de la mitad se destinan a vialidad, lo que confirma la importancia que ha presentado este tipo de inversiones en los últimos cincuenta años para el país”*²⁹. A pesar de que la inversión en infraestructura vial se intensifica, sigue habiendo inversión en obras de riego y servicios sanitarios, aunque disminuyen considerablemente las realizadas en trenes y puertos. Por otra parte, la implementación y construcción del metro de Santiago iniciada en 1969 por Decreto Presidencial del entonces Presidente Eduardo Frei Montalva, significó un avance importante en materia de transporte urbano.

Sin duda alguna que el salto significativo en materia de inversión en infraestructura fue dado en la década del noventa, con la implementación de las políticas públicas que fomentaron la construcción de las carreteras urbanas mediante la técnica concesional. A comienzos de los años noventa, nuestra infraestructura era bastante precaria y las autoridades estaban concientes de ello y del problema que implicaba, ya que la necesidad de integrar a Chile a la economía global y a las emergentes cadenas de valor mundial resultaba imposible de abordar en esas condiciones, sobre todo por la falta de recursos fiscales para enfrentar el problema. En este sentido, *“Según un diagnóstico de*

²⁹ Op. Cit. Pág. 53.

*la Cámara de la Construcción enfrentábamos un déficit de más de once mil millones de dólares en distintos ámbitos de la infraestructura, monto imposible de abordar por parte del Estado, pues éste no contaba con los recursos para enfrentar este tremendo desafío*³⁰. Así fue como las autoridades de la época decidieron recurrir al sistema de concesiones.

Es menester tener presente que el sistema de concesiones le permitió al Estado chileno, en términos muy concretos, aumentar considerablemente la inversión pública en infraestructura en dicha época pues, como bien señala Clemente Pérez, *“junto con la implementación del sistema de concesiones y en forma adicional a los recursos que provenían de las empresas concesionarias, el Estado chileno más que duplicó la inversión en infraestructura pública entre 1993 y 2004*³¹, pasando de una inversión total de cerca de \$1.500.000 millones de dólares a superar los \$2.500.000 millones de dólares, considerando tanto la inversión pública vía Ley de Presupuesto, así como la inversión privada, ya sea por iniciativa pública como por vía privada, siendo la inversión privada por iniciativa pública la que experimentó un mayor crecimiento³². Ahora bien, si extendemos aún más esta cifra a un período un poco mayor, como bien dice José Francisco García G., *“si solo consideramos los proyectos de rutas transversales, Ruta 5, autopistas urbanas y aeropuertos, durante el período de*

³⁰ Pérez E., Clemente. *Introducción: Infraestructura al servicio de las personas*. En Ediciones LYD (ed.), *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Santiago, 2012. Pág. 14.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

1992-2006, ha implicado una inversión de 187 millones de UF (US\$ 6.917)”³³, lo cual corresponde a 34 proyectos adjudicados por la vía concesional. Un dato importante que explica este suceso es el sostenido crecimiento de las viviendas en la ciudad y el aumento de los ingresos. Así lo destaca Luis Eduardo Bresciani L., pues indica que “La cantidad de hogares se ha incrementado en un 61% en los últimos 20 años, debido al crecimiento de la población y la reducción del tamaño de las familias, lo que sumado a un crecimiento del PIB per cápita (PPA) de cerca de un 293% en el mismo período ha impulsado nuevas demandas de las familias por bienes públicos”³⁴.

En cuanto a la historia de las concesiones³⁵, ésta inicia el año 1991 con la dictación de la primera Ley de Concesiones y la licitación del primer proyecto que consistió en el túnel El Melón. Con este gran salto, el Estado chileno comienza un largo proceso de licitación de concesiones de proyectos urbanos de carretera que han significado un reconocimiento internacional, puesto que ha sido un proyecto de política pública de largo plazo que ha tenido éxito en cuanto a incrementar y permitir el desarrollo del país. De este modo, en la Región Metropolitana las primeras autopistas urbanas empezaron a desarrollarse en el año 1996, luego se licitó Costanera Norte, siendo adjudicado en el 2000. Luego

³³ García G., José Francisco. *Algunas amenazas a la institucionalidad de concesiones de obras públicas*. En Ediciones LYD (ed.), *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Santiago, 2012. Pág. 58.

³⁴ Bresciani L., Luis Eduardo. *Concesiones: hacia la equidad y calidad urbana*. En Ediciones LYD (ed.), *Concesiones: el esperado relanzamiento..*, Santiago, 2012. Pág. 195.

³⁵ Con respecto a la historia de las concesiones de carreteras urbanas en Chile en el período 1991-2010, véase Savino, Diego. *Autopistas Urbanas en Chile: Historia de un éxito*. En Ediciones LYD (ed.) *Concesiones: La urgencia de avanzar.*, Santiago, 2013. Págs. 51-72.

del proceso de construcción, la Autopista Central fue inaugurada en el año 2004 y al año siguiente entraron en operaciones Costanera Norte, Vespucio Norte y Vespucio Sur, todas mediante el *sistema de pago de tarifa interoperacional* denominado “TAG”, lo cual también constituyó una innovación a nivel internacional³⁶.

Dentro de otros proyectos de concesiones, podríamos destacar la licitación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez en 1999, la cual significó una inversión de 316.000 millones de dólares³⁷, los grupos penitenciarios 1 (Iquique, La Serena y Rancagua), 2 (Antofagasta y Concepción) y 3 (Santiago 1, Valdivia y Puerto Montt), los que implicaron una inversión de 134.000, 82.000 y 131.000 millones de dólares, respectivamente; y más recientemente, otras *infraestructuras sociales* como el Centro de Justicia de Santiago (120.000 millones de dólares) y los Hospitales de Maipú y La Florida, ambos por un total de 190.000 millones de dólares³⁸. También, en materia sanitaria, en 1997 se modificó la ley de regulación de los servicios sanitarios y, así, a partir de ese momento y hasta el año 2000 se atravesó por un proceso de privatización de las empresas que operaban dichos servicios. El

36

³⁷ Lacámara S., Alfonso. *Concesiones Aeroportuarias: a 20 años del sistema de concesiones*. En Ediciones LYD (ed.). *Concesiones: La urgencia de avanzar*. Santiago, 2013. Págs. 63-72.

³⁸ Fuenzalida I., Carlos. *La Infraestructura Pública en 20 años*. En Ediciones LYD (ed.). *Concesiones: La urgencia de avanzar*. Santiago, 2013. Págs. 75-84.

Estado chileno decidió conservar en su propiedad los activos y los derechos de agua y concesionarlos³⁹.

En cuanto a la inversión en infraestructura vial, es destacable que, con posterioridad a los primeros proyectos, se realizaron nuevas iniciativas que tenían por objeto reducir los denominados “*cuernos de botella*” que generaban la tasa de crecimiento vehicular: “*Por primera vez se estructuraron programas de inversión a largo plazo que apuntaban a resolver cuernos de botella que se generaban por el rápido crecimiento económico. Entre estos proyectos cabe mencionar la doble vía de la carretera panamericana entre La Serena y Puerto Montt (1.600 Km.), la red de aeropuertos concesionados (10 aeropuertos concesionados) y las rutas transversales de acceso a puertos y fronteras (600 Km.)*”⁴⁰.

En los años recientes, las inversiones en infraestructuras mediante concesiones han venido en declive, pudiendo así identificarse el período comprendido entre los años 1993 y 2009 como el auge de las concesiones, puesto que “*Según datos de la Cámara Chilena de la Construcción (CChC), desde 1993 a 2009 el Ministerio de Obras Públicas (MOP) adjudicó 61*

³⁹ Bitrán, Eduardo y Villena, Marcelo. *El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional*. Estudios Públicos, 117 (2010). [En línea] <http://www.cepchile.cl/1_4572/doc/el_nuevo_desafio_de_las_concesiones_de_obras_publicas_en_chile_hacia_una_mayor.html#.VBnjpEtgZZk> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014.] Págs. 176-177.

⁴⁰ Op. Cit. Págs. 182-183.

*proyectos por una inversión aproximada de US\$ 10.000 millones. Estas obras mejoraron la capacidad, operación y estándar de las principales redes de infraestructuras de Chile, generando beneficios por conectividad, integración territorial, disminución de costos de transporte y accidentes*⁴¹. Sin embargo, existen algunos proyectos relevantes que podemos destacar, tales como los hospitales de La Florida y Maipú, que ya se encuentran en operación, y de Antofagasta, Salvador- Geriátrico y Metropolitano Occidente en etapa de ejecución⁴², los cuales constituyen una innovación en la materia ya que no se trata de infraestructura que permita el desarrollo económico del país sino netamente de orden social, vale decir, que buscan directamente proveer un servicio público para satisfacer una necesidad social. En la actualidad, un interesante proyecto que se encuentra en etapa de pre-calificación es la remodelación y ampliación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez⁴³.

⁴¹ Poduje C., Iván. *Concesiones para un país desarrollado*. En Ediciones LYD (ed.) *Concesiones: el esperado relanzamiento*. Santiago, 2012. Pág. 212.

⁴² Datos obtenidos del Ministerio De Obras Públicas (MOP), Unidad de Coordinación de Concesiones de Obras Públicas: [En línea] <<http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/construccion.aspx>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Los datos fueron aportados por la Cámara Chilena de la Construcción, disponibles en línea en: <<http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2014/07/Diagnostico-y-propuestas-sobre-construccion-de-hospitales.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

⁴³ Ministerio de Obras Públicas (MOP), Unidad de Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. [En línea] <http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle_adjudicacion.aspx?item=117> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

Podemos observar, a modo de conclusión, que la modernización del Estado chileno en materia de infraestructuras ha sido un proceso liderado tanto por el Estado como por las diversas entidades privadas que participan en los distintos sectores de infraestructuras públicas que hemos visto. Ahora bien, es evidente que no nos hemos hecho cargo aquí de cada uno de los sectores de infraestructura relacionados con servicios públicos, pues creemos que esta breve reseña histórica es importante para el sólo efecto de tener en consideración cómo, a grandes rasgos, ha sido el proceso de modernización de las infraestructuras públicas del país y, asimismo, cómo se ha desarrollado la relación entre el Estado y los privados en la materia. Así, ya en sus inicios con el primer ferrocarril chileno en el Siglo XIX los privados tuvieron participación en cuanto a su financiamiento, siendo propietarios de los activos. El hito más destacado, que da cuenta de cómo los particulares han cobrado mayor relevancia en el mercado y participación, se encuentra, como señalamos, en la reciente década de 1990 con la fuerte implementación, en los gobiernos de la Concertación, del sistema de concesiones en diversas áreas.

III. Capítulo II: Análisis jurídico y perspectiva económica de la importancia de las Infraestructuras para el desarrollo del país

1. Las garantías fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y las infraestructuras públicas

Señalamos anteriormente que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra al servicio de la persona humana y por ello tiene el deber de promover el bien común y contribuir a la creación de las condiciones sociales necesarias para la mayor realización posible de todas las personas, tanto en un plano espiritual como material (Art. 1º Inciso cuarto, Constitución Política de la República). En este sentido, podemos constatar una íntima vinculación entre el deber constitucional del Estado de velar por las condiciones de realización de las personas y las Infraestructuras Públicas, en tanto estas últimas permiten o mejoran las posibilidades de realización de las personas. En efecto, las Infraestructuras Públicas siempre tienen por objeto prestar un servicio a la comunidad, si no a ella en su totalidad, a un amplio sector de la población. Es por ello que las Infraestructuras consisten en redes u organizaciones de gran escala que satisfacen necesidades colectivas, tales como el transporte público, los servicios sanitarios y de distribución eléctrica y las telecomunicaciones.

Considero que, en este sentido, los derechos fundamentales de todo individuo, e incluso los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), establecidos estos, principalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)⁴⁴ y de los cuales gozan todas las personas por el simple hecho de ser tales, pueden ser garantizados, en forma más o menos directa, según sea el caso, mediante el mejoramiento de las Infraestructuras que el Estado puede y debe generar para la sociedad globalizada.

Ahora bien, cabe precisar que el carácter sustancial que tienen hoy los derechos fundamentales y sociales de toda persona no fue tal durante la genealogía constitucional chilena, puesto que sólo a partir de la noción de Estado social democrático, desarrollada en nuestro país durante el siglo XX, aquéllos derechos han pasado a formar parte de los cimientos del ordenamiento jurídico chileno. En este sentido, Enrique Navarro ha señalado que *“Los primeros textos constitucionales chilenos del siglo XIX no contienen mayores disposiciones referidas a derechos de contenido social y económico, sino más bien a las libertades públicas, aunque ocasionalmente se hace referencia a la*

⁴⁴ Ambos Tratados suscritos y ratificados por Chile, siendo aplicables a nuestro sistema normativo en virtud de lo dispuesto en el Artículo 5º Inciso segundo de la Carta Fundamental.

educación pública”⁴⁵. En efecto, las primeras cartas fundamentales cautelan libertades, sin establecer normas relativas a derechos de carácter social. Así, por ejemplo, el Reglamento de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 establecía en su artículo 1 que: *“los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil”*.

Sin perjuicio de que en la actualidad la situación es diferente pues, como señalamos, las garantías fundamentales y los derechos sociales, económicos y culturales de las personas están resguardados constitucionalmente, principalmente, en el Artículo 19 de la carta fundamental -por ejemplo, la igualdad, la libertad, el derecho a la integridad física y síquica; así también los derechos sociales, tales como la protección de la salud y el derecho a la educación, etc.- y en tratados internacionales ratificados y que se encuentran vigentes como los ya mencionados, es importante tener en cuenta que no todos éstos cuentan con una protección directa y efectiva mediante la acción constitucional de protección establecida en el Artículo 20 de la Constitución Política de la República. El Profesor Navarro, refiriéndose a los derechos consagrados en el Artículo 19 de la carta fundamental y protegidos mediante la acción de protección, destaca este punto: *“Pues bien, el artículo 20 garantiza*

⁴⁵ Navarro Beltrán, Enrique. *Protección constitucional de los derechos sociales en Chile*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XVI, Montevideo, 2010, PP. 273-288, Konrad-Adenauer-Stiftung [En línea] http://www.kas.de/wf/doc/kas_2359-1442-4-30.pdf?110816161022 [Consulta: 6 de mayo, 2015]. Pág. 287.

con el recurso de protección la mayoría de estos derechos, salvo los denominados derechos sociales y económicos, como es el caso del derecho a la protección de la salud, de educación y de seguridad social". La razón esbozada para no otorgarle protección a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) es que la posibilidad de promover estos derechos depende absolutamente de ciertas condiciones materiales, vale decir, de la capacidad económica del Estado y de la capacidad cultural de su sociedad. Así lo dijo el Informe Final de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (también denominada "Comisión Ortúzar"): *"Es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social u otros"*⁴⁶.

A pesar de lo anterior, nuestros tribunales de justicia han encontrado la forma de otorgarle protección a dichos derechos mediante la aplicación indirecta de otros que cuentan con protección. Principalmente, se ha recurrido al derecho de propiedad y a la igualdad ante la ley, en razón del carácter amplio y dúctil de ambas garantías constitucionales. De este modo, el derecho a la

⁴⁶ Citado en Navarro Beltrán, Enrique. *Protección constitucional de los derechos sociales en Chile*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XVI, Montevideo, 2010, PP. 273-288, Konrad-Adenauer-Stiftung [En línea] http://www.kas.de/wf/doc/kas_2359-1442-4-30.pdf?110816161022 [Consulta: 6 de mayo, 2015]. Pág. 278.

educación, se ha custodiado mediante la acción de protección por la vía de invocar una afectación al derecho de propiedad que, especificado en la materia, se ha traducido, por ejemplo, como una vulneración al *derecho a la matrícula* o el *derecho a los logros académicos*. Lo mismo ha acontecido con otros derechos de la misma naturaleza, como la protección de la salud y el derecho a la seguridad social.

En definitiva, no debe pensarse que, por el sólo hecho de que la Constitución no contemple expresamente que los derechos sociales, económicos y culturales revistan protección mediante la acción constitucional del Artículo 20, éstos quedan entregados a la mera voluntad del legislador o del Estado administrador a través de leyes y políticas públicas, puesto que son exigibles y vinculantes, no constituyendo meras declaraciones orientadoras de principios, sino verdaderos derechos que deben dirigir la acción de los ciudadanos y de los poderes del Estado y, por tanto, en materia de Infraestructuras Públicas, no deben ser soslayados al momento de decidir qué infraestructuras necesita el país y cómo éstas serán otorgadas. En este sentido, es interesante la postura que el Tribunal Constitucional ha asumido en el fallo ROL N° 1.710 de 6 de agosto de 2010 -el cual se dictó en el proceso iniciado de oficio por el Tribunal que declaró la inconstitucionalidad del Artículo 38 ter de la Ley 18.933-, con respecto a la íntima relación existente entre los mencionados derechos sociales y las

prestaciones en que se deben concretar: *“Que los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger “el libre e igualitario acceso a las acciones” (artículo 19, N° 9°); lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida “a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones” (artículo 19, N° 18°); Que la Constitución garantiza el acceso a dichas prestaciones asignándole roles al Estado y a los particulares; Que la Ley Fundamental le asigna al Estado un rol de control o supervigilancia. Así, establece que al Estado le corresponde el “control de las acciones relacionadas con la salud” (artículo 19, N° 9°) y, tratándose del derecho a la seguridad social, dispone que “el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social” (artículo 19, N° 18°)” (Considerandos 114°, 115° y 116°)”*

Como vimos, más allá de la acción constitucional de protección, el Estado Social supone un rol promotor de estas garantías y derechos constitucionales y una constante preocupación por mejorar la calidad de vida de todas las personas, puesto que, en definitiva, lo que se encuentra detrás de toda garantía fundamental, y así también de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no es sino la dignidad de las personas. Así lo sostiene

Nogueira Alcalá: *“La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta todos los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos. Cabe señalar que la dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamenta tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales”*⁴⁷. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en el Considerando Vigésimo Tercero de la Sentencia de 26 de junio de 2008 ha afirmado la relevancia de la dignidad como piedra angular del ordenamiento jurídico y de la cual se deriva todo el sistema de derechos fundamentales: *“Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo*

⁴⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. *LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EFECTIVOS EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO*. Estudios Constitucionales. Año 7, N° 2, 2009. Págs. 143-205. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Pág. 145.

ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos⁴⁸”.

Las infraestructuras públicas no tienen sino por objeto mejorar la calidad de vida de las personas, permitirles un mejor ejercicio material de sus derechos y libertades y, por tanto, constituyen una forma por la cual el Estado cumple su cometido de promover el bien común y *“contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”* como reza el texto constitucional en su Art. 1 Inc. 4., en relación a lo dispuesto en el Art. 5 inc. 2 sobre el deber de promover y respetar los derechos fundamentales de las personas en el ejercicio de sus funciones: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Cabe precisar, no obstante, que los derechos o garantías de naturaleza prestacional más sensibles y que, en definitiva, han generado discusión doctrinaria y jurisprudencial, no son derechos que se vinculen directamente con

⁴⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 976-07, 26 de Junio de 2008. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=976-07> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

las infraestructuras, tal como ocurre con el derecho de educación. Ahora bien, estando conscientes de ello, es innegable que, considerando el carácter de soporte o base material del desarrollo social que tiene la Infraestructura de carácter público, siempre, en algún grado, estarán afectadas dichas garantías y derechos por la calidad de nuestras infraestructuras, ya que ¿Qué relevancia puede tener que el Estado construya colegios de buena calidad para aquellos niños que no pueden o no quieren ingresar a la educación subvencionada o a la privada si no existen servicios de telecomunicaciones, tales como Internet, en aquél establecimiento o si no cuenta con una red de agua potable e iluminación adecuada?

Se ha afirmado que los deberes prestacionales del Estado son bastante limitados, toda vez que nuestro sistema normativo constitucional consagra la primacía de la persona individual y el Estado subsidiario. No obstante, hoy por hoy parece estar manifestándose una tendencia hacia el reconocimiento de la obligación prestacional del Estado y de protección y promoción más intensa de las garantías fundamentales, así como de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Profesor Nash ha hecho notar esta idea, a la luz del fallo que anteriormente citábamos dictado por el Tribunal Constitucional con fecha 26 de Junio de 2008: *“Si bien el Tribunal Constitucional chileno ha tenido una tendencia a interpretar restrictivamente los derechos consagrados constitucionalmente, debe mencionarse que a partir de un fallo de 2008 se*

*aprecia una apertura hacia una interpretación adecuada de las obligaciones prestacionales del Estado. En el conocimiento de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este Tribunal argumentó acerca de las obligaciones que surgen para el Estado en materia de derechos prestacionales (concretamente, el derecho a la salud) y estableció el carácter normativo y no meramente programático de la Constitución, en particular, de su parte dogmática*⁴⁹. En efecto, para el Tribunal Constitucional, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o de segundo orden, no son meras expectativas que dependan de la voluntad del soberano, sino verdaderos derechos que el Estado debe garantizar. En esta línea, el fallo estableció: *“VIGESIMOSEXTO. Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica. Acertadamente, se ha escrito (Francisco J. Laposta: “Los Derechos Sociales y su Protección Jurídica. Introducción al Problema”, en Jerónimo Betegón et. al, (coordinadores): Constitución y Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2004) pp. 299 y 301), que en tales derechos: “El núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se*

⁴⁹ Nash Rojas, Claudio. *LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES*. Estudios Constitucionales, Año 9, No 1, 2011, pp. 65 - 118. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Pág. 103.

entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre tales derechos encontramos la prestación de un servicio (educación, salud, protección del riesgo, etc.).”

En definitiva, el moderno Estado Social democrático, a pesar de sustentarse en una economía de mercado, no puede entenderse sin los valores fundamentales de dignidad, igualdad y libertad de las personas, ante los cuales el Estado tiene un rol preponderante e insoslayable, a saber, velar adecuadamente por que se respeten y promoverlos, no bastando la mera actuación del mercado para satisfacer las necesidades materiales más elementales. Asimismo, las Infraestructuras Públicas, entonces, representan aquella base o soporte esencial para la elaboración de otras políticas públicas de protección más directa, como los beneficios en materia de salud o previsión social que el Estado otorga y que deben traducirse en prestaciones concretas. Nogueira evidencia con mucha claridad la lógica relación entre Estado social y democrático y protección de garantías sociales fundamentales: *“El derecho constitucional democrático contemporáneo presuponen la dignidad y la igualdad y libertad esenciales de las personas, además de asegurar la protección de ellas ante factores que atenten contra tales presupuestos, asegurando las circunstancias reales que posibiliten el ejercicio efectivo de la libertad y la igualdad de oportunidades, protegiendo a las personas frente a riesgos naturales o sociales a los que está expuesto como señala Alexy, de manera tal*

que todos puedan desarrollar al máximo posible sus potencialidades o su libertad, en su dimensión de exultación”⁵⁰.

Finalmente, como ejemplo de que, usualmente, los servicios que operan sobre infraestructuras se encuentran en íntima conexión con nuestros derechos más fundamentales, tanto individuales como sociales, pensemos, por un lado, en aquella garantía establecida en el Art. 19 N° 7 a) de la Constitución política de la República, a saber, la posibilidad de todo ciudadano de desplazarse de un lugar a otro libremente⁵¹ (libertad ambulatoria) y, por otro, en las calles y carreteras urbanas. Así, la libertad de desplazamiento, en términos prácticos, supone la existencia de calles y carreteras que permitan que dicho desplazamiento se produzca en un tiempo razonable y de una forma segura y eficiente. Dichas calles y carreteras son, en efecto, redes e instalaciones o construcciones artificiales en las cuales el Estado debe intervenir para planificar la disposición y el correcto funcionamiento de las mismas.

⁵⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. *LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EFECTIVOS EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO*. Estudios Constitucionales. Año 7, N° 2, 2009. Pp. 143-205. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Pág. 187.

⁵¹ Cabe precisar que dicha libertad debe ejercerse *a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley*. Esto se traduce en que la afectación de la libertad ambulatoria en tanto derecho fundamental, así como la libertad personal en general, es de reserva legal y sólo puede afectarse y regularse mediante ley. Para una revisión más acabada de este aspecto, véase Nogueira Alcalá, Humberto. *La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista de Derecho, Vol. XIII, diciembre de 2002, pp. 161-186. Universidad Austral de Chile. [En línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502002000100011&script=sci_arttext#r3 [consulta: 7 de mayo de 2015].

2. La importancia de las infraestructuras para el intercambio internacional: las cadenas de valor mundial.

Otra perspectiva desde la cual podemos situarnos para comprender la relevancia que una buena planificación y desarrollo de infraestructuras tiene para un país es la que entrega la economía global. Los organismos internacionales que se preocupan constantemente de estudiar el crecimiento y desarrollo mundiales y, asimismo, de proponer y promover políticas públicas acordes a un mundo en constante evolución y cada vez más interconectado, han sido enfáticos en sostener que sin la infraestructura adecuada, un país puede quedarse fuera del intercambio mundial y, por tanto, sufrir un retroceso o estancamiento en sus proyecciones de crecimiento económico y desarrollo social, dada la ineludible interacción entre prácticamente todos los países del orbe que el sistema económico vigente exige. En la literatura que estudia estas materias, se ha desarrollado el concepto de *cadena de valor mundial o global value chain* (GVC) para referirse al intercambio internacional en estos términos.

Existe una iniciativa o institución informal de trabajo interdisciplinario denominada, precisamente, Global Value Chains o GVC, integrada por profesionales e investigadores del área del desarrollo y la globalización económica, la cual define el concepto del siguiente modo: *“La cadena de valor describe el rango completo de actividades que las empresas y los trabajadores*

realizan para llevar un producto desde su concepción hasta su uso final y más allá. Este proceso incluye actividades como diseño, producción, publicidad, distribución y soporte al consumidor final. Las actividades que comprometen una cadena de valor pueden estar contenidas dentro de una sola empresa o divididas entre diferentes empresas. Las actividades que integran dicha cadena de valor pueden producir bienes o servicios, y pueden producirse dentro de una sola ubicación geográfica o esparcidas en áreas más amplias. La iniciativa GVC está particularmente interesada en entender las cadenas de valor que están divididas entre múltiples empresas y esparcidas a lo largo de diversas franjas de espacio geográfico, de ahí el término “cadena de valor mundial”⁵². Al respecto, recientemente la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en conjunto con la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Banco Mundial (BM), prepararon un estudio como insumo para la reunión de los ministros de comercio de los países pertenecientes al G-20, llevada a cabo en Sydney en Julio de 2014⁵³, denominado “Global Value Chains: challenges, opportunities, and implications for policy. En dicho informe, se hace referencia a cómo la expansión de las cadenas de valor mundiales han modificado la naturaleza del intercambio y comercio internacional, generando una fragmentación en la producción de bienes y servicios y, asimismo, cómo las

⁵² Global Value Chains Initiative. *What is a Value Chain?* (traducción personal). [En línea] <<https://globalvaluechains.org/concept-tools>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

⁵³Véase www.emol.com. *Informe: Problemas en infraestructuras en Latinoamérica dañan cadenas de valor mundial* (17 de Julio, 2014) [En línea] <<http://www.emol.com/noticias/economia/2014/07/17/670279/problemas-en-infraestructuras-en-latinoamerica-danan-cadenas-de-valor-mundial.html>> [Consulta: 14 de noviembre, 2014].

políticas públicas en el área han tendido a facilitar la existencia y ampliación de aquellas cadenas de valor, principalmente, a raíz del desarrollo tecnológico, el cual ha permitido una reducción considerable de los costos de coordinación y transacción entre agentes económicos –principalmente, empresas- de distintos países⁵⁴. Por otra parte, el estudio señala que la participación en las GVC por los países miembros del G-20 no es homogénea, toda vez que existen factores que determinan la forma e intensidad en que cada uno de dichos países logra hacerse parte en las cadenas de valor mundial. En este sentido, en el informe se sostiene que: *“No todas las empresas ni todos los países están igualmente involucrados en las cadenas de valor mundial o GVC’s. Algunos países participan en muchas y variadas GVC’s, ya sea como países anfitriones, liderando a las empresas, o como proveedores de tareas muy específicas, mientras que otros han experimentado una penetración menos relevante en aquéllas GVC’s. Estos grados diversos de conectividad no están determinados solamente por la apertura de los países al comercio, sino que por una diversa variedad de consideraciones. Algunos de estos factores son permanentes y, por tanto, no están sujetos a cambios por decreto del gobierno, tales como la*

⁵⁴ Es interesante destacar cómo el informe describe el fenómeno de la fragmentación en la producción de bienes y servicios y el rol que las infraestructuras juegan en ello: *“This increasing international fragmentation of production has produced a new “trade-investment-services-know-how nexus,” or the intertwining of trade in intermediates, the movement of capital and ideas, and demand for services to coordinate the dispersed production and distribution of goods and services. Key to this nexus are infrastructure and business services such as telecommunications, including the Internet, transportation, finance, trade facilitation, and knowledge-based services”*. OECD, WTO and World Bank Group. *GLOBAL VALUE CHAINS: CHALLENGES, OPPORTUNITIES, AND IMPLICATIONS FOR POLICY*, [En línea] <http://www.oecd.org/tad/gvc_report_g20_july_2014.pdf>. Pág. 12. [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

ubicación geográfica y los recursos naturales, mientras que otros pueden ser modificados mediante leyes y políticas que un país promulga, los tratados internacionales que ratifica y de los que pasa a formar parte, y las inversiones que realiza. Esto incluye la modernización de las infraestructuras, la especificación de su fuerza de trabajo, y –quizás, lo más importante de todo- la simpatía o amabilidad que pueda observarse en el clima del comercio y la capacidad de movilización y coordinación que las administraciones públicas puedan tener con las organizaciones de trabajo y negocio”⁵⁵.

El informe destaca, en cuanto a la gestión de las infraestructuras, la labor realizada por los países latinoamericanos y, en especial, el trabajo efectuado por Chile durante los años noventa, en materia de transporte y obras públicas mediante los contratos de concesión administrativos. Ya nos referiremos con mayor detalle a cómo Chile enfrentó este proceso de modernización de sus infraestructuras durante aquellos años, sin embargo, queremos ya adelantar que, tal como observan la OCDE, la OMC y el BM en el estudio comentado, el trabajo realizado fue uno sin precedentes y significó un salto sustancial en el camino del desarrollo y crecimiento económico, puesto que permitió a Chile integrarse a la producción de bienes y servicios a nivel mundial. No obstante, también da cuenta de que el sistema de concesiones no fue absolutamente exitoso pues, si bien en la actualidad la mayoría de los contratos han sido

⁵⁵ Op. Cit. (traducción personal) Pág. 20.

renegociados, no todos los procesos de renegociación se han llevado a cabo en los términos más convenientes posibles para los intereses del Estado, lo cual ha significado en algunos casos que éste deba asumir costos adicionales que no se previeron al momento de concesionar. En este sentido, sostiene el estudio que: *“La experiencia latinoamericana con las concesiones en el sector del transporte revela una historia de numerosas y costosas renegociaciones. Los gobiernos han aplicado el modelo de concesiones en el desarrollo de aeropuertos, carreteras, ferrocarriles, puertos marítimos y terminales multimodales, primero a finales de los años 80 y a comienzos de los 90 en Argentina, Chile y México, y luego en Brasil, Colombia, Perú y en Centro América y el Caribe. Ciertas dificultades en la ejecución de los contratos de concesión llevaron a que algunos organismos del Estado, encargados de diseñar políticas públicas, cuestionaran el modelo. En la década del 90, cerca del 50% de las concesiones en materia de transporte fueron renegociadas en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México. En Chile, en promedio, las concesiones fueron renegociadas cuatro veces entre 1933 y 2007. Cerca de un cuarto de la inversión en concesiones derivaron en renegociaciones. Hoy, el 40% por ciento de las carreteras concesionadas existentes han sido renegociadas en Latinoamérica. Cincuenta de las sesenta carreteras concesionadas en Chile, Colombia y Perú fueron renegociadas hasta el año 2010. El costo fiscal adicional equivale al 50% del valor inicial de dichos*

contratos.⁵⁶ En consecuencia, el modelo implementado en Chile en materia de infraestructuras de transporte principalmente, ha sido exitoso, toda vez que ha permitido, precisamente, la integración de Chile al funcionamiento fragmentado de la producción mundial de bienes y servicios –y, por supuesto, mejorar la producción nacional, el comercio local y, como ya mencionamos, la calidad de vida de nuestros ciudadanos-. Sin embargo, la implementación del modelo no fue llevada a cabo exenta de críticas y de problemas, cuestión que analizaremos más adelante⁵⁷.

A pesar de que en el estudio se enfatiza la relevancia que tienen las infraestructuras, en tanto permiten materialmente la participación activa de los países en las cadenas de valor mundial, es innegable que existen otras variables tan relevantes como aquella –tales como la capacidad de

⁵⁶ Op. Cit. (traducción personal). Pág. 29.

⁵⁷ Por de pronto, cabe tener presente que esta deficiencia fue dada a conocer y que fue una de las principales razones que motivaron la recientemente reforma a Ley de Concesiones de Obras Públicas, la cual entró en vigencia en el año 2011. Esta crítica dio lugar, principalmente, al diseño e integración del Panel de Expertos en la materia, como organismo imparcial encargado de intervenir de forma previa en los conflictos entre los concesionarios y el Estado, así como en las renegociaciones de las concesiones públicas. “*Nuestro análisis es concluyente en determinar que las renegociaciones son frecuentes y que representan montos considerables. En promedio, cada concesión ha sido renegociada tres veces, y el monto total de las transferencias hacia los concesionarios es de UF 70,3 millones (2.810 millones de dólares). El 83% de este monto corresponde a negociaciones bilaterales entre el MOP y la concesionaria, mientras que el 17% restante resultó de un proceso de conciliación o arbitraje. Si se considera que el presupuesto original de las 47 obras concesionadas y no extinguidas era de UF 211,6 millones (8.460 millones de dólares), se concluye que un 25% de los \$ 11.270 millones de dólares invertidos en infraestructura mediante el sistema de concesiones fue agregado después de la adjudicación del proyecto, sin un proceso de licitación competitiva*”. Eduardo Engel, Eduardo, Ronald Fischer, Ronald, Galetovic, Alexander y Hermosilla, Manuel. “*Renegociación de Concesiones en Chile*”. Estudios Públicos 113, 2009. [En línea] http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4342_2434/rev113_engel_otros.pdf [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

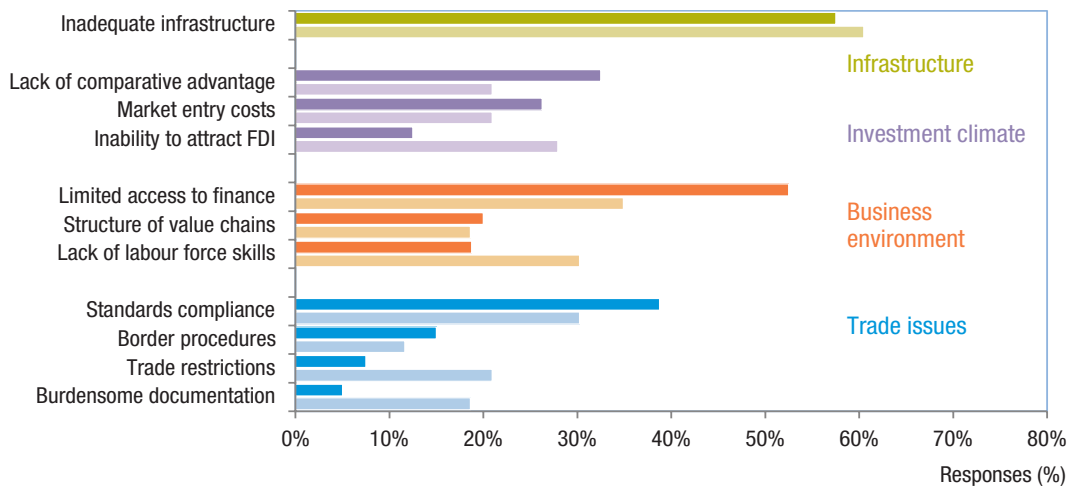
coordinación de la administración pública, las políticas públicas en materia laboral y otras mencionadas en el texto citado- con las cuales confluye. Una encuesta sobre ayuda al comercio, realizada en conjunto por la OCDE y la OMC el año 2013⁵⁸ muestra con claridad cómo difiere la percepción que tiene el sector público de aquella que tiene el sector privado en cuanto al rol que juegan unos u otros factores en las cadenas de valor mundial.

⁵⁸ World Trade Organization and OECD. *Aid for trade at a glance: connecting to value chains*. 2013. [En línea] <http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/a4t_e/global_review13prog_e/aftglancpocket_e.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

El siguiente gráfico, extraído de la encuesta señalada, muestra la visión del sector público de los países miembros de la OCDE y de otros países asociados –mayoritariamente, países en desarrollo- con respecto a las principales barreras que se enfrentan en aquellos países para un funcionamiento eficiente del intercambio y comercio internacionales. Podemos constatar que la existencia de infraestructura deficiente es percibida por el sector público como la principal barrera que se interpone en un adecuado funcionamiento de las cadenas de valor mundiales:

FIGURE 3. BARRIERS FIRMS FACE IN ENTERING VALUE CHAINS - PUBLIC SECTOR VIEWS

Partner countries (in bold), compared to donors



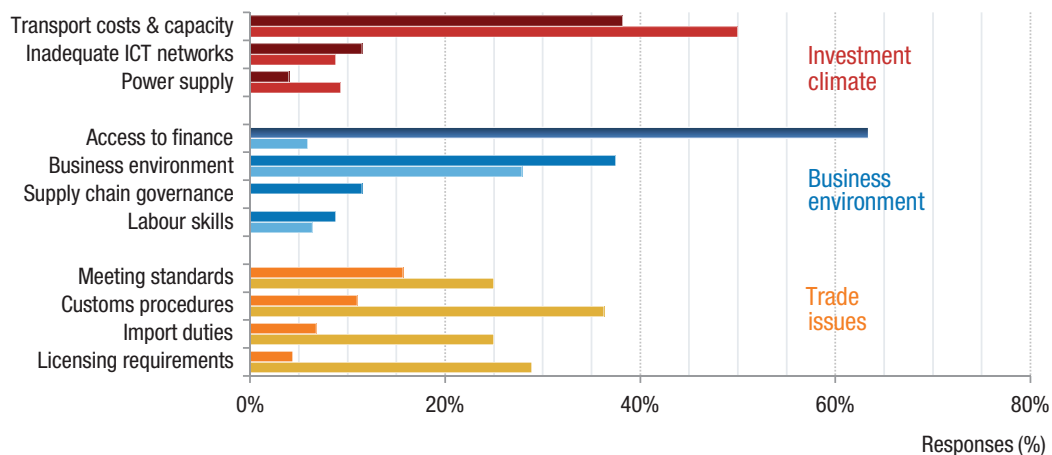
Fuente: encuesta efectuada por la OCDE en conjunto con la OMC el año 2013 a países miembros de la OCDE y a otros en calidad de asociados en desarrollo⁵⁹.

⁵⁹ *Ibíd.*

Por su parte, en cuanto a la percepción que tiene el sector privado, podemos colegir de la referida encuesta que si bien la ausencia de infraestructuras adecuadas es una barrera muy relevante, para dicho sector el acceso al financiamiento constituyen el primer obstáculo que debe superarse para mejorar las condiciones de participación en las cadenas de valor mundial. Sin perjuicio de ello, podemos constatar que los costos y capacidad del transporte y las inadecuadas redes ICT (Tecnologías de la Información y de la Comunicación) son también un obstáculo relevante para el sector privado:

FIGURE 4. BARRIERS FIRMS FACE IN ENTERING VALUE CHAINS - PRIVATE SECTOR VIEWS

(Developing country suppliers in bold, as compared to lead firms)



Fuente: encuesta efectuada por la OCDE en conjunto con la OMC el año 2013 a países miembros de la OCDE y a otros en calidad de asociados en desarrollo⁶⁰.

⁶⁰ Op. Cit. Pág. 8.

Podría parecer contradictorio el hecho de que el sector privado priorice el acceso al financiamiento por sobre las infraestructuras con aquello que hemos señalado sobre la relevancia que éstas tienen en diversos aspectos de nuestra vida e interacción social. Sin embargo, dicha contradicción es, a mi juicio, sólo aparente. La infraestructura adecuada para las necesidades de una sociedad determinada constituye una necesidad pública y, como tal, es al Estado a quien principalmente le debe interesar contar con una planificación apropiada en la materia. En consecuencia, no es sino el Estado quien debe evaluar nuestras necesidades de infraestructura, lo que debe traducirse en el diseño eficiente de políticas públicas que sean acordes con el contexto socioeconómico que nos toca vivir, la cual es, de hecho, una de las principales preocupaciones de todo país globalizado como Chile, en virtud de la producción fragmentada de bienes y servicios⁶¹.

No quiero decir con ello que los agentes económicos que integran el sector privado –y también aquellos que intervienen en servicios públicos- se

⁶¹ Como ejemplo de política ineficiente en materia de infraestructuras, cabe señalar el caso de las denominadas “catedrales en el desierto”, es decir, construcciones o edificaciones que se emplazan aisladas de la comunidad y que, en consecuencia, no otorgan beneficios a aquélla. *“Cathedrals in the desert: Building factories or research laboratories in remote locations works only when it forms part of a broader plan for creating backward and forward linkages, and when it is matched with programmes to foster local infrastructure development. Even then, such a policy is highly risky”*. OECD, WTO and World Bank Group. *GLOBAL VALUE CHAINS: CHALLENGES, OPPORTUNITIES, AND IMPLICATIONS FOR POLICY*, [En línea] <http://www.oecd.org/tad/gvc_report_g20_july_2014.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 26

comporten como meros *Homos economicus*⁶², ciegos ante la realidad social y velando únicamente por maximizar sus utilidades reduciendo al mínimo posible sus costos, pues creo que actualmente aquella noción clásica del comportamiento racional ilustrado de los sujetos en la interacción social está del todo superada –o, al menos, lo está en aquellas áreas del mercado en las que interviene el Estado por la relevancia pública del bien o servicio en cuestión-. Más bien, lo que ocurre es que el Estado, en algún sentido, se encuentra en una posición aventajada: tiene el deber de promover el fin común y, por tanto, de velar por los intereses de todos los ciudadanos, tanto por aquéllos que participan en las etapas de producción como por quienes constituyen el grupo mayoritario de ciudadanos, es decir, quienes solicitan un determinado servicio en calidad de consumidores finales o beneficiarios y, de este modo, el Estado observa desde el inicio la composición fragmentada de las cadenas de producción, es decir, puede mirar con distancia cómo opera el otorgamiento de bienes y servicios, cuáles son sus falencias y qué se requiere para optimizarlo en el largo plazo. Por su parte, los particulares, de cierto modo, tienden a tener una visión más sesgada del mercado en concreto del cual participan, en cuanto

⁶² *“Es plausible identificar que los modelos de hombre economicus dependen de cálculos racionales con base en el egoísmo, que presuponen una relación específica entre medios y los fines lógicamente distintos. Y que incurrir en la noción de que los motivos se mantienen inmutables en el tiempo y que dichos resultados son universales y absolutos”.* Leriche Guzmán, Cristian E., Caloca Osorio, Oscar Rogelio. *Racionalidad del homo economicus versus creencia racional: una visión a través de la teoría de juegos*. Análisis Económico. 2005: [En línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41304305>> [Consulta: 18 de agosto, 2014].

a sus necesidades dentro de dicho mercado –ya sea que intervengan en la cadena final de producción de un bien o servicio determinado o aguas más arriba, como en la generación de energía o en la extracción de materias primas-. Teniendo esto en cuenta, es lógico que, ante los ojos de un particular, aparezca como primera necesidad contar con el financiamiento adecuado para sus emprendimientos económicos, necesidad que rara vez se encuentra del todo cubierta, sobre todo en los países en desarrollo, como constata la encuesta citada de la OCDE y, así, que las redes de servicios de telecomunicaciones sean óptimas, que los puertos sean de mejor calidad o que los puentes, calles y carreteras sean más rápidas y que se genere menos atochamiento en ellas son preocupaciones que se encuentran en un segundo orden.

Es cierto que las empresas operan en base a complejas estructuras de producción; que, usualmente, realizan estudios de comportamiento del mercado y de percepción ciudadana; que algunas participan en reuniones con otros actores sociales de manera frecuente mediante asociaciones gremiales⁶³ o que, incluso, intentan influir en la definición de aquéllas leyes y políticas públicas que los afectan directa o indirectamente cuando se discuten o diseñan al interior de

⁶³ Por ejemplo, las empresas concesionarias chilenas, al alero de COPSA (Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública A.G.) se reúnen anualmente e invitan a académicos y profesionales del área a exponer sobre las proyecciones del área para los años siguientes, sin embargo, este caso es más bien paradigmático y excepcional pues se trata, precisamente, de los privados que gestionan las obras de infraestructura pública en Chile.

nuestras instituciones de deliberación y decisión política, como el congreso o los diversos organismos reguladores, sin embargo, a pesar de aquella perspectiva global que suelen tener de la sociedad y del mercado –pero restringida en cuanto a los fines que en él persiguen-, a los agentes privados no se les puede exigir o, más bien, no podemos esperar de ellos que tengan una especial preocupación por mejorar el sistema de infraestructuras del sector territorial en el cual se encuentran emplazados (salvo, obviamente, aquéllos que participan directamente en las infraestructuras, como las empresas concesionarias de obras, de energía o de transporte) pues el mejoramiento de las infraestructuras no genera un incremento inmediato en sus utilidades o, dicho de otro modo, no conlleva un beneficio en el corto plazo, pues aquéllas no integran directamente la fase productiva en la que participan por regla general (así, por ejemplo, la rentabilidad y viabilidad de una empresa de exportación de materias primas no descansan de forma inmediata y directa en la calidad del puerto de salida del país, sino más bien en los recursos que puede captar del público inversor para expandir su negocio o en su capacidad de extracción y de su cartera de clientes, por ejemplo).

3. Las infraestructuras constituyen la inversión en el gasto público

A la luz de la noción de Estado social, que, como dijimos, constituye nuestro punto de partida para entender el deber del Estado como entidad

prestadora de servicios, podemos observar otra importancia de las Infraestructuras Públicas. En términos macroeconómicos, el gasto que realiza el Estado se divide en dos áreas, a saber, 1) consumo público e 2) inversión pública⁶⁴. El 1) consumo público consiste en aquellas adquisiciones que realiza el Estado de bienes consumibles, fungibles o no duraderos y en la contratación de servicios inmateriales, como la contratación de empleados o asesores. Por otro lado, la 2) inversión pública podemos definirla, precisamente, como el gasto que realiza el Estado en Infraestructuras de todo tipo, así: *“La inversión pública incluye todos aquellos gastos destinados a la construcción de infraestructuras públicas, entendidas en un sentido amplio, tanto infraestructuras de transporte (autopistas y calles, puertos y aeropuertos,...) como hospitales, colegios, alcantarillado, fábricas, etc. En definitiva, aquellos gastos públicos destinados a la formación de capital productivo físico de titularidad pública”*.⁶⁵ Dado que es el Estado quien establece las directrices de crecimiento y producción del país en virtud de las funciones sociales que debe cumplir, es quien traza las líneas respecto a la forma de implementación y generación propiamente tal de las Infraestructuras y, en definitiva, cumple su cometido de generar capital productivo físico mediante la inversión pública. Sin embargo, cabe precisar que

⁶⁴ “El consumo se divide en consumo privado Cpr, y consumo público Cpu; y la inversión, en inversión privada, Ipr, e inversión pública Ipu. La suma de la inversión pública y el consumo público lo resumimos como el gasto del gobierno G”. Plaza Vidaurre, Marco Antonio. *Apuntes de Macroeconomía nº 3: La macroeconomía de corto plazo para una economía cerrada*. Agosto, 2008. Lima, Perú. [En línea]

<http://macareo.pucp.edu.pe/~mplaza/001/apuntes_de_clases/teoria_macroeconomica/cap3_corto_plazo.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

⁶⁵ Pérez Sánchez, Rafaela María. *Un modelo de uso eficiente de las infraestructuras públicas*. [En línea] <http://eprints.ucm.es/7672/1/0215.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 2.

esta noción keynesiana de la actividad del Estado como un Estado Social de Derecho, nos resulta útil, como señalamos, sólo con fines pedagógicos, puesto que, en la actualidad la inversión propiamente tal suele ser realizada por los particulares, mediante la licitación pública, el sistema de concesiones o, derechamente, mediante la privatización de bienes y servicios, aunque conservando el Estado su rol de regulador e, incluso, en materia de concesiones, recuperando la titularidad de la infraestructura transcurrido un cierto período de tiempo que la ley señala, según sea el caso, para que el particular explote la obra realizada. En conclusión, lo relevante aquí es comprender que una parte importante, en términos macroeconómicos, de la actividad del Estado es la inversión pública en los términos explicados, la cual genera el capital productivo físico que el país requiere, con la salvedad de que, en la actualidad, la inversión pública no se traduce en una transferencia de carácter pecuniario por parte del Estado hacia una empresa constructora o de ingeniería para que construya la obra en cuestión, puesto que dicha inversión es realizada directamente por los sujetos privados, bajo el marco normativo y económico delineado previamente por el Estado.

Las Infraestructuras son inversiones, ya sea que el Estado incurra en ellas como parte del gasto público o que una entidad privada la realice mandatada por el Estado, puesto que constituyen el capital de producción del país, por lo cual tiene una existencia permanente en el tiempo, a diferencia del

consumo público, ya que éste que consiste en la satisfacción de necesidades mediante bienes o servicios efímeros.

4. Justificación histórica de la planificación estatal en materia de infraestructuras.

Finalmente, otra importante razón por la cual la planificación de las infraestructuras, en tanto bienes de capital, debe ser una labor del Estado, tiene que ver con el hecho de que, en América Latina, el capitalismo no constituyó un antecedente “pre-Estado” que exigiera una adecuación social a sus exigencias de funcionamiento, cuestión que sí aconteció en Europa. Esto significa que el papel que debe cumplir el Estado en los países latinoamericanos debe ser mucho más activo e interventor que en el resto de Occidente, puesto que las condiciones materiales de desarrollo no se encuentran *per sé* ante nosotros, sino que es labor del Estado generar un plan de desarrollo y crecimiento económico y, por tanto, delinear las posibilidades del modelo capitalista. En cambio, en los países europeos, el capitalismo es un antecedente con el cual debe lidiar la labor estatal y, por ende, tiene sentido que su función sea, principalmente, la de corregir los vicios del capitalismo. Resulta evidente, de este modo, que los Estados latinoamericanos tienen el deber de establecer las directrices del desarrollo económico y social y, en consecuencia, de fijar los parámetros en los que el capitalismo –siendo las Infraestructuras su principal

manifestación, en tanto bienes de capital- generará las condiciones materiales para modernizar el Estado, de modo tal que le permita una integración armónica a la estructura globalizada de producción de bienes y servicios, entendida ésta como el cúmulo de cadenas de valor mundial. Esta idea ha sido explicada por Norbert Lechner con gran lucidez: *“El primer y principal punto a destacar es que en América Latina —a diferencia de Europa— no se ha conformado una sociedad capitalista con anterioridad al desarrollo del Estado durante el siglo XIX. El capitalismo no es un "dato histórico" dado que preceda a la regulación estatal. Ello tiene una consecuencia decisiva para la configuración del orden social: es el Estado quien asume la tarea de "instaurar" una sociedad moderna. De ahí la especificidad de un intervencionismo estatal dedicado explícitamente a ejecutar un "modelo de desarrollo" para la sociedad en su conjunto. Es decir, la intervención del Estado no corresponde tanto a una función de "correctivo" del mercado como a un esfuerzo deliberado de promover el desarrollo económico y social. Ello implica, por otra parte, que la economía de mercado no sólo depende de la iniciativa estatal sino que guarda una estrecha relación con la "razón de Estado" (cuestión nacional, cuestión social)”*⁶⁶.

⁶⁶ Lechner, Norbert. “El Debate sobre Estado y Mercado”. Estudios Públicos N° 47, 1992. [En línea] http://www.cepchile.cl/dms/archivo_849_1292/rev47_lechner.pdf . [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 237.

IV. Capítulo III: La función del Estado frente a las Infraestructuras públicas

1. Los deberes del Estado a partir del Orden Público Económico y la Constitución Económica establecidos en la Constitución Política de la República.

Hemos visto que, ante los ojos de los privados, las Infraestructuras Públicas no constituyen la principal barrera para que el país se integre a las cadenas de valor mundial. Uno podría, luego, preguntarse: ¿Por qué no crear un estatuto jurídico especial que establezca obligaciones para los particulares, de modo que asuman una postura más proactiva ante nuestras necesidades de infraestructura pública? Lamentablemente (o, por fortuna, quizás) nuestro marco constitucional no permite crear un estatuto de esa naturaleza. Y la razón por la cual no podemos exigirle al sector privado que participe activamente en la planificación, promoción y gestión de las infraestructuras que el país requiere por iniciativa propia, sin incentivos para ello y velando por el bien común, es bastante sencilla: porque nuestro marco económico y constitucional no establece que los individuos deban velar por el bien común. Por el contrario, dicha labor recae en el Estado, sin perjuicio de los derechos subjetivos constitucionales que los sujetos tienen para participar en actividades económicas vinculadas con infraestructuras.

Como señalamos anteriormente, a partir de la escuela ordoliberal de posguerra, el derecho constitucional y la economía comenzaron a acercarse a tal punto que, en la actualidad, en los Estados modernos las Constituciones establecen las bases del modelo económico que los rige⁶⁷. Uno de estos aspectos que usualmente se establece en las constituciones dice relación con cómo el Estado y la sociedad civil se relacionan entre sí en torno a los derechos y libertades económicas que la misma Constitución establece. Así, por ejemplo, en la Constitución chilena el derecho de propiedad y su ejercicio se encuentra limitados por la función social de la propiedad y las facultades expropiatorias del Estado (Art. 19 N° 24); la libertad de emprendimiento económico de los sujetos particulares está establecida en relación a la posibilidad del Estado de intervenir como empresario en la economía (Art. 19 N° 21).

En virtud de la relevancia que tiene para nuestro objeto de investigación esclarecer las razones por las cuales el Estado es el llamado a velar por la existencia de las infraestructuras adecuadas para la sociedad civil y, en consecuencia, por qué no, simplemente, se entrega dicha labor al libre mercado en tanto institución espontánea, consideramos necesario referirnos brevemente a cuáles son los *fundamentos constitucionales y de justicia* que exigen dicha intervención del Estado y, por tanto, cómo se presenta aquello en las bases de

⁶⁷ Valladares Pérez, Alex Omar y Pérez Monje, Carolina Soledad. *Principios de Regulación Administrativa Económica* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008. Pág. 27.

nuestro ordenamiento jurídico, esto es, en nuestra Constitución política, por lo cual estudiaremos sucintamente la noción de Orden Público Económico y algunas vicisitudes que ha mostrado la evolución doctrinaria de dicho concepto en nuestro país.

En primer lugar, luego de haber señalado que a partir de la posguerra surgió la relación entre economía y Constitución con fuerza y que, en consecuencia, ésta establece ciertos parámetros o rasgos esenciales del sistema económico imperante en un Estado determinado, nos parece legítimo y esperable que en el lector surja la siguiente pregunta: ¿Por qué es necesario ello? ¿Por qué una Constitución Política tendría que referirse a la economía y fijar las bases de un determinado modelo económico? Dado que un tratamiento exhaustivo de esta cuestión que nos permitiese otorgar una respuesta del todo satisfactoria exigiría realizar una completa investigación avocada a ello –el cual no es nuestro propósito-, sólo señalaremos que la propia idea de Constitución lleva implícita la necesidad de referirse al modelo económico que regirá en el Estado. Al respecto, Arturo Fermandois ha señalado que: *“Es evidente que no es necesario forzar la idea tradicional de Constitución para amparar en sus preceptos las opciones económicas de un Estado. En una definición universal técnica y no dogmática, se ha dicho que Constitución es la ley fundamental del Estado que establece la organización del poder estatal, lo atribuye a los órganos respectivos, le fija las atribuciones que podrán ejercerse respecto de*

*los individuos, y formula las garantías individuales que los ciudadanos podrán reclamar respecto del Estado y de toda persona*⁶⁸. Así, el autor identifica luego, al menos, tres aspectos a los que la Constitución política, entendida en los términos señalados, debería referirse, si tuviese pretensiones de legitimación política en el plano económico, a saber:

a) Potestades con las cuales cuenta el Estado y sus organismos para regular y planificar la economía,

b) La posibilidad de que el Estado intervenga en la actividad empresarial y

c) Las garantías constitucionales de orden económico que el Estado deberá cautelar y promover a todo individuo y, así, las facultades que éstos tienen para intervenir en la actividad económica en general⁶⁹.

La idea planteada es simple: La Constitución política así entendida constituye la norma fundante de un Estado y, por tanto, la ordenación normativa de la sociedad. En este sentido, es evidente que la forma en que dicha sociedad satisface sus necesidades materiales mediante un determinado

⁶⁸ Fernandois Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Tomo I: El orden público económico / La libertad económica / La no discriminación arbitraria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª Edición. Santiago, 2001. Pág. 28.

⁶⁹ *Ibíd.*

sistema económico debe estar plasmado en ella, al menos, en sus rasgos más esenciales.

1.1. El Orden Público Económico

Esta noción de ordenación normativa en el plano económico u Orden Público Económico no es unívoca en nuestra doctrina. Muy por el contrario, la diversidad de opiniones es tan abundante que resulta bastante difícil distinguir posiciones mayoritarias para establecer puntos de referencia al intentar dilucidar cómo ha sido comprendido por la literatura nacional. Para aproximarnos a la noción de Orden Público Económico, podemos aludir a la definición propuesta por el profesor José Luis Cea Egaña, quien lo ha definido como: *"(...) el conjunto de principios, normas y medidas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución"*⁷⁰. Con posterioridad, este autor integró ciertos matices a dicha definición, sosteniendo que: *"la finalidad del Orden Público Económico es institucionalizar con rango de máxima jerarquía jurídica, un sistema que asegure a todas las personas el respeto y promoción de los valores de libre iniciativa y apropiabilidad de los bienes, de isonomía o igualdad de oportunidades (...), en general, de la prioridad del sector privado, paralela a la subsidiaridad estatal, en el marco de*

⁷⁰ Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988. Pág. 158.

*la libre competencia en un mercado legalmente regulado*⁷¹, tesis que ha seguido la jurisprudencia. Por su parte, Arturo Fermandois lo ha definido del siguiente modo: *“El Orden Público Económico es el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”*⁷².

Podríamos hacer alusión a un sinnúmero de otras propuestas de definición que la doctrina ha elaborado, pero ello nos parece un contrasentido sin una previa sistematización de la discusión. Para ello, cabe tener presente, siguiendo a Schürmann, la clasificación que suele hacerse de las distintas teorías⁷³ en:

a) Tesis funcionales: son aquéllas que derivan el orden público económico de la noción clásica de orden público del derecho civil francés y, por tanto, como un elemento limitador del ejercicio de la autonomía de la voluntad mediante la

⁷¹ Cea Egaña, José Luis. *“Notas sobre Orden Público económico.* Gaceta Jurídica N° 135, Septiembre de 1001, p. 18. Citado en Valladares Pérez, Alex Omar y Pérez Monje, Carolina Soledad. *Principios de Regulación Administrativa Económica* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008. Pág. 31.

⁷² Fermandois Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Tomo I: El orden público económico / La libertad económica / La no discriminación arbitraria.* Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª Edición. Santiago, 2001. Pág. 58.

⁷³ Schürmann O., Miguel. *“Orden público económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica”.* Revista Derecho y Humanidades N°12, 2006. [Págs. 217-229]. Pág. 218.

intervención del Estado. Los autores que proponen tesis de esta naturaleza son anteriores a la Constitución de 1980.

b) Tesis materiales: Dotan de sustancia al orden público económico, más allá de otorgar un mero título de intervención al Estado. Así, las tesis formuladas en este sentido sostienen que la Constitución expresa una serie de axiomas y reglas de orden económico que constituyen las directrices del modelo. Se ha dicho que uno de sus principales exponentes es José Luis Cea Egaña, quien, como hemos visto, señala con toda claridad lo que considera constituye los cimientos del Orden público económico y que, a su juicio, son acordes *con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución*, como por ejemplo, la libertad de iniciativa, la apropiabilidad de todo tipo de bienes, la subsidiariedad del Estado, la prioridad de los agentes privados y la libre competencia dentro de un marco de regulación estatal.

c) Tesis situacionales: Se centran en la idea de orden propiamente tal. Se ha sostenido que las tesis propuestas por Fermandois y Avilés Hernández son las principales exponentes de esta visión del OPE u orden público económico. Para Fermandois, hemos visto que el orden constitucional tiene que ver con el bien común y la realización plena del individuo en la comunidad. Por su parte, Avilés Hernández define OPE como: *“la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica –públicos y privados- que integran la*

*comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre*⁷⁴.

d) Por último, se encuentran las tesis que proponen, simplemente, renunciar a la idea de articular el Orden Público Económico por considerarse una labor infructífera, en razón de la ambigüedad de dicho concepto. En esta postura, encontramos las ideas propuestas por el Profesor Pablo Ruiz-Tagle y por Schürmann, entre otros. Ruiz- Tagle, en su ensayo "*Principios Constitucionales del Estado Empresario*", comentando la explicación que dan los Profesores Enrique Navarro y Roberto Guerrero sobre la ambigüedad conceptual del OPE, en virtud de la dispersión normativa en la Constitución de las disposiciones que se relacionan con aquél, sostiene que: "*Esta explicación demuestra la inflación galopante del concepto de orden público económico que llega entonces a transformarse en un sinónimo de casi todo aquello que se considera importante en las disposiciones de carácter económico de la Constitución chilena*"⁷⁵. Luego, el profesor Ruiz-Tagle propone lisa y llanamente hacer abandono del concepto de OPE y recurrir, en su reemplazo, sólo a los principios de la

⁷⁴ Citado en Cea Egaña, José Luis. "*Tratado de la Constitución de 1980*", Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988. Pág. 47.

⁷⁵ Ruiz-Tagle Vial, Pablo. "*Principios Constitucionales del Estado Empresario*". Revista de Derecho Público N° 62, 2000. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [Páginas 48-64]. Pág. 59.

tradición constitucional de libertad, igualdad y propiedad⁷⁶. Por su parte, Schürmann propone también abandonar por completo el concepto de OPE, en razón de que, a su juicio, el OPE 1) no es un concepto unívoco; 2) es excesivamente abstracto, toda vez que parte de la doctrina estima que en él se integran no sólo disposiciones constitucionales o de otro rango legal, sino que además “situaciones sociales y económicas determinadas”, convirtiéndolo en un concepto “meta-normativo” y que atenta en contra de la racionalidad de las sentencias judiciales y la certeza jurídica; 3) se funda en una argumentación falaz y, finalmente –el argumento más crítico, a nuestro juicio-, 4) responde a una visión político-filosófica de corte conservador y autoritario, al defender la idea de que el modelo económico supuestamente establecido en la Constitución de 1980, a través del orden público económico, es inmutable y que, por tanto, todo el sistema normativo chileno debe subordinarse y someterse a sus principios y, finalmente, como consecuencia del argumento anterior 5) no debe entenderse como un concepto inmutable y de orden contramayoritario, carácter que tendría si se integrase en la Constitución⁷⁷.

Por su parte, para el profesor Enrique Navarro Beltrán, el orden público económico *“comprende tanto el rol del Estado (regulador, fiscalizador y,*

⁷⁶ “Es más sencillo y fructífero entonces, para que nos entendamos, recomendar a la doctrina y la jurisprudencia constitucional chilena el abandono del uso de las nociones de orden público económico y que utilicen en sus opiniones y resoluciones los viejos principios constitucionales de libertad, igualdad y propiedad.” *Ibíd.*

⁷⁷ Schürmann O., Miguel. “Orden público económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica”. *Revista Derecho y Humanidades* N°12, 2006. [Págs. 217-229]. Pág. 221 y 222.

excepcionalmente, empresario), los derechos de las personas (igualdad ante las cargas, libertad de emprender, no discriminación en materia económica y derecho de propiedad) como igualmente los mecanismos para hacer efectivos los mismos o garantías (recursos de protección, amparo económico o denuncia a los órganos defensores de la libre competencia)⁷⁸. El profesor Navarro logra precisar con toda claridad las garantías constitucionales que, plasmadas explícitamente en la Constitución de 1980, integran el denominado Orden Público Económico, cuestión insoslayable que, en consecuencia, da fe de la necesidad de determinar el contenido del mismo. Otro aspecto de suma importancia del Orden Público Económico es que, como se señaló en la Comisión de Estudios de la nueva Constitución que redactó dicha norma fundante, *“en el nuevo ordenamiento jurídico tenemos el deber de contemplar algunas normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a **preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país**”⁷⁹*, esto es, la libertad de emprendimiento al servicio del bien común para el desarrollo del país, cuestión que nos parece de suma importancia y que ha sido destacada por Soto Kloss en su propia formulación del Orden Público Económico: *“(…) debe ser entendida como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el*

⁷⁸ Navarro Beltrán, Enrique. “Orden Público Económico y Libre Competencia”. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VII. N° 7-2003. Págs. 67-78. Pág. 67.

⁷⁹ El destacado es nuestro.

desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común".⁸⁰.

En cuanto a la Jurisprudencia, queremos destacar que ella ha ido evolucionando junto con la doctrina y que, en la actualidad, podemos dilucidar que adhiere a la idea de que el orden público económico comprende no sólo disposiciones de orden legal, sino además principios que emanan tanto de la propia Constitución Política de la República como de una comprensión armónica del sistema normativo y económico en su conjunto.

En primer lugar, cabe tener presente lo que ha sostenido el Tribunal Constitucional al respecto en el fallo Rol 207 de 1995: *"Debe a este respecto recordarse la definición de orden público de don Luis Claro Solar, cuando lo consideró como el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas' y agrega que 'en este sentido orden público es sinónimo de orden social' (...). A su vez, el profesor José Luis Cea Egaña, al tratar del orden público económico, indica que es éste el 'conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional*

⁸⁰ Citado en Navarro Beltrán, Enrique. "Orden Público Económico y Libre Competencia". Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VII. Nº 7-2003. Pp. 67-78. Pág. 67.

formulados en la Constitución'. Consiguientemente, el orden público y el orden público económico en especial, está orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas, y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades⁸¹. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado uno de los objetivos más relevantes del Orden Público Económico en el fallo Rol 467 de 2006, a propósito de la normativa contenida en el DL 211 que se refiere a la libre competencia, al sostener que: "(...) una de cuyas finalidades es salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, en igualdad de condiciones, beneficiándose de este modo a toda la colectividad, interesada esta última en que se produzcan más y mejores bienes y servicios a precios más reducidos;(...)"⁸².

⁸¹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 207-95, 31 de enero de 1995. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=207wsdefrtg> [Consulta: 14 de noviembre, 2014].

⁸² Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 467-06, 14 de noviembre de 2006. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=157> [Consulta: 2 de junio, 2015].

La Corte de Apelaciones de Santiago lo ha definido como: *“el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional que formula la Constitución Política”*⁸³. Y, por su parte, la Excm. Corte Suprema, ha sufrido una evolución en cuanto a su entendimiento del concepto. En 1954 lo definió como *“el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía organizando la producción y distribución de la riqueza en armonía con los intereses de la sociedad”*⁸⁴ y, con posterioridad, hizo suya la postura del profesor Fermandois, aunque recientemente en el fallo 2.184 de 2012, lo ha conceptualizado en términos mucho más simples así: *“Cuarto: Que el artículo único de la Ley 18.971 de 10 de marzo de 1990 que consagró el recurso de amparo económico, señalando que “Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política”, forma parte de una normativa que regula la actividad productiva del Estado, definiendo de paso su presencia empresarial. De esta manera, el bien jurídico protegido es el orden público económico, esto es, el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país”*.

Si bien es evidente que el concepto de Orden Público Económico no genera consenso en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales, no nos parece

⁸³ Citado en Navarro Beltrán, Enrique. *“Orden Público Económico y Libre Competencia”*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VII. N° 7-2003. Pp. 67-78. Pág. 71.

⁸⁴ Citado en Ruiz-Tagle Vial, Carlos. *“Curso de Derecho Económico”*. Librotecnia, Santiago, 2010. Págs. 177-178.

que ello justifique renunciar del todo a dicha idea, puesto que, nos parezca adecuado o no, el Orden Público Económico es considerado y aplicado por nuestros tribunales de justicia, tanto por el poder judicial como por otros órganos especiales, tales como el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (también por la ex comisión resolutive). El hecho de que el concepto no sea unívoco o que sea demasiado abstracto no es una justificación para renunciar a un concepto jurídico de relevancia práctica pues, a nuestro juicio, son los Tribunales de Justicia quienes están llamados a efectuar la revisión de los conceptos abiertos a interpretación y, por tanto, adecuarlos al contexto sociocultural y económico de un determinado momento. En este mismo sentido, Bassa ha afirmado que *“(…), el contenido que se le atribuye al orden público económico en general y al estatuto del Estado empresario en particular, no se desprende pura y simplemente del texto de la Constitución. Es decir, el contenido material de este concepto no es autoevidente, sino que se ha construido por la jurisprudencia y, especialmente, por la doctrina, a través de la interpretación. Ha sido la doctrina la que, a partir de la interpretación del texto vigente, ha afirmado que la Constitución consagra determinada institución o protege determinado modelo”*⁸⁵.

⁸⁵ Bassa, Jaime – Viera, Christian. *Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico*. Revista de Derecho XXXVIII (1^{er} Semestre de 2012) [pp. 661 – 683]. Pág. 666.

Sea el Orden Público Económico más abierto o más cerrado, vale decir, admita nuestro modelo económico modificaciones sustanciales o sólo accidentales mediante la deliberación política y la interpretación, es una discusión distinta. Aquí sólo queremos precisar que es innegable que las bases de un modelo económico están plasmadas en la Constitución Política de la República, al menos, en cuanto a las garantías de los ciudadanos y la posibilidad del Estado de intervenir. Hay quienes consideran, como Fernandois, que la Constitución política “(...) *permite la implementación de modelos y políticas económicas muy diversas, desde las más socializantes hasta otras acentuadamente liberales, en cuanto no excedan el marco amplio de libertad que los funda*”⁸⁶, es decir, argumentan a favor de la neutralidad económica de la Constitución. Al respecto, es fundamental tener en claro que no existe tal neutralidad pues, en efecto, la Constitución no tiene sino por objeto plasmar un determinado sistema político, el cual siempre responderá a ciertos principios y valores de orden filosófico sobre la forma en que los individuos se relacionarán entre sí en una determinada comunidad y también para con el aparato estatal⁸⁷. En este sentido, lo apropiado no es hablar de Orden Público Económico –

⁸⁶ Fernandois Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Tomo I: El orden público económico / La libertad económica / La no discriminación arbitraria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª Edición. Santiago, 2001. Pág. 40.

⁸⁷ Consideramos, además, que en virtud del principio democrático que trasciende a todo el sistema normativo chileno, la Constitución Política de la República no debe fijar directrices inmutables puesto que la propia idea de democracia lleva de suyo la de revisión constante de todas las decisiones que tomamos como comunidad mediante la deliberación política, puesto que sólo así se garantiza que el Estado cumplirá su cometido de velar por el bien común. Finalmente, es ineludible la noción de un orden económico puesto que, de hecho, nuestra Constitución sí establece garantías de ese carácter.

concepto anacrónico sustraído del derecho privado francés para hacer alusión al Orden Público y, por tanto, al rol del Estado como policía en la economía⁸⁸, sino de Constitución Económica, puesto que esto implica *“construir la categoría de Constitución Económica sobre la negación de la neutralidad ideológica de la Constitución estatal, (...)”*⁸⁹, como bien destaca el Profesor Zúñiga Urbina: *“Asimismo, la conocida sinonimia entre conceptos: Constitución Económica (C.E.) y Orden Público Económico (O.P.E.) en su perspectiva funcional y material, en nuestro medio es más que un yerro conceptual, sino es más bien tributaria de un concepto jurídico indeterminado (“orden público”) que desde perspectivas privatistas y liberales da cuenta de una versión sesgada acerca de las funciones del Estado en la economía, muy propias del siglo XIX, en que la función es esencialmente de regulación del tráfico y del mercado (Estado Liberal, Gendarme o de “clase única)”*⁹⁰. El concepto de Orden Público Económico queda superado, de este modo, por el de Constitución Económica, el cual comprendería a aquél pero, además, daría cuenta del carácter ideológico del modelo económico, toda vez que la relación que existe entre éste y el sistema político fijado en sus bases en nuestra Constitución política es evidente.

⁸⁸ Zúñiga Urbina, Francisco. *“Constitución económica y Estado empresario”*. Revista de Derecho Público. Vol. 63, año 2001. Pág. 340.

⁸⁹ Op. Cit. Pág. 339.

⁹⁰ Op. Cit. Pág. 373.

La idea de “*constitución económica*” fue desarrollada en Alemania con la Constitución de Weimar, la cual tuvo por objeto aunar el liberalismo y la socialdemocracia en un solo modelo. Así, “*La Constitución Económica (C.E.) es una categoría vieja utilizada por Beckerath en 1933 en un homenaje a W. Sombart, en el contexto de la Constitución Económica de Weimar, que plasma una ideología ‘liberal-socialista’, es decir, un conjunto de normas iusfundamentales que consagran valores y principios que han de regir la actividad económica del Estado y de privados (sentido formal); normas iusfundamentales que dan cuenta de una ideología institucional cerrada o abierta ligada al sistema económico dominante (sentido material)*”⁹¹.

A pesar de lo dicho, gran parte de la Doctrina nacional sigue sosteniendo la referida sinonimia entre Orden Público Económico y Constitución Económica, lo cual creemos facilita la confusión conceptual del OPE. Concordamos, en consecuencia, con lo que sostiene Zúñiga y también Valladares y Pérez⁹² en cuanto a la conveniencia de referirse a “Constitución Económica” en vez de “Orden Público Económico”, para así distanciarse, por una parte, de la supuesta neutralidad del concepto que proponen Fermandois y otros autores y, por otra, para poder visualizar la pregunta fundamental: dado que la Constitución Política de la República fija ciertas directrices políticas en materia económica, ¿son

⁹¹ Op. Cit. 339.

⁹² Valladares Pérez, Alex Omar y Pérez Monje, Carolina Soledad. *Principios de Regulación Administrativa Económica* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008. Págs. 36 y ss.

estas abiertas o cerradas? ¿permiten una reforma sustancial al modelo económico vigente o, más bien, establecen un orden inmutable de las cosas? A nuestro parecer, es evidente el sesgo liberal en lo económico que se aprecia en nuestra Constitución, por lo cual es válido preguntarnos entonces si, ante esto, el rol del Estado ante las Infraestructuras es uno que responde de forma invariable a dichas premisas o si, por el contrario, podemos elaborar una hipótesis que sea factible de mayor intervención del Estado en el mercado de las infraestructuras que el país requiere.

Consideramos suficiente con formular el problema y no creemos necesario desarrollarlo con mayor detalle pues, como veremos a continuación, a nuestro juicio, con independencia de si nuestro modelo de economía de mercado con cierto enfoque social es modificable o no, el Estado debe hacerse cargo de la exigencia de infraestructuras que el desarrollo del país requiere, tanto si dicho modelo se entiende como un sistema neoliberal absoluto o como uno más cercano a una economía social de mercado (como he sostenido al explicar la evolución del concepto de Estado). Y esta conclusión podemos alcanzarla sólo teniendo en consideración los derechos y principios que emanan del Orden Público Económico y respecto de los cuales la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se encuentran contestes. En este sentido, el Profesor Carlos Ruiz-Tagle Vial en su *“Curso de Derecho Económico”* realiza

una adecuada sistematización de dichos principios y garantías de orden constitucional que comprende el OPE en la actualidad:

1. Libertad económica: a) Derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Art. 19 N° 21, 23 y 24) y b) derecho a la libertad de trabajo, tanto respecto de la libre contratación como de la libre elección del mismo (Art. 19 N° 16).
2. El principio de subsidiariedad del Estado (Art. 1 incs. 2 y 3, en relación al art. 19 N° 21).
3. El principio del derecho de propiedad, el cual comprende el derecho *a la* propiedad y el derecho *de* propiedad (Art 19 N° 24).
4. Principio de igualdad de derechos y oportunidades (Art. 19 N° 20) y su manifestación en la equidad tributaria.
5. Principio de la prohibición de la discriminación arbitraria (Art. 19 N° 22).
6. Principio de legalidad (Art. 63 N° 14 y Art. 65 N° 1).
7. Principio del bien común (Art. 1 inc. 4).
8. Principio de la primacía de la persona humana (Art. 1 inc. 3).
9. Y Otros principios vinculados con el OPE como el principio de revisión jurídica en materia económica y el principio de política monetaria independiente como una labor del Banco Central, organismo autónomo de los poderes del Estado.

Para nuestro objeto de estudio, es esencial tener en cuenta el *principio de subsidiariedad*, en relación a los principios de *bien común* y de la *primacía de la persona humana*, por cuanto la consagración del deber estatal de planificar, promover y gestionar las infraestructuras se puede desprender de una relación armónica entre dichos principios y las normas constitucionales que los establecen. En cuanto a la idea de subsidiariedad, se ha sostenido que ésta consiste en *“un principio de carácter organizacional y de naturaleza política y jurídica que se aplica a la distribución de competencias entre el Estado y los grupos intermedios y que se resuelve en la afirmación esencial de que el Estado no debe intervenir en las actividades que son de la competencia de los grupos intermedios, a menos que por inexistencia o deficiencia de la acción de tales grupos y en subsidio de la misma, el Estado deba intervenir por convenir al interés general y al Bien Común”*⁹³. En consecuencia, el Estado debe abstenerse de intervenir activamente en la economía, salvo que existan ciertas deficiencias que justifiquen su participación en aquélla en razón del interés general y del Bien Común⁹⁴. Se sostiene que este principio está consagrado en

⁹³ Tapia Valdés, Jorge, *“Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”*, Revista Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, Iquique N° 4, 2004, Pág. 14. Citado en Ruiz-Tagle Vial, Carlos. *“Curso de Derecho Económico”*. Librotecnia, Santiago, 2010. Pág. 193.

⁹⁴ Sobre el rol subsidiario del Estado, el Tribunal Constitucional ha sostenido: *“Que, de acuerdo con dicho principio, al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución, presta a los “grupos intermedios” (Considerando 7º) (Sentencia Rol N° 352-02, de 15 de julio de 2002).* En el mismo sentido, pero propiamente en materia económica, el Tribunal ha afirmado lo siguiente: *“(…) De manera que dentro de la filosofía económica que se expresa en la norma*

el Art. 19 N° 21 Inc. Segundo, puesto que establece requisitos estrictos para que el Estado intervenga como empresario, mediante la exigencia de una Ley de Quórum Calificado que lo aprueba y, además, en relación al Art. 1 Incisos tercero y cuarto, los que establecen, respectivamente: *“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.*

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

De este modo, el Estado tiene un rol subsidiario en la economía pues, por una parte, ampara y reconoce a todo grupo intermedio (Art. 1 Inc. Tercero, CPR), garantizándoles autonomía y, por otra, sólo puede intervenir mediante la

constitucional contenida en el inciso 2º del artículo 19 N° 21 excepcionalmente puede el Estado desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. Se trata, entonces, de una preceptiva que es consecuencia del principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 1º de la Carta Fundamental, constituyendo así “un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares” (Rol 167, considerando 9º, 6 de abril de 1993)” (Considerando 14º) (Sentencia Rol N° 467-06, de 14 de noviembre de 2006).

dictación de una Ley de Quórum Calificado que lo apruebe y ello será necesario cuando su obligación de promover el bien común (Art. 1 Inc. Cuarto, CPR) y de generar las condiciones sociales que permitan la realización de los ciudadanos no sea suficientemente satisfecha por la sola actuación de los particulares en una economía de mercado.

Aplicando el razonamiento anterior a la lógica del mercado de las Infraestructuras, podemos sostener que nuestro Orden Público Económico –o Constitución Económica, para la doctrina más moderna- sí consagra el deber del Estado de planificar, promover y gestionar las Infraestructuras que el país requiere puesto que, en razón de la subsidiariedad (Art. 19 N° 21 Inc. segundo CPR), vale decir, de la actuación de los grupos intermedios y de la primacía de la persona humana prioritariamente, no puede garantizarse que aquéllas serán satisfechas de forma plena puesto que, como veremos, el mercado de las infraestructuras presenta ciertas particularidades que lo hacen deficiente y que distorsionan la ley fundamental de la oferta y la demanda del libre mercado espontáneo, por lo cual se hace necesario, en razón de la necesidad de las infraestructuras públicas para el desarrollo y crecimiento económicos y del deber de promover el Bien común (Art. 1 Inc. cuarto CPR), la intervención activa del Estado, ya sea en la gestión propiamente tal de las infraestructuras o mediante la delegación regulada de dicha labor en los particulares, creando un mercado previamente, si se nos permite, “de forma artificial”. Por último, quiero

precisar que la Libre Competencia, como bien sostiene y fundamenta el Profesor Enrique Navarro Beltrán⁹⁵, forma parte del Orden Público Económico y, por tanto, en principio la competitividad de los particulares es un presupuesto de funcionamiento y eficiencia de la economía chilena, sin embargo, como ya explicaremos, las infraestructuras no permiten la competencia *en el mercado*, por regla general, por lo cual dicha competencia se traslada a una instancia previa, vale decir, se compite *por el mercado*.

A modo de conclusión en cuanto al Orden Público Económico en relación a los deberes que el Estado tiene para con las Infraestructuras que la sociedad requiere para su progreso, concordamos con Fermandois⁹⁶ en que quien ha dado con el meollo del problema es el Profesor Roberto Guerrero del Río, en el sentido de que, como bien destaca aquél autor, “*Guerrero identificó con precisión (...) el problema central del Orden Público Económico: la determinación de cuál es el grado de regulación o intervención que debe autorizarse al Estado en materia económica, y en qué forma debe canalizarse esta intervención*”⁹⁷. Así, lo fundamental es, entonces, responder ¿Cómo debe el Estado regular o intervenir el mercado de las Infraestructuras, dado el Orden Público Económico –o, mejor dicho, la Constitución Económica- de orden liberal

⁹⁵ Navarro Beltrán, Enrique. “*Orden Público Económico y Libre Competencia*”. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VII. N° 7 – 2003.

⁹⁶ Fermandois Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Tomo I: El orden público económico / La libertad económica / La no discriminación arbitraria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª Edición. Santiago, 2001. Pág. 44.

⁹⁷ Op. Cit. Pág. 45.

y sustentada en la Libre Competencia que nos rige, toda vez que se encuentra vinculado con el deber de promover el bien común y, por tanto, velar por los intereses de la comunidad como un todo?

Con posterioridad, explicaremos en qué consisten aquellas particularidades que hacen del mercado de las infraestructuras uno en el cual el Estado tiene que tener una preocupación especial y, por tanto, otorgarle un tratamiento distinto al de otros bienes. Por de pronto, queremos referirnos a cómo el Estado, constreñido por la Carta Fundamental a velar por el bien común y, en nuestro caso, por las infraestructuras públicas necesarias, cumple dicho cometido.

2. Los servicios públicos de Infraestructura.

Para la Doctrina iuspublicista, los servicios públicos constituyen uno de los tres grandes pilares que conforman la actuación de la Administración del Estado⁹⁸. En efecto, suele decirse que la Administración pública ejerce i) una *función o actividad de policía*, esto es, de regulación y control de la actividad de los particulares, ii) *una labor de fomento* a la actividad de los privados y grupos intermedios de la sociedad y, finalmente, iii) *una función de prestación o de*

⁹⁸ Bermúdez Soto, Jorge Andrés. *Derecho Administrativo General*. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011. Pág. 245.

servicio público, a través de la cual busca satisfacer las necesidades de interés general de la comunidad.

La forma en la cual la Administración del Estado ha desempeñado la función de prestación ha variado en el tiempo. Como bien ha señalado Bermúdez, *“La actividad de prestación de servicios por parte de la Administración Pública emerge y se desarrolla a partir del siglo XVIII, pasando por varias etapas. Así, inicialmente era una prestación de servicios de carácter asistencial en el Estado de Policía. Con posterioridad, asume servicios públicos de naturaleza económica que son prestados mediante concesionarios. Finalmente, se pasa a una generalización de la actividad de servicio público de prestación directa por el Estado y el desarrollo por la Administración de actividades estrictamente empresariales”*⁹⁹. Es en razón de esta evolución en el modo a través del cual el Estado provee de servicios que se ha hecho difícil delimitarlo, sin embargo, como primera aproximación, cabe tener en consideración las definiciones elaboradas por Duguit, quien señala que servicio público es: *“Toda actividad cuya realización debe ser regulada, asegurada o controlada por los gobernantes, porque es indispensable para la realización o el desenvolvimiento de la interdependencia social y que es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente sino mediante la intervención de la*

⁹⁹ *Ibíd.*

*fuerza gobernante*¹⁰⁰ y por Hauriou, quien lo define como: “*servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública*”¹⁰¹, pues estas son las nociones clásicas de servicio público, de las cuales el Profesor Bermúdez extrae las siguientes características:

a) la necesidad de que exista un interés general o una necesidad colectiva en proveer de dicho servicio,

b) es la Administración quien se encarga de la prestación del servicio y

c) la existencia de un régimen jurídico de carácter especial que regula la manera en la cual se provee del servicio en cuestión.

El origen del servicio público puede reconducirse a la aparición del Estado liberal. Como señalamos al estudiar la evolución del Estado moderno en occidente, el Estado liberal tiene como sustento filosófico los principios originados en la revolución francesa, esto es, a grandes rasgos, la igualdad y la libertad de los individuos y el control de los poderes del Estado. Dado el

¹⁰⁰ Citado en Olivares Gallardo, Alberto. “*Servicio público y sector eléctrico. Evolución en Europa desde la experiencia española*.” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012). Págs. [437-471] Pág. 448.

¹⁰¹ Citado en Bermúdez Soto, Jorge Andrés. *Derecho Administrativo General*. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011. Pág. 247.

surgimiento de la economía liberal, en la cual ya se constataba que la doctrina del *laissez-faire* generaba distorsiones y dificultades de orden social que requerían intervención directa del Estado, la Administración, entonces, comienza a asumir, de forma muy embrionaria, un rol de prestador¹⁰². Sin embargo, debieron manifestarse los primeros problemas sociales a raíz de la incipiente industria y complejización de la producción para que el Estado asumiera dicha labor propiamente tal: *“Este Estado liberal dio paso, por tanto, a un Estado prestacional, caracterizado, siguiendo la clasificación de Ariño, como titular de actividades, fundado en el interés público de una actividad considerada esencial para la sociedad y en la cual existen fallas de mercado, que le permiten al Estado reservarse la titularidad de una actividad como servicio público. El ejercicio de dicha actividad puede realizarla por gestión indirecta a través de la iniciativa privada (mediante concesión), o por gestión directa”*¹⁰³. Así, a raíz de las crisis sufridas en occidente, provocadas por el auge de la industrialización y la vida precaria de los trabajadores, la emergente globalización de la economía, las guerras mundiales y por la gran depresión de 1929, el Estado asume sus labores propiamente tales en virtud del principio de

¹⁰² *“El Estado propugnaba el “laissez-faire”, doctrina en que la Administración toma una actitud pasiva respecto de la vida económica, en favor de la libertad de industria y comercio, interviniendo de manera específica cuando surgieran problemas de seguridad para la comunidad o para el desarrollo de obras que los particulares no quisiesen o no pudiesen asumir”*. Olivares Gallardo, Alberto. “Servicio público y sector eléctrico. Evolución en Europa desde la experiencia española. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012). Págs. [437-471] Pág. 444.

¹⁰³ Citado en Olivares Gallardo, Alberto. “Servicio público y sector eléctrico. Evolución en Europa desde la experiencia española. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012). Págs. [437-471] Pág. 447.

solidaridad y de protección de los ciudadanos más desaventajados de la sociedad, precisamente, y con mayor fuerza, allí donde la mano invisible de la economía no se manifestaba de modo alguno. Aquí, el Estado asume un rol preponderante e interviene de forma directa.

Como bien dice Alberto Olivares, podemos clasificar dicha intervención en tres fases: *“Este fenómeno de asunción de actividades por parte del Estado, tuvo lugar en tres etapas: i) La asunción de servicios asistenciales; ii) La creación de infraestructuras; y iii) La realización de actividades empresariales.”*¹⁰⁴. La primera fase tiene que ver con las falencias intrínsecas al liberalismo económico, otorgando el Estado asistencia social, de salud y educacional, por ejemplo. La segunda fase –y de mayor interés para nuestra investigación- aparece en Europa con posterioridad a las guerras mundiales, en razón de la necesidad de reconstruir los Estados para restaurar las economías locales y, finalmente, la tercera fase tiene lugar en virtud de las falencias que mostraba el sector privado en hacerse cargo por sí mismo de los servicios públicos y también a raíz de la debacle provocada por las guerras ocurridas durante la primera mitad del siglo XX¹⁰⁵, así, tiene su origen en las nacionalizaciones efectuadas en Inglaterra en 1945 y en Francia en 1944. Con

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ En cuanto al rol del Estado como empresario, son interesantes las fases que distingue Zúñiga en su evolución histórica, a saber, a) Estado asistencial, b) Estado titular de servicios de carácter económicos, pero a partir de la teoría de la concesión y del dogma de la administración concedente y c) Estado gestor de empresas, en la cual se quiebra el esquema clásico Estado-economía. Zúñiga Urbina, Francisco. *“Constitución económica y Estado empresario”*. Revista de Derecho Público. Vol. 63, año 2001. Pág. 354.

el avènement del neoliberalismo, se traslada la titularidad nuevamente de los servicios públicos al sector privado, pero esta vez estableciéndose cargas u obligaciones de servicio público en su contra para garantizar el otorgamiento del servicio a la comunidad en ciertas condiciones mínimas, otorgándole, como contrapartida, una retribución pecuniaria por ello. Esta etapa final se la asocia a la *crisis del servicio público*, pues viene de la mano de la crisis del Estado de Bienestar, ya que a partir de los años setenta comienza a cederse mayor terreno al sector privado en el otorgamiento de aquellos servicios considerados esenciales para la realización de los ciudadanos, perdiendo la administración la titularidad de aquéllos. Esta idea de crisis del servicio público se origina en la comunidad europea pues dicho concepto fue sustraído del Derecho Comunitario de la Unión Europea, siendo reemplazado por el de “*servicio económico de interés general*” en el Art. 86.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹⁰⁶, con el fin de generar el diseño institucional y jurídico que permitiese la liberalización de los servicios que habían sido publicados luego de la segunda guerra mundial. De este modo, se ha argumentado a favor de la renuncia a la idea de servicio público.

¹⁰⁶ Comunidad Europea. *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. Artículo 86.2: “*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad*”. [En línea] <https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf> [Consulta: 13 de Noviembre, 2014].

Es de mi parecer que la noción de servicio público no debe ser abandonada por las circunstancias señaladas, puesto que, con independencia de quien ostente la titularidad del servicio en cuestión, éste presenta una serie de características que son universales y aplicables, por ende, a todo servicio público y que lo definen como tal, razón por la cual no basta que el Estado haya perdido su titularidad para renunciar a su existencia. Éstas son: a) Generalidad, b) Uniformidad, c) Continuidad, d) Permanencia y e) Regularidad¹⁰⁷. Así, lo fundamental es que el servicio en cuestión tiende a cumplir los fines propios del Estado, ya sea que se otorgue por él mismo a través de sus órganos o mediante algún instrumento de delegación como la concesión o la privatización. En el mismo sentido, no debemos perder de vista lo señalado en cuanto al marco constitucional que nos rige y, en especial, lo explicado a propósito del orden público económico chileno pues, a raíz de los principios de subsidiariedad y de Estado servicial, podemos obtener la misma conclusión: el Derecho Administrativo debe modernizarse y adecuar sus conceptos a los tiempos actuales y, por tanto, no aferrarnos a las formulaciones históricas del contenido de las instituciones como la de *servicio público* ya que en ningún caso es conveniente para la sociedad regida por el Derecho otorgarle una existencia universal e inmutable a aquellas definiciones que, sin duda alguna, merecen revisión constantemente a la luz de la complejización de la sociedad como el concepto que nos ocupa en este apartado. En este sentido, nos parece que el

¹⁰⁷ Bermúdez Soto, Jorge Andrés. *Derecho Administrativo General*. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011. Págs. 255-256.

Profesor Alejandro Vergara Blanco explicita con total lucidez la idea de que la actual comprensión de la noción de servicio público, la cual descansa sobre la crisis del servicio público y despublicación de los mismos –es decir, la transferencia de la titularidad del servicio a los privados- no debe aferrarse a las antiguas ideas del Estado liberal -y posteriormente prestacional-, sino más bien debe adecuarse a las nuevos usos de la técnica concesional y de otorgamiento de los servicios públicos a través del mercado, sobre todo aquéllos vinculados con infraestructuras: *“(...) el derecho administrativo de hoy, de frente a los servicios públicos, es el de los procedimientos reglados, con discrecionalidad reducida a cero; con unos “derechos subjetivos públicos” que ha diseñado la Constitución y que intenta recoger la legislación y la doctrina; pero con una terminología y una comprensión que se compadece con la antigua realidad de esta disciplina (por decirlo de algún modo, con los libros antiguos), pero que no entrega una completa respuesta o explicación dogmática a la nueva realidad concesional en los sectores de los servicios públicos abiertos a la competencia y al mercado, como es el caso de la electricidad, de las telecomunicaciones, de los servicios sanitarios (del agua potable)”*¹⁰⁸. De este modo, y para hacer aún más evidente el argumento, el autor se refiere a las dos posibles acepciones de “servicio público”, a saber, 1) servicio público en un sentido orgánico, cuando recae sobre un órgano de la administración del Estado y 2) servicio público

¹⁰⁸ Vergara Blanco, Alejandro. *El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional*. Revista de Derecho Administrativo Económico N°12 (2004). [Págs 33-49.] Pág. 39.

funcional, cuando nos referimos a la actividad en concreto. Vergara Blanco es sumamente claro en este punto: *“Aquella noción orgánica no es de nuestro interés, y sólo nos interesa la noción funcional de servicio público: la que dice relación con una actividad. Y, en especial ante el nuevo Estado Subsidiario, a aquella noción funcional relativa a ciertas actividades que si bien siguen llamándose de “servicio público”, ellas quedan abiertas a la competencia, (...)”*¹⁰⁹.

Para concretizar la modernización de la noción de servicio público al nuevo marco económico y constitucional que nos rige, el cual estableció el Estado Subsidiario y servicial y los derechos subjetivos públicos de toda persona (que la faculta para ejercer la libertad de emprendimiento económico y el derecho de propiedad, por ejemplo), la literatura contemporánea sugiere incorporar a los tradicionales principios del servicio público mencionados (generalidad, uniformidad, continuidad, permanencia y regularidad) los nuevos principios que emanan de toda economía de mercado competitivo, a saber, 1) eficiencia y 2) calidad en la prestación otorgada por los particulares, de tal forma que el Estado pueda velar porque ambos principios se cumplan en su rol de regulador y fiscalizador del otorgamiento del servicio que efectúan los particulares mediante la técnica concesional o la privatización. Asimismo, cabe tener presente, por el lado de los individuos que participan en la prestación,

¹⁰⁹ Op. Cit. Pág. 40.

aquellas garantías que se desprenden del Estado subsidiario: *“la libertad de entrada; el libre acceso al mercado, esto es, a las redes, a las infraestructuras; la libertad de contratación y de formación competitiva de precios; y otros, dirigidos a permitir el amplio ejercicio de la libertad económica por los agentes que prestan el servicio público¹¹⁰”*.

Cabe considerar la noción de servicio público que el Tribunal Constitucional ha esbozado a propósito de la distinción entre función pública y servicio público, puesto que dicha definición se ajusta a la moderna comprensión del concepto de servicio público que hemos señalado. Así, el Tribunal ha dicho que: *“(…) es necesario distinguir entre las funciones públicas y el servicio público. Las primeras son inherentes al Estado, de modo tal que sin ellas éste no podría subsistir; también se distinguen porque son comunes a todo Estado y son realizadas por órganos públicos. Es el caso de la función legislativa, de la función ejecutiva y gubernativa, y de la función jurisdiccional. El servicio público, en cambio, se expresa en actividades que no pertenecen al Estado en su esencia, pero que éste asume por razones técnicas, económicas y/o sociales, sin que eso impida la participación de particulares. Por lo mismo, requieren una decisión legislativa. De ahí que las actividades de servicio público varíen de un Estado a otro (Souviron, José María, La actividad de la Administración y el Servicio Público; Edit. Comares; Granada, 1998, págs. 115-*

¹¹⁰ Op. Cit. Pág. 45.

116)” (Considerando 53º) (Sentencia Rol Nº 1298-08, de 6 de octubre de 2009). Lo fundamental de esta noción es que da cuenta del fenómeno de la despublificación de los servicios, por cuanto señala que éstos no son inherentes al Estado y, por tanto, pueden ser prestados por los particulares, lo cual es concordante con el rol subsidiario del Estado.

Finalmente, existe un concepto de orden legal en nuestro sistema normativo en el artículo 28 de la LOCBGAE, el cual se refiere a los servicios públicos que forman parte de la administración del Estado y, por tanto, constituye una definición de tipo orgánico: *“Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponde”*. En este mismo sentido, el artículo uno de la misma ley los incluye dentro de los órganos que forman parte de la Administración del Estado y el artículo tres que dispone que la Administración del Estado, y así también sus servicios públicos, está al servicio de la persona humana y, por tanto, debe promover el bien común y velar por las necesidades de la sociedad. El concepto es claramente criticado por limitarse sólo a los servicios que forman parte de la Administración del Estado, pero ello no obsta el hecho destacable de que aquél concepto señale con claridad varios

de sus características más importantes, a saber, la satisfacción de necesidades colectivas, de manera regular y continua.

A modo de conclusión en este punto, y siguiendo la definición ofrecida por González-Varas sobre los servicios públicos, los cuales “*en principio, están basados en una concepción jurídica según la cual el poder público puede asumir un determinado sector o actividad (mediante un acto llamado publicatio) con el fin de satisfacer necesidades básicas de la población que todo el mundo debe tener a su alcance, tales como el transporte, el correo, el teléfono, la luz, el agua, el transporte, etc.*”¹¹¹, podemos sostener que, en efecto, cada uno de los servicios públicos de orden económico más esenciales opera sobre la base de una cierta infraestructura, la cual, si bien muchas veces no integra la prestación en sí, es un presupuesto fundamental de aquella prestación o servicio y, por tanto, la actitud que el Estado asuma frente a los servicios públicos –que, como vimos ha tenido una evolución histórica, siendo en la actualidad la de ente regulador y garantizador de la prestación, por regla general-, debe también asumirla frente a la infraestructura necesaria para dicho servicio, en tanto constituye los cimientos sobre los que opera aquél. Esto no significa que si, a modo de ejemplo, el servicio de electricidad en Chile se provee, en la fase de distribución al consumidor final, sobre la base de una

¹¹¹ Citado en Olivares Gallardo, Alberto. “*Servicio público y sector eléctrico. Evolución en Europa desde la experiencia española*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012). Págs. [437-471] Pág. 446.

concesión, deba también el Estado planificar la construcción de las redes mediante el mismo sistema (pues veremos que dada la naturaleza de la energía eléctrica en Chile, es necesario distinguir la generación, la transmisión y la distribución de la misma, existiendo distintas reglas para cada etapa), sólo significa que, como hemos dicho, es ineludible que las infraestructuras forman parte del servicio público que permiten prestar, *aún cuando ante los destinatarios finales o usuarios del servicio dicha conexión no sea visible*. Por otra parte, como ya precisamos al integrar a la noción de sentido común de Infraestructura los elementos de “Intangibilidad” y de “Organización o Red”, en algún sentido bastante relevante, el servicio público muchas veces sí integra la Infraestructura en tanto elemento inmaterial de aquélla, razón más que suficiente para aceptar que es consustancial a la idea de infraestructura pública la noción moderna de servicio público.

Para evitar posibles confusiones, queremos finalizar este apartado precisando que no todo servicio público supone una infraestructura, pero sí toda infraestructura pública tiene por objeto proveer de un determinado servicio de interés general o colectivo. Así por ejemplo, los servicios de Registro Civil e Identificación¹¹², Dirección del Trabajo¹¹³, Servicio Nacional de Aduanas¹¹⁴,

¹¹² La Ley 19.477 Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación dispone en su Artículo 1º.- “El Servicio de Registro Civil e Identificación será un servicio público, (...)”

¹¹³ El DFL N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social dispone en su Artículo 1º que: “La Dirección del Trabajo es un Servicio técnico dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social con el cual se vincula a través de la Subsecretaría de Trabajo”.

entre otros, son servicios públicos propiamente tales, pero no suponen la existencia de redes ni instalaciones materiales de gran magnitud e interconectadas para proveer del servicio en cuestión.

V. Capítulo IV: Fundamentos económicos de la intervención administrativa en el mercado de las infraestructuras

Habiendo ya estudiado en detalle, por una parte, i) la justificación normativa- constitucional de la intervención de la Administración del Estado en el mercado de las Infraestructuras Públicas a la luz de nuestra Constitución Política de la República –y, en consecuencia, del Orden Público Económico o Constitución Económica que nos rige- (ver Capítulo III.1.), y, por otra, ii) cómo la función prestacional o de servicio público de la Administración del Estado permite cumplir el cometido estatal de generación de Infraestructuras (ver Capítulo III.2.), nos corresponde ahora explicar, en términos económicos (*razones de eficiencia*), por qué reviste un especial interés cómo el Estado enfrenta dicho mercado, vale decir, por qué no se ha entregado la realización

¹¹⁴ El DFL N° 329 del Ministerio de Hacienda, que aprueba la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas dispone en su Artículo 1º que: “*El Servicio Nacional de Aduanas es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Hacienda,(...)*”.

de las infraestructuras públicas y productivas al libre mercado, como sí se ha hecho con la gran mayoría de los bienes, tanto de consumo como de capital.

Sin ánimos de profundizar en la relación existente entre la Economía y el Derecho, pues ello requeriría realizar un trabajo completamente avocado a dicha labor, cabe señalar que nuestro análisis comprende tanto la arista jurídica (esto es, las razones de justicia de la intervención administrativa en el mercado de las infraestructuras públicas), como la económica (las denominadas razones de eficiencia de dicha intervención), porque la íntima vinculación entre el Derecho -sobre todo el Derecho Público- y la Economía es indiscutible tanto para la literatura actual, como para los órganos institucionales que operan en el medio de dicha relación (las agencias de regulación, los tribunales de justicia, los servicios públicos, los operadores, los concesionarios, etc.). Por ende, es ineludible referirse a ambas aristas del problema y es por ello que debemos detenernos a estudiar con mayor detalle las peculiaridades de las infraestructuras públicas desde la óptica de la economía, sobre todo considerando que los economistas suelen referirse al Derecho y a las diversas instituciones que lo constituyen, en tanto orden normativo encargado de la configuración del modelo económico, como *“metamercado”*. Al respecto, Gaspar Ariño Ortiz, refiriéndose a la correcta función de las regulaciones, ha dicho que: *“(…) hay que ver si lo que se llama el metamercado (esto es, la ordenación jurídico-institucional) favorece o dificulta las operaciones*

*económicas, las transacciones, la eficiente asignación de recursos. Esto resulta especialmente necesario en los sectores regulados, disciplinados, como la energía, el transporte, las telecomunicaciones, el agua o el suelo urbano. Cuando esas regulaciones, pretendidamente justas, son antieconómicas hacen a la larga un daño a la sociedad y a cada uno de sus ciudadanos. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la nacionalización del agua o la energía, cuando éstas se han llevado a cabo, (...)*¹¹⁵.

En principio, podemos sostener que, tanto desde la perspectiva del Derecho como desde la de la Economía, existe un amplio consenso hoy en que los mercados son imperfectos y que, por tanto, se presentan fallas que deben ser subsanadas por medio de la regulación para permitir una distribución no sólo eficiente, sino además justa, de los recursos. Como bien sostienen Valladares y Pérez: *“Prácticamente la totalidad de la literatura consigna como causa principal de la regulación la existencia de fallas del mercado –la imposibilidad de verificar el “mercado perfecto” de la economía neoclásica–*¹¹⁶. De este modo, en este apartado trataremos de identificar y explicar qué son los denominadas “fallas de mercado” y, en particular, cuáles son aquellas fallas que

¹¹⁵ Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003. Pág. 61.

¹¹⁶ Valladares Pérez, Alex Omar y Pérez Monje, Carolina Soledad. *Principios de Regulación Administrativa Económica (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales)*, Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008. Pág. 161.

se presentan en el mercado de las infraestructuras públicas que justifican una intervención más intensa por parte de la Administración del Estado.

1. Principales fallas de mercado que justifican la intervención regulatoria.

Como enunciamos, lo que aquí se persigue mediante la regulación es la eficiencia en la asignación de los recursos, la cual es un presupuesto fundamental en todas las economías de bienestar. Como sostiene Stiglitz: *“Las asignaciones de recursos que tienen la propiedad de que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra se dice que son eficientes en el sentido de Pareto u óptimas en el sentido de Pareto. La eficiencia en el sentido de Pareto es a lo que se refieren normalmente los economistas cuando hablan de eficiencia”*.¹¹⁷

Otro presupuesto importante es que los mercados son imperfectos y, por tanto, siempre existirá un cierto grado de intervención del Estado en ellos. En aquéllos sectores de la industria en que el sistema de precios y las leyes de la oferta y la demanda funcionan de manera razonable, de forma tal que no se requiere alterar la determinación espontánea de los precios, de los niveles de producción ni interferir en la decisión de producir un determinado bien, el

¹¹⁷ Stiglitz, Joseph E. *La Economía del Sector Público*. Columbia University. 3era Edición. Trad. María Esther Rabasco y Luis Toharia, Universidad de Alcalá, España, 2000. Pág. 69.

Estado intervendrá de forma menos invasiva, mediante fiscalizaciones, otorgamiento de autorizaciones y, en general, *mediante la actividad de policía de la Administración del Estado* –vale decir, mediante regulación indirecta-. En cambio, en aquellos sectores en que el sistema de precios y las leyes esenciales del mercado espontáneo generan situaciones de injusticia e ineficiencia, se requerirá una intervención más intensa por parte de la Administración del Estado; se necesitará velar por el bien común y los derechos de toda persona y por el adecuado funcionamiento de la economía *a través de la regulación*. En consecuencia, las fallas de mercado no son sino aquellas distorsiones del mercado que constituyen el fundamento de la intervención administrativa mediante la regulación, la cual tendrá el objetivo de alcanzar una adecuada y justa distribución de los recursos. Seguiremos aquí la enunciación realizada por Stiglitz en “*La Economía del Sector Público*” de las principales fallas de mercado, deteniéndonos en aquéllas que puedan afectar al mercado de las infraestructuras públicas:

- 1.1. Correcta definición de los derechos de propiedad y cumplimiento efectivo de los Contratos.

En principio, esta falla se presenta incluso en aquellos mercados que operan de forma competitiva y eficiente *per sé*, puesto que el cumplimiento de los contratos celebrados en una sociedad y una correcta definición previa de los

derechos de propiedad (en sentido amplio) son presupuestos para todo tipo de intercambio económico. De esta manera, en tanto existan 1) derechos de propiedad establecidos y determinados adecuadamente y 2) mecanismos de protección para los contratantes que resguarden sus expectativas, habrá incentivos para la contratación y, básicamente, para el funcionamiento de los mercados mediante el intercambio de bienes y servicios.

No debemos olvidar que, en esencia, lo que un contrato hace es distribuir riesgos en el intercambio, asignándoselos a quienes se encuentran en una mejor posición para preverlos y responder por ellos en caso de que se materialicen. Una buena forma de ejemplificar lo dicho es, a nuestro juicio, atendiendo a lo que ocurre en la celebración de un contrato de seguro. Por una parte, el prestador del seguro asumirá un determinado riesgo que, en principio, es imprevisible y, por otra, el contratante que adquiere el servicio no tendrá que preocuparse por la ocurrencia o no de dicho suceso imprevisto. Para quien presta el servicio de seguro, asumir ciertos riesgos tiene un valor que se determina en base al sistema de precios generado en un mercado competitivo, pero para que ello funcione adecuadamente, es fundamental que, como mínimo, el Estado proteja la propiedad y la defina con claridad (en este caso, la determinación específica de qué riesgos comprende el contrato o la exigencia para la validez del contrato de que los contratantes los definan) y, además, que le otorgue mecanismos para velar por el cumplimiento satisfactorio del mismo

(sistemas judiciales de ejecución del contrato y garantías establecidas y/o amparadas por la ley, por ejemplo). Sin duda alguna, los contratos de concesión celebrados entre la Administración del Estado y los particulares para la ejecución y operación de obras públicas de infraestructura no son una excepción a ello y, por tanto, deben cumplirse a cabalidad los presupuestos señalados. Así también debe ocurrir cuando el Estado transfiere activos a los particulares mediante la privatización de los servicios.

1.2. Competencia imperfecta y monopolios naturales.

La eficiencia en términos de Pareto supone la existencia de varios oferentes y varios demandantes, es decir, que haya atomización de la oferta y de la demanda en los mercados. *“Para que los mercados sean eficientes en el sentido de Pareto, tiene que haber competencia perfecta, es decir, ha de existir un número suficientemente grande de empresas que crean cada una de ellas que no pueden influir en los precios”*¹¹⁸. En consecuencia, existirá un óptimo nivel de competitividad en los mercados en tanto ningún oferente o demandante, considerado de forma particular, pueda influir sustancialmente en la determinación de los precios. La situación adversa se observa en la existencia de monopolios, esto es, cuando existe un solo oferente o en los oligopolios, cuando existen pocos oferentes.

¹¹⁸ Op. Cit. Pág. 92.

Como bien observa Stiglitz, no sólo la existencia de uno o pocos oferentes en el mercado provoca la imperfección en los mercados, se puede presentar un sinnúmero de circunstancias que alteran la competitividad; entre las que podemos mencionar la débil o escasa regulación en un sector que propende a la concentración e integración vertical en la producción generando situaciones monopólicas, la competencia desleal, el otorgamiento ineficiente de patentes en ciertas industrias que estancan la innovación y la competencia, etc. Sin duda, podríamos hacer referencia a muchas causas más, pero una que resulta de particular interés para nuestra investigación es la existencia de monopolios naturales y economías de escala. En efecto, suele decirse que, por regla general, dado el carácter de “red” que tienen las Infraestructuras públicas, éstas constituyen monopolios naturales, esto es, que la eficiencia productiva y en términos de Pareto se alcanza mediante la existencia de un solo oferente, puesto que los costos marginales son inferiores cuando toda la oferta se encuentra en manos de un solo prestador de un servicio o productor o, como observa Stiglitz, cuando la competencia es limitada, puede ocurrir que los costos medios de producción de una empresa disminuyan a medida que aumenta su capacidad de producir y, así, en el caso de los monopolios naturales, nos encontramos ante una *situación en la que es más barato que una única empresa lo produzca todo*. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de la distribución de energía eléctrica, puesto que la mantención de las redes utilizadas para ese efecto y, asimismo, la conexión a cada uno de los

particulares resulta más barata al ser prestada por un solo oferente, ya que la inversión –muchas veces considerada “*sunk costs*” o costos hundidos, vale decir, inversiones no recuperables- en la creación de las redes permite cubrir un amplio espectro del mercado, no constituyendo, en rigor, para la empresa prestadora ningún costo marginal considerable prestarle el servicio a un cliente más. Además, si existiese competencia, habría externalidades negativas mayores –pues tendrían que crearse más redes de distribución u obligar a aquel prestador que haya incurrido en la inversión inicial de las redes a arrendar parte de sus redes a otros competidores, lo que tiene significativos costos de transacción, por ejemplo-, afectando y disminuyendo el espacio de libre esparcimiento de los ciudadanos.

Otro buen ejemplo de lo dicho puede ser el Transporte público, puesto que es indudable que las tarifas del transporte se encarecerían si existiesen varias empresas que tuviesen que administrar sus propias infraestructuras de transporte (pensemos en los estacionamientos de buses, sistemas de control de la frecuencia de los mismos, mantención, sistema de cobro de tarifas, etc.) para abarcar un número menor de pasajeros. A nuestro juicio, aquí es muy claro que los costos marginales subirían si existiese libertad de competencia en el mercado con la participación de varios oferentes, además de que sería mucho más difícil crear un sistema integrado de control y planificación del transporte.

Otro argumento por el cual el Estado muchas veces prefiere mantener un monopolio natural, como es el caso del mercado de distribución de energía eléctrica, es que ello permite atribuir responsabilidad al oferente ante situaciones de prestaciones deficitarias pues, en efecto, en la medida en que aumenta el número de oferentes, la conducta negligente se vuelve difusa y se difumina entre todos los agentes que participan en el mercado, volviéndose más difícil establecer sanciones para garantizar la eficiencia y continuidad en el servicio.

Finalmente, se ha sostenido que a veces los monopolios generan eficiencia dinámica si hay incentivos a la innovación tecnológica e inversión en capital relevante¹¹⁹. Estos incentivos no se observan en situaciones de competitividad, puesto que la inversión productiva y la innovación podría generar conocimiento público que, en definitiva, no tendría un aumento en las utilidades como contrapartida para aquél productor que incurrió en gastos de investigación y desarrollo, ya que podría ser aprovechado por otros productores (“free riders”).

¹¹⁹ *“It can be argued that monopolists will be dynamically efficient as there is an incentive to invest in research and development, as they will reap the future profits. In perfect competition firms will be unwilling to invest due to the presence of perfect knowledge; any innovation will quickly become general knowledge to all firms in the industry, thereby removing any future rewards.”* Margetts, Steve. Unit 2 Markets –Why they fail. [En línea] <http://www.revisionguru.co.uk/economics/edexeconunit2.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

Sin duda alguna, estas características de los monopolios naturales no son absolutas porque existen casos en que es deseable la competencia, a pesar de encontrarnos ante una infraestructura pública costosa, como son los de generación de energía eléctrica o de telecomunicaciones, en los cuales existe dicha competencia.

Es importante tener en consideración que quizás no todas las infraestructuras públicas constituyen monopolios naturales con economías de escala¹²⁰, pero sí lo son la mayoría de ellas. Esto se explica, principalmente, por la naturaleza de redes que, como vimos, tienen las infraestructuras públicas. Así lo destaca Olivares: *“En general, todas las actividades de redes, y la eléctrica lo es, suelen constituirse como monopolios naturales. Aquí radica la dificultad de introducir competencia en el transporte y la distribución y una explicación rápida de por qué la legislación eléctrica chilena, proclive a la liberalización del sector, desde 1982, ha decidido dar la categoría de servicio público a la distribución primero, y al transporte con modificaciones posteriores a la Ley general del sector eléctrico”*¹²¹.

¹²⁰ En el caso de las autopistas concesionadas, por ejemplo, el hecho de que se haya otorgado un tramo a una empresa concesionada no significa que sea eficiente otorgarle la expansión de dicho tramo a la misma empresa. El Estado, de hecho, si busca extender la red, suele llamar a licitación mediante el sistema de concesiones y promover la competencia *por el mercado*.

¹²¹ Olivares Gallardo, Alberto. *“Servicio público y sector eléctrico. Evolución en Europa desde la experiencia española”*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012). Págs. [437-471]. Pág. 439.

1.3. Bienes públicos.

Los bienes públicos son aquellos que el mercado por sí solo es incapaz de proporcionar, pero que son fundamentales en la sociedad y que, por lo tanto, el Estado debe intervenir para velar porque sean proveídos adecuadamente.

En primer lugar, es importante distinguir los bienes públicos puros de los impuros. Los bienes públicos puros son aquellos que comparten dos propiedades o características: 1) Consumo no rival, esto es, que el uso o aprovechamiento del bien o servicio por una persona no obsta a que otro sujeto adicional también lo consuma y 2) No exclusión, que significa que no es posible –o no lo es sin necesidad de incurrir en altos costos- excluir a una persona de su aprovechamiento. El ejemplo evidente de ello y más usual es el de la defensa nacional. Sin duda, no cuesta más al Estado otorgar protección a una persona adicional cuando ha elaborado un presupuesto de defensa para una población de diecisiete millones de personas.

Stiglitz presenta un ejemplo bastante útil para nuestro objeto de estudio: *“Consideremos el caso del faro. Una gran compañía naviera que tuviera muchos barcos que utilizaran el faro quizás estimase que los beneficios que le reporta este faro son superiores a los costes; sin embargo, a la hora de ver si le convendría o no instalar faros y, en caso afirmativo, cuántos, analizaría los*

*beneficios que le reportaría a ella y no los que reportaría a otras compañías. Por lo tanto, habría algunos faros cuyos beneficios totales (teniendo en cuenta todos los barcos que los utilizarían) serían superiores a los costes, pero cuyos beneficios para una única naviera serían menores que los costes*¹²². El ejemplo es bastante ilustrativo pues es extrapolable a lo que ocurre en las Infraestructuras públicas, no obstante no es correcto concluir que las infraestructuras son bienes públicos. En efecto, como hemos dicho a propósito del análisis que realizamos sobre las cadenas de valor mundial y las razones por las cuales ante los ojos de los privados la inversión en infraestructura no es primordial -como sí lo es para el Estado-, los costos para una empresa en particular de mejorar las infraestructuras que sirven de soporte para su emprendimiento son superiores a sus beneficios, razón por la cual no es esperable que ella invierta, por ejemplo, en mejorar los puertos o puentes. En consecuencia, las infraestructuras públicas, si bien no son bienes públicos puros (porque se puede excluir su aprovechamiento y porque a veces el costo de que un individuo adicional use el bien no es nulo), presentan ciertas características que los hacen similares a los bienes públicos, razón por la cual hemos considerado necesario señalar su existencia como falla de mercado.

Ahora bien, cuando un servicio o bien presenta una de las dos características esenciales de los bienes públicos, se le denomina bien público

¹²² Stiglitz, Joseph E. *La Economía del Sector Público*. Columbia University. 3era Edición. Trad. María Esther Rabasco y Luis Toharia, Universidad de Alcalá, España, 2000. Pág. 95.

impuro. Este suele ser el caso de las infraestructuras públicas. Así por ejemplo, las carreteras urbanas. Las carreteras son bienes en los que se puede excluir (ya que existen casetas de cobro de peaje o TAG), pero son no rivales, puesto que el uso de ellas por un conductor no obsta, en principio, a que otro las utilice. Decimos que, en principio, ello es así, pues es evidente que a medida que aumenta su congestión, la velocidad a la que se puede circular por ellas disminuye. Además, si bien no son rivales, si no se cobra un precio o tarifa por su uso, no existen incentivos para que sean proveídas y, por lo tanto, el cobro de peajes es necesario cuando no es el Estado el que construye y mantiene una determinada carretera con fondos públicos, sino cuando se provee de dicho servicio mediante una asociación público-privada a través del contrato de concesión de obra pública. Por otra parte, la distribución de energía eléctrica es un bien no rival propiamente tal (pues el costo marginal es cero al proveer del servicio a un consumidor adicional), pero puede excluirse su consumo pues es necesario realizar una conexión entre la vivienda y la red. En el transporte público ocurre lo mismo que en las autopistas, ya que no es un bien rival, pero sí se puede excluir¹²³. En los servicios sanitarios se repite el patrón de no rivalidad y exclusión, pero distinto es el caso de las telecomunicaciones, que

¹²³ No obstante que los sistemas de cobro sean deficientes y que, por tanto, tengamos en la actualidad una alta tasa de evasión de pago del servicio por la existencia de “free riders”, situación que se ha intentado combatir con campañas publicitarias y multas. Véase Cooperativa. *Campaña del Transantiago respondió a polémica: queremos dignificar a los usuarios*. [En línea] <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/transportes/transantiago/campana-del-transantiago-respundio-a-polemica-queremos-dignificar-a-los-usuarios/2014-10-09/200457.html>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

son bienes privados propiamente tales –salvo la radiodifusión pública, tanto televisiva como sonora-, a pesar de ser servicios de redes de interés general.

1.4. Externalidades.

Las externalidades son una constante preocupación del Estado regulador, principalmente, porque manifiestan la inexorable afectación de intereses y derechos de terceros que cualquier actividad, no sólo económica, genera en la sociedad moderna. Hay que precisar que una externalidad no siempre consiste en una afectación dañosa de terceros, sino que puede implicar un beneficio sin contraprestación. Por lo tanto, una externalidad es toda injerencia que una cierta actividad provoca en terceros; ya sea que consista en un beneficio sin retribución a cambio (construcción de una estación de metro cercana a una propiedad, aumentando su plusvalía), o un daño no compensado o no incorporado en el precio (la instalación de una fábrica contaminante en una zona habitacional). Para Ariño Ortiz, las externalidades negativas son una de las principales justificaciones de la intervención estatal por vía de regulación y las define como aquellos: “*efectos negativos sobre terceros que no pueden ajustarse vía mercado*”¹²⁴.

¹²⁴ Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003. Pág. 592.

Por antonomasia, los casos de daño ambiental son situaciones en las que existen graves externalidades negativas y, en consecuencia, la principal preocupación de la regulación medioambiental es buscar formas eficientes de que las empresas contaminantes *internalicen* o compensen adecuadamente las externalidades negativas que sus actividades económicas generan.

A propósito de las infraestructuras públicas, me parece indiscutible que, a la luz de la definición que he esbozado, generan externalidades que deben contenerse, internalizarse o compensarse por mandato del Estado¹²⁵ pues aquéllas siempre suponen una intervención mayor, tanto material como inmaterial, del espacio libre de esparcimiento de todo ciudadano. Asimismo, cuando hablamos de externalidades negativas, es ineludible pensar en derechos de terceros afectados. De este modo, concordamos con Valladares y Pérez en que *“una externalidad negativa puede constituir al mismo tiempo una lesión de derechos, si el tercero tiene un derecho reconocido a no ser afectado por la externalidad”*¹²⁶, y esto cobra relevancia, a nuestro juicio, a la luz de las garantías fundamentales que la Carta Constitucional establece en favor de todas las personas en su artículo 19°.

¹²⁵ Recordemos que toda infraestructura pública presenta los siguientes elementos: consiste en 1) una construcción o creación artificial, 2) con elementos tangibles e intangibles, respecto de la cual 3) la Administración del Estado tiene cierta titularidad y 4) que constituye una red u organización destinada a 5) proveer un cierto servicio de interés general.

¹²⁶ Valladares Pérez, Alex Omar y Pérez Monje, Carolina Soledad. *Principios de Regulación Administrativa Económica* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.. Pág. 179.

Hemos señalado que las infraestructuras públicas están en íntima relación con las garantías constitucionales, tanto individuales como sociales o de segundo orden, puesto que, de alguna forma, aquéllas tienden a promover esos derechos (ver II.1.), y así el Estado cumple su deber de promover el bien común (Arts. 1 Inc. 4 y Art. 5 Inc. 2 de la Constitución Política). Pero por otro lado, estas infraestructuras que promueven el desarrollo sustentable y la realización de todas las personas, generan externalidades negativas, vinculadas también con ciertas garantías. Así por ejemplo, una infraestructura que altera el ecosistema (como es el caso de las autopistas urbanas o, más claro aún, las redes de distribución eléctrica en zonas rurales poco habitadas por el hombre), afectará el *derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, establecido en el Art. 19 N° 8 de la Carta Constitucional o *la libertad de desplazamiento*, establecida a propósito del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (Art. 19 N° 7 letra a), puesto que una carretera urbana o unas redes de telefonía implican una transformación o alteración del territorio nacional. En definitiva, la tensión constante entre beneficios que conllevan las infraestructuras y las externalidades negativas que provocan es un problema que no puede soslayarse a la hora de diseñar las políticas regulatorias en la materia.

1.5. Fallas de la información.

Es un presupuesto fundamental en toda interacción o intercambio que quienes participan en ella cuenten con la información necesaria para prever adecuadamente y asumir los riesgos reales de dicho intercambio. Para los defensores de la economía de libre mercado, es la naturaleza espontánea del propio mercado la que se encarga, mediante la competencia, de generar incentivos para que los sujetos revelen toda la información que se considere relevante. No obstante, cada crisis económica que hemos sufrido, desde el comienzo del auge del libre mercado, ha demostrado que éste no abastece por sí solo de la información relevante para el intercambio cuando las partes se encuentran en posiciones asimétricas¹²⁷. De este modo, se ha entendido entonces que la falta de información constituye una falla que exige la intervención del Estado, con el objeto de restablecer de cierta forma la disparidad entre los sujetos que intercambian.

Cabe señalar que la falla no consiste, necesariamente, en que una de las partes cuente con toda la información necesaria para intercambiar y que la otra no tenga dicha información, sino más bien en que ambas partes no cuenten con

¹²⁷ La crisis financiera *subprime* ocurrida en EEUU en el año 2008 es, quizás, el mejor y más reciente ejemplo de lo dicho. Al respecto, véase Corbo, Vittorio, Desormeaux M., Jorge y Schmidt-Hebbel, Klaus. La gran crisis financiera de 2007-2009. Estudios Públicos, 123 (invierno 2011). [en línea] <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4944_3026/rev123_corbo-desormeaux-schmidt.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014] El artículo señala con gran claridad cómo la falta de información o la circulación de información errónea puede provocar una debacle de la magnitud de la crisis referida.

la capacidad necesaria para comprender la información disponible y, por tanto, ellas no se encuentran en igualdad de condiciones. Así ocurre entre un proveedor de un servicio o bien y un consumidor, relación en la cual es el proveedor, al participar de la cadena de producción, quien conoce la forma en que un producto se manufactura, no teniendo otra opción el consumidor que confiar en lo indicado en la rotulación del mismo o en la especificación del servicio para informarse. Por esta razón, el Estado regula dicha relación contractual de manera especial, estableciendo cláusulas irrenunciables por vía legal que integran el contrato de consumo, desplazando, de este modo, la autonomía de la voluntad a un segundo plano. A ello se refieren Saavedra y Willington cuando responden a la pregunta ¿A qué hacen referencia los economistas cuando aluden a las asimetrías de información?: *“Simplemente a circunstancias en las que los diferentes actores involucrados en una posible transacción (...) tienen diferentes estimaciones sobre variables relevantes que determinan el valor del objeto a transar...”*¹²⁸.

Cuando hablamos de los bienes públicos, señalamos que éstos son fundamentales en toda sociedad, pero que el mercado es incapaz de proveerlos. La información comparte estas características y por ello Stiglitz la ha equiparado, en cierta medida, a los bienes públicos: *“La información es, en*

¹²⁸ Saavedra, Eduardo y Willington, Manuel. *Eficiencia en asignación de cuotas individuales de Pesca: teorema de coase y asimetrías de información*. Estudios Públicos, 127 (invierno 2012). [En línea]: <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5146_3296/rev127_ESaavedra-MWillington.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 56.

muchos aspectos, un bien público, ya que suministrar información a una persona más no supone reducir la cantidad que tienen otras. La eficiencia requiere que se difunda gratuitamente o, con más precisión, que sólo se cobre el coste real de transmitirla. El mercado privado a menudo suministra una información insuficiente, lo mismo que suministra una cantidad inadecuada de otros bienes públicos”¹²⁹.

Ahora bien, no hay que obviar el hecho de que la información es, en realidad, un bien transable y costoso. En el caso de las infraestructuras públicas, antes de iniciar un proyecto de gran escala se requiere incurrir en altos costos de investigación y recopilación de la información necesaria para determinar su factibilidad. Estudios del suelo, de la viabilidad económica del proyecto y muchos otros constituyen, en rigor, la información que previamente se requiere para tomar la decisión de edificar o generar un proyecto de infraestructura. Ante esta situación, y considerando que las asociaciones público privadas son el mecanismo más usual en la actualidad para proveer de infraestructuras, junto a la privatización, el verdadero deber del Estado frente a la información en esta materia es que esta sea transparentada cuando corresponda, vale decir, en las tratativas previas y durante la negociación concreta entre el Estado y los privados, y que, además, el costo de obtenerla se encuentre radicado en quien está en mejor posición para ello. De este modo,

¹²⁹ Stiglitz, Joseph E. *La Economía del Sector Público*. Columbia University. 3era Edición. Trad. María Esther Rabasco y Luis Toharia, Universidad de Alcalá, España, 2000. Pág. 69

las empresas constructoras, en su calidad de expertas, están en mejor posición para estudiar la viabilidad de un proyecto y, por ende, el Estado debiera considerar ello en el precio que pagará al privado o en la tarifa que le permitirá cobrar a los usuarios durante el período de la concesión. Ahora, para que ello funcione adecuadamente, deben estar especificados de forma previa los derechos y obligaciones, tanto del Estado como de los privados que participarán en el otorgamiento de algún servicio público de infraestructura pues, de lo contrario, la negociación se vuelve completamente ineficiente ya que peligran el equilibrio económico de los contratos y la eficacia de las relaciones público privadas. Así también lo observa Stiglitz: *“La existencia de asimetrías de información entre las partes que negocian puede llevar a que el resultado de la negociación sea ineficiente y, por lo tanto, la asignación inicial de derechos sea absolutamente relevante”*¹³⁰

¹³⁰ Op. Cit. Pág. 100.

VI. Capítulo V: El principio de cooperación y la activa participación de los particulares en la provisión de servicios públicos de infraestructura para la sociedad

A la luz de la moderna forma de comprender la Administración del Estado –sobre todo, en su función prestacional- y en base a la reformulación de los principios que la rigen, creemos que no es contradictorio el hecho de que los privados alcancen acuerdos con el Estado para proveer de algún servicio de infraestructura pública. Si analizamos dichos principios, en especial, el denominado *principio de cooperación*, podemos constatar que es totalmente coherente una forma de entender la administración que suponga la activa participación de los sujetos privados en ella mediante acuerdos directos con el Estado, ya sea por vía de privatización o mediante la técnica concesional.

Para el profesor Bermúdez, y así también lo creemos, es innegable que los principios generales del Derecho son una fuente propiamente tal del Derecho administrativo, puesto que son “*piezas fundamentales (de la arquitectura) del ordenamiento jurídico*” y, además, porque “*no están fuera del Derecho, sino dentro del mismo (no son principios éticos), son reglas*

*jurídicas*¹³¹. Concretizados en la materia, el autor identifica cuatro principios que deben ser considerados esenciales para el Derecho Administrativo, sin perjuicio de que el catálogo de los mismos sea mucho más amplio. La razón, a nuestro entender, estriba en que son los principios que tienen mayor reconocimiento y desarrollo jurisprudencial, normativo y doctrinario. Éstos son:

1. Principio de legalidad, el cual presupone la correcta actuación de los órganos del Estado conforme con el sistema normativo;
2. Principio de reserva legal, el que supone que la Administración del Estado sólo actúa e interviene cuando la ley así lo autoriza;
3. Principio de protección a la confianza legítima, según el cual la confianza que los ciudadanos depositan en la forma en que la Administración del Estado actúa merece amparo ante los tribunales de justicia; y
4. Principio de cooperación, el que da cuenta de la modernización del Estado y de la mayor participación que la ciudadanía asume en las actividades que en el pasado eran exclusivamente estatales.

¹³¹ Bermúdez Soto, Jorge Andrés. Derecho Administrativo General. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011. Pág. 62.

Dado que este trabajo no tiene por objeto desarrollar las fuentes del Derecho Administrativo, no nos haremos cargo de ellos¹³², sino sólo los mencionamos con el objeto de atender a uno de especial interés para este capítulo, a saber, el *principio de cooperación*.

Bermúdez define el principio de cooperación del siguiente modo: “*Consiste en la actuación conjunta de una Administración Pública con los administrados o con otras administraciones públicas, para el logro de un mismo fin, que en general se identificará directa o indirectamente con la satisfacción de necesidades públicas*”¹³³. Como telón de fondo de este principio, identificamos una tensión: por un lado, la creciente complejización (sobre todo, en un plano técnico) de las necesidades públicas que la Administración debe satisfacer, aumentando, consecuentemente, las labores que debe asumir el Estado y, por otra, la constante reducción del aparato estatal. Por ende, creemos que el principio de cooperación viene a operar como una manera de salvar el problema que genera dicha tensión, ya que constituye la fuente normativa de las asociaciones entre el Estado y los sujetos privados para cumplir y satisfacer necesidades de interés general.

¹³² Para ello, véase Op. Cit. (Págs. 33 y ss.).

¹³³ Bermúdez Soto, Jorge. *Instrumentos Internacionales en la Lucha contra la Corrupción*. En: III Versión del Seminario Probidad y Transparencia para la Administración (Septiembre- Noviembre, 2010), “”. [En línea] <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Actualidad/Actividades/Seminarios/9-10122010/Zona_centro_norte/Probidad_y_corrupcion_internacional_Jorge_Bermudez.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

En conclusión, para el Derecho Constitucional, la activa participación e intervención privada en la actividad pública prestacional encuentra su fundamento en aquellas garantías fundamentales que emanan del Estado Subsidiario y Servicial (como la libertad de emprendimiento económico y la propia subsidiariedad del Estado), y para el Derecho Administrativo, considero que el fundamento más general es, precisamente, el principio de cooperación, en conjunto con las leyes y actos administrativos que tengan por objeto regular los servicios públicos que operan sobre infraestructuras.

Ya hemos visto que la moderna perspectiva del quehacer de la administración del Estado supone la existencia del Estado subsidiario y servicial y, además, el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos determinados en la Constitución.¹³⁴ Así, la regulación de los servicios públicos -y sobre todo los que operan sobre infraestructuras-, mediante la función de verificar que se cumplan estándares mínimos de eficiencia y calidad (además de los presupuestos clásicos de regularidad, continuidad, generalidad, uniformidad y permanencia del servicio), integra la relación que se produce entre el Estado y el particular prestador del servicio, relación que puede surgir a propósito de la privatización de un servicio o mediante un acuerdo de largo plazo, el cual corresponde a una etapa intermedia entre la provisión pública y la privatización,

¹³⁴ Vergara Blanco, Alejandro. *El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional*. Revista de Derecho Administrativo Económico N°12 (2004). Passim.

denominada en la actualidad por la literatura como *Asociación Público Privada (APP)*.

1. ¿Qué son las Asociaciones Público Privadas?

Muy recientemente, Engel, Fischer y Galetovic publicaron un libro que realiza un estudio bastante exhaustivo sobre las denominadas Asociaciones Público Privadas o APP. Los autores comienzan dicha obra señalando lo siguiente: *“Una de las principales obligaciones del gobierno es proporcionar servicios de infraestructura pública a costos razonables. Las obras de infraestructura, como carreteras, puentes, túneles y puertos, representan grandes inversiones fijas y permanentes y, una vez construidas, hay que mantenerlas y operarlas”*¹³⁵. Al respecto, cabe destacar que ya en el párrafo introductorio del libro se señale, como si fuese una premisa irrefutable, que es una obligación del gobierno proporcionar servicios de infraestructura pública. En consecuencia, nuestro punto de partida es ¿cómo puede el Estado, en la actualidad, cumplir de mejor forma aquella obligación? Las Asociaciones Público-Privadas son, en efecto, una de las formas más utilizadas por los gobiernos.

¹³⁵ Engel, Eduardo, Fischer, Ronald, Galetovic, Alexander. *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*. Fondo de Cultura Económica. México, primera edición, 2014. Pág. 15.

Para estos autores, las asociaciones público-privadas “*son contratos de largo plazo entre el Estado y un privado, que combinan en una sola empresa el financiamiento, la construcción, la operación y el mantenimiento de un proyecto que provee estos servicios públicos*”¹³⁶. Por su parte, el Centro de Recursos para Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura (PPPIRC), institución perteneciente al Banco Mundial, si bien ha señalado que no existe un concepto unívoco de APP, ha desarrollado una definición bastante completa: “*No hay una definición extensamente aceptada sobre qué significa una asociación público-privada (APP). En líneas generales, una asociación público-privada se refiere a un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. Usualmente, no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público*”. Las asociaciones público-privadas son, en consecuencia, un estado intermedio entre la privatización y la provisión por parte del Estado, que supone, al igual que el propio desarrollo de la infraestructura pública, una relación de largo plazo entre aquél y el particular, encargándose este último de la construcción, mantención y operación de la obra y/o del servicio que se ofrece al público. En

¹³⁶ *Ibíd.*

términos jurídicos, podemos adelantar que las asociaciones público-privadas no son sino una manifestación especial de la libertad de asociación garantizada en nuestra Constitución Política en el Artículo 19 N° 15; asociación en la cual uno de los intervinientes o asociados es propiamente el Estado.

En Chile, hemos visto que las APP se han llevado a cabo mediante el contrato de concesión, el cual tuvo una fuerte implementación en la década de los noventa y primera mitad de la década siguiente. Como señalan Engel, Fischer y Galetovic, en el año 1991 se aprobó la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que dio comienzo al proceso de inversión y, así: *“Hacia finales de 2007 todas las carreteras importantes, la mayoría de los aeropuertos y varios otros proyectos habían sido concesionados. El total acumulado de inversiones en 50 proyectos otorgados por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) era de alrededor de 11.300 millones de dólares, o 10% del PIB chileno de esa época. Cerca de 88% de esa cantidad ha sido invertida en carreteras”*¹³⁷.

Las Asociaciones Público Privadas, si bien son el mecanismo más moderno y más utilizado en la actualidad por los países desarrollados y en vías de desarrollo para proveer de infraestructuras, no son el único ni el más eficiente en todos los casos. Como veremos, muchas veces las concesiones son criticadas por las altas tasas de renegociación de contratos que generan

¹³⁷ Op. Cit. Pág. 52.

con los años y, en consecuencia, por los aumentos desproporcionados en los desembolsos que el Estado debe realizar para la continuación de los proyectos. También generan otros problemas institucionales que no deben soslayarse puesto que a veces la decisión de concesionar puede depender de este y otros factores.

En conclusión, si bien creemos que es valiosa la evolución institucional de los mecanismos de provisión de infraestructuras públicas, dicha evolución no puede significar que el Estado deba prescindir de la clásica provisión pública o de la privatización completa para aplicar la modalidad APP en todos los casos, razón por la cual nos parece necesario realizar una breve revisión de las etapas que la referida provisión ha mostrado.

2. El Estado como entidad proveedora de servicios.

Ya hemos señalado que la forma en que el Estado ha enfrentado su deber de prestar servicios ha tenido una importante evolución en el tiempo. Dijimos, además, que dicha actividad surge y se desarrolla desde el siglo XVIII, con el surgimiento del Estado liberal de raíz ilustrada, a partir de la revolución francesa. Como bien señala la CEPAL, debemos considerar lo acontecido en Europa para entender el servicio público chileno puesto que: *“En los países de América Latina, la tradición legal es heredada del desarrollo doctrinario y*

*jurisprudencial de países como España, Italia, y principalmente Francia*¹³⁸. Las primeras alusiones al concepto de servicio público se produjeron en Francia con las intervenciones del Rey a favor de sus súbditos (molinos, sitios para ubicar caballos, etc.) en la segunda mitad del siglo XVIII, así como la hacienda, la defensa nacional y la protección del orden público. Con posterioridad, dicha actividad prestacional se extendió también a otros servicios de orden económico como el alumbrado público, cuando la idea de servicio público propiamente tal se consolidó durante el desarrollo de la revolución francesa.

Pero el salto sustantivo en la materia se produjo con el avenimiento de la revolución industrial. En este sentido, Rozas y Hantke-Domas afirman que: *“En el marco de la Revolución Industrial y al compás del progreso técnico, surgieron algunos de los grandes servicios públicos de infraestructura económica que prevalecen hasta el presente. Actividades tales como el transporte por ferrocarril y por carretera, así como la producción y distribución de energía eléctrica y de gas, y la telefonía fija, representaron nuevos desafíos del quehacer público que trascendieron los fines originales del Estado moderno. En gran medida, la importancia y complejidad de las nuevas actividades que se desarrollaron sobre la base de la infraestructura económica que se creaba*

¹³⁸ Rozas Balboltín, Patricio y Hantke-Domas, Michael. Gestión pública y servicios públicos. Notas sobre el concepto tradicional de servicio público. CEPAL - Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 162. [En línea] <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/6/50236/Gestionpublicayserviciospublicos.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 27.

*exigían una activa y directa intervención estatal, de modo que fuera el Estado el que asumiera la dirección y el control de su desarrollo —es decir, la titularidad— para los propósitos de planificar, proyectar, programar, y determinar cuándo, cómo y por dónde se trazarían las redes de distribución asociadas a la prestación de cada servicio*¹³⁹. Como sostiene Vergara Blanco, en esta época, la administración del Estado actuaba bajo una concepción regaliana del poder¹⁴⁰, esto es, que la obligación de otorgar la prestación radicaba principalmente en el Estado¹⁴¹.

Para determinar cuándo el Estado debía encargarse de la provisión de un determinado servicio, se efectuaba una declaración de orden administrativo denominada, por la doctrina española, como *publicatio*, la cual constituía *ab origine* la titularidad estatal del servicio, al sustraer de la acción espontánea de los particulares ciertas actividades económicas consideradas esenciales para el ser humano, llevándolas al Derecho Público mediante estatutos administrativos especiales. No obstante, en virtud del explosivo aumento de la demanda de servicios que provocó la revolución industrial y sus consecuencias sociológicas (aumento poblacional y migración a la ciudad, principalmente) y económicas, la

¹³⁹ Op. Cit. Pág. 28.

¹⁴⁰ Vergara Blanco, Alejandro. *El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional*. Revista de Derecho Administrativo Económico Nº12 (2004). [Págs 33-49.] Pasim.

¹⁴¹ Rozas Balboltín, Patricio y Hantke-Domas, Michael. Gestión pública y servicios públicos. Notas sobre el concepto tradicional de servicio público. CEPAL - Serie Recursos Naturales e Infraestructura Nº 162. [En línea] <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/6/50236/Gestionpublicayserviciospublicos.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 37.

Administración del Estado no tuvo otra alternativa que delegar en entes privados la prestación mediante actos administrativos de delegación o concesiones, dada su incapacidad material y organizacional para satisfacer dicha demanda. Cabe destacar que esta noción de concesión difiere de la moderna, toda vez que la titularidad recaía siempre en el Estado, delegando sólo la gestión del servicio en los particulares, creando para éstos un derecho *ex novo*, como sostiene Vergara Blanco¹⁴².

Con posterioridad a las guerras mundiales, y con el surgimiento del Estado de Bienestar, los principios liberales en el plano económico fueron perdiendo fuerza, dando lugar a una mayor intervención del Estado y, de este modo, se dio paso a la provisión pública propiamente tal, con cargo a impuestos fiscales, mediante la creación de empresas del Estado: *“A medida que el liberalismo perdió fuerza en el campo de las doctrinas económicas y políticas a partir de la Primera Guerra Mundial, y que se fue imponiendo una opinión más favorable al intervencionismo estatal, se fortaleció un concepto de servicio público que implicó la reserva de las actividades relacionadas con la infraestructura económica a favor del Estado desde su declaración como servicio público. Por esta razón, cada una de estas actividades dejó de ser privada y se transformó en pública, lo que en estricto rigor significó que los*

¹⁴² Vergara Blanco, Alejandro. *El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional*. Revista de Derecho Administrativo Económico N°12 (2004). [Págs 33-49.] Pág. 34.

*servicios públicos de infraestructura económica empezaron a ser prestados mayoritariamente por empresas del Estado*¹⁴³. En consecuencia, a partir de la década de 1920 caducaron las concesiones y delegaciones otorgadas a entes privados, volviendo la gestión de aquellos servicios delegados a manos estatales. Este proceso estuvo fuertemente influenciado no sólo por la debacle económica y social que provocaron las guerras mundiales, sino además por la crisis económica de 1929 y por el pensamiento keynesiano que promovía el gasto público.

Nuestro país no fue una excepción al proceso de retorno al Estado prestador de servicios y tampoco estuvo ajeno a la denominada crisis del servicio público. En razón de que, durante la primera mitad del siglo XX, Chile no contaba con una industria relevante en términos relativos, el Estado Chileno decidió promover su industria mediante la creación de empresas y fomento de actividades y servicios considerados de utilidad pública. Así lo destacan Rozas y Hantke-Domas pues, en efecto, en dicho período Chile sufría una contracción en su capacidad de importación y la estructura industrial del país era muy débil, en consecuencia: *“Esto se tradujo en la creación de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), institución que desarrolló la infraestructura eléctrica mediante la elaboración y ejecución de un programa de electrificación del país que operó a través de la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA), además*

¹⁴³ Op. Cit. Pág. 29.

de impulsar la segunda fase de la industrialización chilena mediante la creación de empresas en áreas tan diversas como la producción y refinación del petróleo (Empresa Nacional del Petróleo, ENAP), refinación de minerales (Empresa Nacional de Minería, ENAMI), siderurgia (Huachipato), la producción de azúcar de betarraga (Industria de Azúcar Sociedad Anónima, IANSA) y la producción de papel y derivados (Celulosa Arauco y Celulosa Constitución), entre otras actividades industriales”¹⁴⁴.

El activo rol del Estado como entidad prestadora de servicios duró hasta la dictación de la Constitución Política de la República de 1980, momento en el cual se produce un cambio completo de paradigma, fenómeno que se ha reproducido en casi todos los países occidentales del orbe, asociado, principalmente, al pensamiento neoliberal y al retorno de los principios liberales en materia económica.

¹⁴⁴ Rozas Balboltín, Patricio y Hantke-Domas, Michael. Gestión pública y servicios públicos. Notas sobre el concepto tradicional de servicio público. CEPAL - Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 162. [En línea] <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/6/50236/Gestionpublicayserviciospublicos.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014] .Pág. 52.

3. Desde el rol activo del Estado a la regulación de las concesiones y de la privatización, a la luz de la Constitución Política de la República.

Dado que ya nos hemos referido en extenso a los fundamentos constitucionales y de justicia de la intervención del Estado en el mercado de las infraestructuras públicas y, asimismo, en razón de que ya hemos explicado fundadamente que nuestro marco constitucional y económico actual está basado en las ideas de Subsidiariedad, Estado servicial y el deber de promover el bien común (para ello, ver Capítulo III.1.), considero que a estas alturas el lector ya habrá concluido que el rol actual del Estado está enfocado en i) la *regulación* de las actividades de servicio público que realizan los particulares, previamente privatizadas, o ii) en la participación del Estado como parte activa en las *Asociaciones Público Privadas*, mediante la moderna *técnica concesional*, sin perjuicio de que existen ciertas actividades residuales en que opera la tradicional provisión pública (como la televisión abierta, por ejemplo). En consecuencia, analizaremos a continuación en qué consisten el Contrato de Concesión y la privatización de servicios, dado que son los mecanismos más usados actualmente.

3.1. El contrato de concesión

3.1.1. Definición y naturaleza jurídica

Para Vargas, la concesión consiste en aquel: *“acto de autoridad que otorgue a favor de los particulares derechos como el de uso, goce o disposición, sobre cosas o servicios del dominio público”*¹⁴⁵. Por su parte, Rufián, lo define como: *“un contrato por el cual una persona administrativa (el concedente) encarga a otra persona natural o jurídica (el concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo y ventura un servicio público o una gestión pública, proporcionándole ciertas ventajas y, en particular, la percepción de tarifas pagadas por los usuarios (derechos de explotación)”*¹⁴⁶. El profesor Bermúdez Soto nos ofrece la siguiente definición: *“Corresponde a un modo de gestión de un servicio público en el cual la Administración le encarga a una persona privada la tarea de hacer funcionar el servicio público de acuerdo a los términos establecidos por la Administración”*¹⁴⁷. De las definiciones ofrecidas, nos parece más cercana a la realidad actual la construida por Bermúdez, puesto que da cuenta de que el servicio que se encarga gestionar se realiza, en forma amplia, en los términos establecidos por la Administración, no limitándose a la

¹⁴⁵ Citado en Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Pág. 41.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ Bermúdez Soto, Jorge Andrés. *Derecho Administrativo General*. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011. Pág. 263.

percepción de tarifas por el privado como contrapartida de su prestación¹⁴⁸, como es el caso de la definición de Rufián pues, en efecto, no en todos los casos los particulares pagan, necesariamente y de manera directa, tarifas al privado gestor, como ocurre en las infraestructuras sociales (cárceles y hospitales).

Moraga destaca algo que hemos podido adelantar al estudiar sucintamente la historia de las infraestructuras en Chile (Ver Capítulo I.4.): “*La concesión es una institución jurídica ligada a la historia del país*”¹⁴⁹. La historia casi completa del desarrollo de las infraestructuras en nuestro país puede explicarse en virtud del contrato de concesión, historia que se remonta a los comienzos de la República, donde el transporte comercial, el servicio de cobro de tributos y la provisión de abarrotes a las pulperías de Santiago se satisfacían mediante concesiones administrativas¹⁵⁰. Como señalamos, el uso del ferrocarril, los servicios sanitarios y de agua potable, la iluminación de Santiago y muchos otros proyectos de infraestructura relevantes para el desarrollo de las ciudades pudieron llevarse a cabo gracias a la técnica concesional.

¹⁴⁸ A propósito de la noción de tarifa, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que corresponde al precio que se pega como contraprestación por un servicio: “(..) *En efecto, la obligación de pagar una cantidad de dinero por el servicio que presta un municipio es la contraprestación por el beneficio que recibe el usuario del servicio y corresponde al precio del mismo que se conoce con el nombre de tarifa (...)*” (Considerando 9º) (Fallo Rol N°1063-08, de 12 de junio de 2008).

¹⁴⁹ Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Pág. 40.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

En sus inicios, y a la luz de la noción regaliana del servicio público - durante el Estado Social-, la concesión no era sino una delegación de potestades en los particulares, generando un *derecho ex novo* en su favor, cuya titularidad recaía *ab initio* en el Estado. Sin embargo, la noción actual de concesión difiere de aquella en razón del Estado subsidiario y del principio constitucional de amparo y promoción del individuo como principal actor y artífice de la sociedad, ya que, hoy por hoy, el particular goza de un derecho subjetivo de orden constitucional que le permite realizar actividades económicas relacionadas con servicios o infraestructuras públicas (el cual se deriva, primordialmente, de la libertad de emprendimiento económico y de la protección de la propiedad privada, en relación a la subsidiariedad del Estado), por lo cual algunos autores consideran que hoy el Estado sólo se limita a *permitir*, a través de la Concesión, dicha situación, velando previamente porque se cumplan ciertos requisitos de calidad y eficiencia, de modo que el servicio se preste en los términos estipulados por el Estado; principalmente, que no exista vulneración de garantías fundamentales, y todos los otros requisitos propios de la tradicional idea de servicio público¹⁵¹. Pero dado que la concesión no es sólo una autorización, sino, además, un acuerdo o concurso de voluntades entre la Administración del Estado y un sujeto particular, es que debemos entenderlo como un *acto mixto o de doble configuración jurídica*, ya que, como señala

¹⁵¹ Ya hemos aludido a esta idea del moderno servicio público y reactualización de la concesión. Para una mayor profundización, véase Vergara Blanco, Alejandro. *El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional*. Revista de Derecho Administrativo Económico N°12 (2004). [Págs 33-49].

Moraga, la concesión: *“a un mismo tiempo es un acto de poder público en cuanto a su otorgamiento por el Estado y normas de control y dirección a que se somete (aspecto reglamentario), y es contrato administrativo en lo relativo a los derechos y deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario (aspecto convencional)”*¹⁵².

Ahora bien, dada esta naturaleza mixta, por el hecho de tener una faz contractual, la concesión administrativa debe contener, entonces, los elementos de un contrato y entre éstos, *una causa*: la satisfacción de un interés de orden público de carácter social o económico por un sujeto particular, mediante un encargo efectuado por el Estado, quien tiene originariamente el deber de satisfacer aquél interés como entidad promotora del bien común y al servicio de la persona humana.

Es imperativo, en consecuencia, que el Estado conserve ciertas facultades o potestades exorbitantes en relación a la entidad privada con quien contrata. Así lo ratifica Moraga: *“(…), quedaría justificado que la Administración conserve ciertas potestades y derechos que exorbitan cualquier vínculo contractual entre privados, de modo que cuando se vea menoscabado o afectado el bien común, la Administración utilice esas prerrogativas para modificar el régimen y organización de la concesión en bien de la colectividad,*

¹⁵² Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Pág. 42.

*imponiendo así su voluntad a la del contratante particular*¹⁵³. Para ser más precisos, habría que agregar que el particular interesado debe aceptar las condiciones de otorgamiento del servicio establecidas por el Estado previamente, en las bases de licitación. Por ello es que la determinación de las tarifas que los usuarios pagarán por un cierto servicio son establecidas mediante normativas especiales y no por la mera actuación de la autonomía de la voluntad o a través de las reglas espontáneas de oferta y demanda del libre mercado. Asimismo, el particular tendrá entonces que cumplir con ciertas obligaciones relativas a la manera en que se proveerá del servicio, protegiendo los intereses de los usuarios finales. En este sentido, el profesor Moraga ha dicho que: *“La circunstancia de que la concesión entraña la prestación de un servicio público, de alto interés social, justifica, por ejemplo, que en el caso de la concesión de obra pública, el marco jurídico genera en el concesionario la obligación legal de prestar ininterrumpidamente el servicio de la obra y de no discriminar a los usuarios que cumplan o se allanen a cumplir las normativas y tarifas”*¹⁵⁴.

Es menester señalar que, si bien los particulares gozan de aquellos derechos subjetivos constitucionales que hemos señalado, no por ello debe entenderse que la concesión es una mera autorización administrativa con

¹⁵³ Op. Cit. Pág. 44.

¹⁵⁴ Op. Cit. 45.

elementos contractuales¹⁵⁵. En efecto, los particulares pueden iniciar actividades económicas en casi todas las áreas del mercado, incluidos los servicios públicos, sin embargo, es el Estado quien vela por el bien común y quien tiene la obligación de proveerlos, sin perjuicio de delegar esta obligación en los privados, quienes se encuentran habilitados para ello gracias a las libertades constitucionales económicas de que gozan. Como ha dicho la Contraloría General de la República, habrá concesión de servicio público cuando el Estado: *“opta por no ejecutar directamente uno de los cometidos que le conciernen, y que es de interés público, para entregar a un particular concesionario, que acepta someterse a las normas del derecho público, el desarrollar la respectiva actividad”* (Dictamen CGR N° 23.701 de 1999)¹⁵⁶.

¹⁵⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional en un fallo ha estimado que la concesión si constituye derechos a favor del concesionario de los cuales antes no gozaba, enunciando, además, las facultades que de ella emanan: *“(…) Por de pronto, son derechos ex novo, pues antes no existían en favor del particular. En este sentido, la concesión constituye derechos. Enseguida, los derechos que recaen sobre el bien, tienen una naturaleza real, pues tienen las características propias de éstos, es decir, recaen sobre una cosa, son oponibles a terceros y a la propia Administración, aunque ésta puede imponer cierta precariedad por la revocabilidad que le puede otorgar el ordenamiento jurídico. Estos derechos son “derechos reales administrativos”, pues no se rigen por las normas del derecho privado. Estos derechos reconocen que el dominio público está fuera del tráfico jurídico. Por ello, genera un comercio jurídico público (...). Estos derechos otorgan a su titular un “haz de facultades”, que puede englobarse en las siguientes: derecho de uso sobre el respectivo bien, que permite su utilización u ocupación; un derecho de goce, que permite obtener a su titular todo lo que el bien produce; en algunas ocasiones, otorga el derecho de consumir el bien (por ejemplo, el derecho consuntivo en las aguas, que permite a su titular consumir totalmente el agua en cualquier actividad, sin obligación de restitución); y el de comercio jurídico, que permite al titular incorporar este derecho al tráfico jurídico, bajo ciertas restricciones (González, J.; ob. cit.; págs. 40 y siguientes). La tercera característica, es que estos derechos son patrimoniales. Ello se traduce en que el derecho sobre la concesión está protegido por el derecho de propiedad; y salvo prohibición expresa, legal o de la propia concesión, pueden establecerse respecto de dicho derecho relaciones jurídicas con terceros, sujetas a las condiciones que el derecho imponga”* (Considerando 37º) (Fallo Rol N°1281-08, de 13 de agosto de 2009).

¹⁵⁶ Citado en Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Pág. 48.

Finalmente, es preciso profundizar en la distinción que existe entre autorización administrativa y contrato de concesión, toda vez que ello es fundamental para comprender que, si bien en ambos casos los particulares que actúan en una determinada actividad económica lo hacen en el ejercicio de ciertos derechos que lo habilitan para ello, sólo en el caso del contrato de concesión se le otorgan derechos a los concesionarios que no tenían con anterioridad a la adjudicación del contrato, luego del proceso de licitación.

Es incuestionable que nuestra Constitución Política de la República establece ciertos derechos subjetivos en favor de toda persona y que, en razón de ello, la faculta para emprender en diversas actividades económicas, pero es gracias al contrato de concesión que los particulares que tienen la calidad de concesionarios pueden reclamar derechos existentes que forman parte de su patrimonio. Al respecto, el Tribunal Constitucional, a propósito de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucional presentado por una empresa de muellaje que proveía de diversos servicios de movilización intraportuaria, ha analizado las diferencias que se aprecian entre la autorización administrativa y la concesión, lo cual resultaba relevante en la especie para determinar la posible existencia de derechos de propiedad de la empresa requirente, adquiridos mediante autorización administrativa y supuestamente infringidos a raíz de un proceso de licitación de los referidos servicios, iniciado, con posterioridad al otorgamiento del permiso en cuestión, por la empresa portuaria estatal encargada de la

administración del puerto de Arica. En el fallo en cuestión, el Tribunal que resguarda el principio de la supremacía constitucional, sostuvo que: “(...) *la autorización presenta serias diferencias respecto de otras instituciones, como es el caso de la concesión. Esta última importa un acto esencialmente creador de derechos, mientras que la autorización permite el ejercicio de un derecho pre existente. En otras palabras, las autorizaciones no hacen sino remover el límite, la barrera o el obstáculo jurídico que impedía el ejercicio del derecho preexistente (Ariel González Vergara, La concesión, acto administrativo creador de derechos, p. 34). De este modo, la autorización, a diferencia de lo que ocurre con la concesión, “no confiere ningún derecho ex novo al administrado, sino que se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguno, los que ya estaban dentro de su patrimonio” (Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, p. 176). Se trata de “un derecho preexistente que la ley otorga al particular en forma de autorizaciones, licencias o permisos, cuyo ejercicio se halla restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, y por ello para dicho otorgamiento deben satisfacerse distintos requisitos que permitan al particular el ejercicio de aquel derecho previo en su interés personal, pero sin descuidar el interés colectivo o general. Es un interés personal condicionado. Por lo general está vinculada la autorización, licencia o permiso al ejercicio del poder de policía. De allí su distinción con la concesión, que es contractual y que no reconoce un derecho previo del particular, sino que se le otorga o delega sólo en función de la*

relación contractual, que es la que lo crea” (José Canasi, Derecho Administrativo, Tomo II, p. 260) (Considerando 41º)¹⁵⁷. Y así, concluye el fallo del Tribunal sobre este punto que el requirente: “(...), titular de una autorización que lo habilita para ejercer la actividad de muellaje, conserva dicha calidad y puede incluso optar a la pertinente concesión, careciendo de un derecho de propiedad sobre el estatuto jurídico vigente al momento de otorgársele su autorización, habida consideración de su título, (...) (Considerando 42º)”¹⁵⁸. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de concesión, la autorización administrativa no faculta a quien goza de ella para exigir que se mantengan las condiciones existentes al momento de iniciar el emprendimiento económico, puesto que el Estado puede siempre modificar aquellas condiciones en razón del interés público y del bien común, siempre que ello no importe una infracción a las garantías constitucionales vinculadas con dicho emprendimiento.

3.1.2. Experiencia de las concesiones en Chile

Me he referido a la relevancia que el sistema de concesiones, iniciado en la década de los noventa, tuvo para el desarrollo de las infraestructuras del país

¹⁵⁷ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 467-06, 14 de noviembre de 2006. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=157> [Consulta: 2 de junio, 2015].

¹⁵⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 467-06, 14 de noviembre de 2006. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=157> [Consulta: 2 de junio, 2015].

(Ver Capítulo I.4.), por lo tanto, me parece redundante ahondar en ello, salvo agregar algunas ideas que considero de suma importancia.

Hemos evidenciado la relación existente entre las concesiones de obras públicas y las denominadas Asociaciones Público Privadas (APP), las cuales responden a la evolución del Derecho Público, que ha ido paulatinamente integrando la idea de que es aceptable, e incluso deseable, que los ciudadanos participen de manera activa, en conjunto con la Administración del Estado, en ciertas labores o cometidos que por imperativo constitucional le corresponden a esta última.

Si hablamos de la experiencia chilena en materia de concesiones actualmente, debe pensarse inmediatamente en la importante labor que se ha realizado en el sistema de concesiones de carreteras. Para Engel, Fischer y Galetovic, a pesar de que el sistema de concesiones de carreteras ha sido exitoso, pues ha permitido a Chile abrir sus puertas al intercambio y a las cadenas de valor mundial y ser un país atractivo para la inversión, tanto local como extranjera, ha habido problemas en su implementación en razón de las renegociaciones de los contratos originales, las cuales, muchas veces, han generado altos costos no previstos para el Estado¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Engel, Eduardo, Fischer, Ronald, Galetovic, Alexander. *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*. Fondo de Cultura Económica. México, primera edición, 2014. Pág. 52 y ss.

Ya vimos que, de un total de 50 proyectos de infraestructura concesionados por el Ministerio de Obras Públicas, cerca del 88% corresponde a carreteras. En términos monetarios, de un total de 11.366 millones de dólares invertidos, 9.990 corresponden sólo a autopistas¹⁶⁰. En consecuencia, la importancia que éstas han tenido para Chile es innegable. Ahora bien, las renegociaciones de los contratos, llevadas a cabo entre los años 2001 y 2007, no se han implementado de forma eficiente para algunos autores y participes del sistema. Engel, Fischer y Galetovic señalan que a fines de 2007, las 50 concesiones de infraestructura otorgadas habían sido renegociadas 144 veces y que, en promedio, cada concesión se renegociaba cada dos años y medio¹⁶¹. Lo realmente preocupante de lo anterior, es que dichas renegociaciones significaron un aumento en los pagos que el Estado hizo a los concesionarios, por modificaciones o mejoras en los proyectos, puesto que incrementaron considerablemente los costos finales de los proyectos.

La situación anterior, además, estuvo favorecida porque, antes de la modificación a la Ley de Concesiones en 2010, las renegociaciones podían realizarse de forma bilateral entre el Estado y los concesionarios sin control externo alguno y, en consecuencia, la capacidad negociadora de las empresas concesionarias les permitió obtener mejoras sustanciales en sus contratos con el Estado, sin sometimiento alguno al escrutinio público. “*De los 11.300 millones*

¹⁶⁰ Op. Cit. Pág. 53.

¹⁶¹ Op. Cit. Pág. 62.

*de dólares invertidos en 50 concesiones, 2.700 millones de ellos fueron agregados como resultado de una renegociación. De este monto, por lo menos 1.400 millones fueron por trabajos adicionales. En otras palabras, la suma total invertida ha aumentado en cerca de un tercio luego de ser adjudicado el contrato*¹⁶². Evidentemente, la pregunta que surge aquí es ¿ha sido, efectivamente, el contrato de concesión el mecanismo más eficiente para la provisión de infraestructura pública vial, considerando que éstas han implicado un aumento de un tercio de su valor luego de adjudicado el contrato? No es objeto de este trabajo analizar dicha arista, por lo cual sólo dejaremos enunciada la pregunta, la cual sirve de todos modos para dejar en evidencia lo que dijimos anteriormente sobre la evolución institucional en los mecanismos de provisión de infraestructura pública: no siempre el método más moderno es el más eficiente. En el mismo sentido, Engel, Fischer y Galetovic señalan que: *“las APP son una posibilidad para estructurar la provisión de servicios públicos, la estructura organizacional apropiada depende tanto del entorno institucional y financiero como de las características de los proyectos”*¹⁶³.

Si bien el sistema de carreteras ha sido el más reconocido por la gran inversión que ha significado para el país, no es el único rubro en el que operan las concesiones. Debemos agregar otras obras de infraestructura relevantes como puertos y aeropuertos, puentes, caminos, y, actualmente, las

¹⁶² Op. Cit. Pág. 64.

¹⁶³ Op. Cit. Pág. 118.

denominadas “infraestructuras sociales”, como son ciertos hospitales, centros penitenciarios, el centro de justicia de Santiago, etc. Todas estas infraestructuras se han llevado a cabo en virtud de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, establecida en el Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, cuyo artículo primero dispone: *“La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.*

Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión”.

También son muy relevantes las concesiones establecidas a propósito de los servicios públicos e infraestructura más elementales para una sociedad,

como son la electricidad, las telecomunicaciones, los servicios sanitarios y el transporte público.

En cuanto al servicio de energía eléctrica, existen concesiones propiamente tales en el mercado de distribución de energía eléctrica a los consumidores finales pues, como dispone el Artículo séptimo de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), el suministro de electricidad a consumidores finales constituye “*servicio público*” y es otorgado por empresas concesionarias de distribución: *Es servicio público eléctrico, el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros*”.

En las Telecomunicaciones también encontramos un sistema de concesiones sobre ciertos servicios, a saber, las telecomunicaciones públicas, servicios intermedios de instalaciones y redes para quienes ofrecen servicios de telecomunicaciones al público, por una parte, y el servicio de radiodifusión sonora y televisiva, por otra. Este sistema de concesiones convive con otro de permisos y licencias, según el tipo de servicio en concreto. En cuanto al procedimiento de otorgamiento de concesiones, Aldo Cornejo sostiene que: *”En las de primer tipo, se tramita según petición del interesado, las que si*

corresponde, son otorgadas por el MTT previa consulta al Ministerio de Defensa. Las de segundo tipo también son otorgadas por el MTT, mediante el mecanismo del concurso público, por tratarse de un bien escaso. La SUBTEL participa en ambos casos como agencia especializada que coordina el proceso y recomienda la decisión al ministro”¹⁶⁴.

La Ley General de Telecomunicaciones establece el régimen de concesiones en su Artículo 8: *“Para todos los efectos de esta ley, el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, especialmente temporales, otorgadas por el Estado.*

Se requerirá de concesión otorgada por decreto supremo para la instalación, operación y explotación de los siguientes servicios de telecomunicaciones: a) públicos; b) intermedios que se presten a los servicios de telecomunicaciones por medio de instalaciones y redes destinadas al efecto, y c) de radiodifusión sonora. (...).

En materia sanitaria, la Ley General de Servicios Sanitarios dispone en el inciso primero de su artículo séptimo que: *“La concesión tiene por objeto permitir el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos*

¹⁶⁴ González, Aldo. *Estudio sobre la revisión de la institucionalidad regulatoria de los servicios sometidos a fijación tarifaria*. Departamento de Economía, Universidad de Chile. Septiembre, 2006. [En línea] <http://www.economia.gob.cl/1540/articulos-187058_recurso_1.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 51.

indicados en el número 1 del artículo 1° de esta ley. (...)”. Luego, los servicios públicos establecidos en el número uno del artículo primero del mismo cuerpo legal son aquellos: *“(...) destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas, servicios denominados en adelante, servicios sanitarios”.*

En el caso del Transporte Público, la ley 18.696 estableció en su artículo 3° inciso primero lo siguiente: *"El transporte nacional de pasajeros remunerado, público o privado, individual o colectivo, por calles o caminos, se efectuará libremente, sin perjuicio que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones establezca las condiciones y dicte la normativa dentro de la que funcionarán dichos servicios, en cuanto a cumplimiento obligatorio de normas técnicas y de emisión de contaminantes de los vehículos, así como en lo relativo a condiciones de operación de los servicios de transporte remunerado de pasajeros y de utilización de las vías".* De modo que, en principio, el transporte nacional remunerado, ya sea público o privado, se efectúa de forma libre, sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) de regular dicho servicio. Luego, el Decreto 212 del MTT, que fija el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros, establece en su artículo 1° Bis que: *"Las concesiones de servicios de transporte público de pasajeros que se otorguen mediante licitación pública conforme al artículo 3° de la ley N° 18.696, deberán*

sujetarse a las bases de licitación definidas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y tendrán el plazo de duración que en éstas se determine”.

3.1.3. ¿Cuándo el Estado debe recurrir a las asociaciones público privadas en materia de infraestructuras?

Al parecer, existe cierto consenso en que en las infraestructuras de redes que requieren planificación de largo plazo, el mecanismo más eficiente es la APP. Así ocurre en aquellas infraestructuras relacionadas con el transporte, como caminos, túneles, puertos, aeropuertos, ferrocarriles, etc. Al respecto, es interesante que si bien en las carreteras y autopistas es posible cobrar tarifas a los usuarios, razón por la cual suele ser más eficiente la privatización del servicio, se recurre al sistema de concesiones, precisamente, por la necesidad estatal de planificar la elaboración y otorgamiento del servicio en el largo plazo, para evitar que el desarrollo urbano de las ciudades no se produzca de acuerdo los intereses del Estado y, de este modo, que exista una oportunidad irrenunciable de revisión del contrato de concesión al expirar éste, transfiriéndose los activos a manos del Estado y permitiéndole volver a concesionar.

Es importante dilucidar cuándo existen buenas razones para concesionar. Así, ciertos incentivos deben estar presentes en un mercado en

particular para que sea conveniente recurrir a las concesiones. En primer lugar, la decisión de si corresponde o no concesionar un servicio no pasa por la forma de financiarlo pues, el argumento más recurrente entre quienes promueven la aplicación a rajatabla de las concesiones en todo ámbito es que el Estado, de este modo, libera fondos fiscales que en principio, si recurriese a la provisión pública, tendría que destinar a infraestructura, permitiéndole así disponer de éstos para satisfacer otras necesidades, puesto que serían los privados quienes realizarían la inversión. Este argumento es cuestionable, por cuanto si bien la inversión inicial la realiza la empresa privada en conjunto con sus financistas, el Estado cede, así, el derecho a percibir los ingresos que el cobro de tarifas generaría, renunciando a un flujo futuro y cierto de ingresos. El Estado, por ende, al concesionar, está también renunciando a percibir un ingreso constante, que percibirá la empresa concesionaria.

En segundo lugar, hay buenos argumentos para concesionar -aparte del ya señalado sobre la planificación-, que dicen relación con la distribución de riesgos que el contrato de concesión permite. En efecto, Engel, Fischer y Galetovic identifican los siguientes riesgos inherentes a toda Asociación Público Privada: i) riesgo de construcción, ii) riesgo de operación y mantenimiento, iii) riesgo de desempeño (posible indisponibilidad del servicio e incertidumbre sobre la calidad del mismo), iv) riesgo del valor residual (valor de los activos al final del contrato), v) riesgo de políticas (tanto macroeconómicas como acciones

particulares del gobierno), vi) riesgo de demanda (tasa futura de utilización de la infraestructura) y vii) riesgo financiero (variaciones en la tasa de interés y tasa de cambio)¹⁶⁵.

Los autores plantean que los riesgos de la i) construcción, ii) de operación y mantenimiento y iii) de desempeño del servicio o infraestructura deberían estar radicados en el concesionario, siempre que haya empaquetamiento de la construcción, de la operación y mantenimiento, esto es, que dichas obligaciones correspondan a la empresa concesionaria y que tenga, entonces, control material sobre el proyecto.

En cuanto al iv) riesgo residual, es razonable que éste se radique en el gobierno pues es éste de quien depende la planificación de largo plazo del proyecto y, por lo tanto, el valor residual de los activos. Por ello, al término del contrato de concesión, luego de que el concesionario ha recuperado su inversión, se transfiere la infraestructura al gobierno, asumiendo éste el riesgo. En cuanto a los v) riesgos de políticas públicas, es necesario distinguir. Por una parte, existen políticas públicas que sólo tienen injerencia de manera indirecta en un determinado proyecto, al tener un alcance mucho mayor que afecta a varios rubros o áreas económicas. El mejor ejemplo de ello consideramos que son las políticas ambientales que elevan los estándares de control de la

¹⁶⁵ Engel, Eduardo, Fischer, Ronald, Galetovic, Alexander. *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*. Fondo de Cultura Económica. México, primera edición, 2014. Pág. 124.

contaminación, pues dichas políticas afectan a todas las industrias, sin perjuicio de que el concesionario en particular tenga que incurrir en nuevas inversiones para adaptar su infraestructura a las nuevas exigencias. Este tipo de políticas genera un riesgo que debe radicarse en los particulares pues no son sino parte de los riesgos intrínsecos a toda actividad económica. Pero, por otra parte, existen políticas públicas que afectarán directa y particularmente al servicio o infraestructura concesionada en cuestión. Así ocurre con la dictación de leyes expropiatorias, en cuyo caso es evidente que el riesgo debe radicarse en el gobierno, pues de lo contrario se afectaría la garantía constitucional de igualdad y se rompería el equilibrio económico del contrato por un acto intencionado del gobierno. El vi) riesgo de demanda debe también radicarse en el Estado, pues es éste quien define las proyecciones y características de un determinado proyecto, por regla general. La forma de proteger al privado, entonces, de dicho riesgo es mediante compensaciones o Ingresos Mínimos Garantizados, que otorgan confianza a los postulantes a la licitación de que el proyecto será rentable. Con todo, hay que tener presente que el sólo hecho de que haya una licitación que genera interés en empresas privadas por participar en ella, funciona como *prueba de mercado*, constituyendo un buen indicador del éxito del proyecto, siendo otra buena razón para recurrir a las concesiones, ya que aquí, al haber competencia *por* el mercado que proveerá el servicio, el Estado podrá obtener ciertas conclusiones sobre la factibilidad de un proyecto,

evitándose de este modo los denominados “*elefantes blancos*”, que son una importante falla de la provisión pública.

Finalmente, el viii) riesgo financiero, si bien no depende de la empresa, no debe por ello ser absorbido por el Estado, puesto que para ello existe el mercado de los seguros, al cual los particulares podrán recurrir y así garantizar un financiamiento estable.

3.2. La privatización

La privatización consiste en la transferencia que la Administración del Estado efectúa a los particulares de un cierto servicio para que éstos se encarguen de su provisión¹⁶⁶. Lo que distingue a la privatización es que este acto se materializa con la transformación de la naturaleza de la entidad que se encarga de proveer el servicio, pasando de ser pública a privada. Así, si un cierto servicio es ofrecido a los ciudadanos a través de un órgano público, en virtud de la privatización éste se transforma en organismo privado (sociedad anónima, generalmente) y se entrega a manos privadas para que éstos

¹⁶⁶ Resulta menester señalar que, como bien ha sostenido el Tribunal Constitucional, la privatización, a diferencia de la actividad empresarial del Estado, no requiere de una Ley de Quórum Calificado para que se lleve a efecto, por lo cual el proceso de privatización es bastante más expedito que el de la actividad empresarial del Estado: “(...) *Por eso no existe ninguna disposición constitucional que, para la privatización de una empresa estatal exija ley de quórum calificado, como el citado artículo 19, N° 21, lo hace para el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado o de sus organismos. (...)*; (Considerando 5º) Sentencia Rol N° 134-91, de 9 de septiembre de 1991).

continúen prestándolo. No debe pensarse por ello que el Estado se desvinculará por completo de los servicios o infraestructuras que privatiza pues, como bien señala Bermúdez: *“Desde el punto de vista del tamaño de la Administración del Estado, al privatizar actividades ella sufre una contracción. Sin embargo, como debe velar por la correcta y continua satisfacción de las necesidades, la Administración conservará los poderes de regulación, fiscalización y sanción propios del Estado, ejerciéndolos, orgánicamente, a través de Superintendencias”*¹⁶⁷. En efecto, la regla general es que las facultades de regular y ejercer la función de policía recaerán en una Superintendencia (la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en el caso de la energía eléctrica, la Superintendencia de Servicios Sanitarios en el caso de los servicios de agua potable y alcantarillados, etc.).

Consideramos oportuno precisar que la privatización no supone excluir el uso de las concesiones pues, de hecho, en muchos servicios públicos privatizados, la determinación de la entidad privada que prestará el servicio se lleva a cabo mediante la concesión –como ocurre en Servicios Sanitarios o en Telecomunicaciones, a pesar de que se encuentran privatizados–, como consecuencia de una licitación pública en la cual las empresas compiten por adjudicarse el servicio. Lo que ocurre es que en las concesiones *propriamente tales* -estudiadas con anterioridad a propósito de las obras de infraestructura

¹⁶⁷ Bermúdez Soto, Jorge Andrés. *Derecho Administrativo General*. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011. Pág. 263.

vinculadas con el transporte y ciertas infraestructuras sociales-, el origen del servicio se encuentra en la concesión, lo cual supone que los particulares operadores constituyan una sociedad cuyo único fin será el objeto de la concesión, luego de adjudicarse un determinado proyecto, para llevar a cabo la construcción, operación y mantención de la obra que presta el servicio por un período determinado. En cambio, lo fundamental en la privatización es *el traspaso de activos y bienes de capital* que ya operaban en la prestación de un cierto servicio, a manos privadas. Para aclarar esta idea, puede resultar útil analizar sucintamente los mercados de energía eléctrica, telecomunicaciones y servicios sanitarios, en los cuales el Estado tomó la determinación de privatizarlos.

3.2.1. La privatización de los servicios de electricidad, telecomunicaciones y servicios sanitarios

Para Fischer y Serra¹⁶⁸, la privatización ha tenido efectos positivos en Chile, por cuanto ha permitido elevar la productividad laboral de las empresas privatizadas, aumentando la inversión y la cobertura de los servicios en algunos casos. Los autores sostienen que para el Estado chileno, los objetivos de la

¹⁶⁸ En adelante, haremos alusión a algunos datos de carácter económico, todos los cuales han sido extraídos de Fischer, Ronald y Serra, Pablo. *Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile: Casos sanitario, electricidad y telecomunicaciones*. Centro de Economía Aplicada, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile. Junio, 2003. [En línea] <http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/download.php?file=documentos_trabajo/ASOC_FILE120040527142057.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

privatización han sido, fundamentalmente, financiar la inevitable expansión de los servicios que el Estado no podía proveer y generar mayor eficiencia. No obstante, la eficiencia estuvo dada en gran parte por la intervención del Estado en la determinación de las tarifas. Así se colige del análisis realizado por Fischer y Serra respecto al efecto en la productividad de las principales tres empresas en cada uno de los sectores, luego de la privatización: *“Es tal vez más impresionante comparar el magro resultado de EMOS-Aguas Andinas bajo la gestión estatal con los resultados que se producen luego de la privatización. Si examinamos la productividad laboral de la empresa en el período 1997-2001, ésta aumenta un 73% en el período, es decir que el crecimiento de la productividad en manos privadas es varias veces mayor que en manos del Estado. Es interesante comprobar que Chilectra también aumenta en forma espectacular su productividad en ese período (un 155%), pero casi todo el aumento está concentrado en el período posterior a la fijación tarifaria del 2000. Y Telefónica-CTC impulsada por la fijación tarifaria de 1999 y por la amenaza de competencia, aumentó su productividad en un 143% en el período. Como se observa, la privatización aumenta la productividad de las empresas monopólicas, pero los resultados son muy sensibles a los estímulos que provean los procesos tarifarios”*¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Fischer, Ronald y Serra, Pablo. *Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile: Casos sanitario, electricidad y telecomunicaciones*. Centro de Economía Aplicada, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile. Junio, 2003. [En línea] <[http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/download.php?file=documentos trabajo/ASOC FILE120040527142057.pdf](http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/download.php?file=documentos%20trabajo/ASOC%20FILE120040527142057.pdf)> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 3.

Por otra parte, en cuanto a la expansión de los servicios, se ha observado que la cobertura ha aumentado, sobre todo en zonas rurales, pero esto se explica porque el Estado ha otorgado subsidios para ello a las empresas, por lo cual dicho efecto no es atribuible a la privatización.

En los servicios de telecomunicaciones, hacia finales de los setenta el mercado estaba dominado por dos empresas públicas. Por una parte, CTC en la telefonía fija y, por otra, Entel en la telefonía de larga distancia internacional. Entre 1982 y 1988 se vendieron dichas compañías, pasando a manos privadas. En este mercado en concreto, se ha observado que la privatización ha implicado una mayor eficiencia, por cuanto la competencia a generado incentivos para que las empresas inviertan en tecnología, mejorando los servicios proveídos de esta forma.

El mercado eléctrico, a fines de los setenta, estaba constituido, básicamente, por Endesa y Chilectra, ambas empresas del Estado, las cuales se encargaban del 90% de la generación, 100% de la transmisión y 80% de la distribución a los usuarios. El gobierno tomó la determinación de vender las filiales de Endesa y de dividir ésta en 14 empresas. Así también lo hizo con Chilectra, dividiéndola en 3 empresas. La mayoría de estas empresas fueron privatizadas entre 1986 y 1989. En los años siguientes, el Estado vendió el

resto de las compañías paulatinamente, finalizando dicho proceso en el año 2001.

Lo relevante de la privatización en el mercado eléctrico es que la nueva institucionalidad se creó con anterioridad al proceso de traspaso de las empresas a manos privadas. Así, se creó la Comisión Nacional de Energía (CNE), entidad pública encargada de diseñar y determinar las directrices de las políticas públicas que luego se implementan mediante leyes y reglamentos. En 1985 se creó la Superintendencia de Electricidad y Combustible (SEC), organismo fiscalizador del mercado y con funciones de regulador y en 1982 se promulgó el DFL N°1, que aprobó la nueva Ley General de Servicios Eléctricos. Según Vergara Blanco, la nueva ley tuvo por objeto aumentar la participación privada en el sector: De este modo: *“Si a partir de la década de 1980 se comenzó a aplicar una nueva política en el sector eléctrico, ello fue con la finalidad de revertir la situación anterior de preponderancia estatal, y de otorgarle una participación significativa a la iniciativa privada. El Estado, en su función subsidiaria, mantendría en todo caso su rol normativo y regulador”*¹⁷⁰.

Quizás, el aspecto más relevante en la nueva institucionalidad es el hecho de que ésta divide el mercado eléctrico en tres sectores distintos. Al respecto, Vergara Blanco afirma que: *“Los objetivos de estas nuevas políticas*

¹⁷⁰ Vergara Blanco, Alejandro. *Derecho Eléctrico*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004. Pág. 51.

estaban dirigidos a dotar de mayor eficiencia al sector eléctrico, y a dejar al mercado como herramienta de asignación de los recursos; esto fue aplicado plenamente en el caso de la generación y del transporte de la energía eléctrica; no obstante, en aquellos casos como la distribución en que no podía operar completamente el mercado, se idearon modelos matemáticos". Los sectores en los cuales se dividió el mercado fueron a) generación, b) transmisión y c) distribución de energía eléctrica. En la generación y transmisión de la energía, las empresas deben coordinarse a través del Centro de Despacho Económico de Cargas, estableciéndose el principio de libre acceso a la transmisión. Esta división permitió una mejor regulación, puesto que no todo el mercado es monopolio natural, aunque haya economía de redes en todos los sectores. En efecto, la distribución de energía es propiamente tal un monopolio natural, por cuanto la estructura de costos disminuye en la medida en que se provea a más usuarios y no haya competencia, al requerirse una inversión importante para la creación de las redes (inversión hundida).

Otra importante característica de la institucionalidad eléctrica dice relación con el sistema de concesiones. En materia eléctrica, la ley ha establecido la participación activa de los particulares en el mercado mediante una concesión previa, otorgada por la Superintendencia de Electricidad y Combustible mediante una resolución administrativa, en el caso de las concesiones provisionales, o por el Ministerio de Economía, Fomento y

Reconstrucción mediante un Decreto Supremo, en el de las concesiones definitivas. Consideramos que esto es sumamente relevante puesto que, además, nos permite hacer evidente que la privatización y las concesiones no son excluyentes, ya que, en muchos casos, luego de efectuarse la privatización de un servicio, éste se mantiene o se traspasa a nuevos agentes privados, mediante concesiones, las cuales tienen una vigencia determinada. En efecto, en materia eléctrica, no sólo existen concesiones en el rubro de la distribución, el cual es un monopolio natural propiamente tal, sino también se interviene mediante concesiones en los rubros de generación y transmisión, en los que existe competencia y libre mercado. En este sentido, Vergara Blanco lo precisa del siguiente modo: *“Este derecho (de concesión) es distinguible, en cuanto a sus alcances, según se trate de generación, de distribución o de transporte de energía eléctrica. En todos los supuestos, (...) tiene como alcance el otorgar derechos para el “establecimiento” efectivo de los “estudios” (concesión provisional) y de las “obras” o “instalaciones” (concesión definitiva), relativas a las centrales hidráulicas o a las líneas de distribución o de transporte de energía eléctrica, ocupando para ello suelo público y privado”*¹⁷¹.

En cuanto a los efectos económicos de la privatización, una primera consecuencia que suele destacarse es el hecho de que la cobertura rural aumentó considerablemente, pero, nuevamente, ello se produjo en gran parte

¹⁷¹ Op. Cit.. Pág. 86.

por los subsidios estatales, no por la actuación libre de las empresas. Por otra parte, se ha observado que hubo una disminución en los precios y que, de hecho, los hogares más pobres se beneficiaron de ello pues aumentó la demanda del servicio en esos sectores, pasando de un 91,5% en 1987 a un 97,4% en 2000.

En el sector sanitario, el proceso de privatización fue más tardío que en los mercados eléctrico y de telecomunicaciones. Efectivamente, recién en la década de los setenta se inició un proceso de unificación en la prestación del servicio y en su regulación. Así, se creó el Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS), organismo que absorbió a todos los otros asociados al mismo, como la Dirección de Obras Sanitarias, la Dirección de Servicios Sanitarios (dependiente del MINVU) y una serie de empresas municipales, entre otros. El organismo estaba encargado de suministrar servicios sanitarios en todas las regiones del país, salvo la Región Metropolitana y Valparaíso, en las cuales el servicio era proveído por las empresas estatales EMOS y ESVAL, respectivamente. Este era el marco general, sin perjuicio de otras pequeñas empresas que proveían de forma específica a ciertos usuarios.

En 1988 se promulgó la Ley 18.902, estableciendo un esquema bastante similar al eléctrico y se creó la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS). Al año siguiente se transformaron en Sociedades Anónimas las dos empresas

sanitarias del Estado, transfiriendo cierta propiedad sobre ella a los privados, pero conservando la mayor parte (65%) en manos de CORFO. Recién en la década de los noventa se privatizaron completamente dichas empresas, por lo cual el proceso de privatización no fue realizado durante la dictadura militar, como ocurrió con los otros servicios analizados anteriormente. La privatización del servicio sanitario se efectuó durante el Gobierno de Frei (1994-2000). Con posterioridad, el Estado ha recurrido a las concesiones de largo plazo para expandir el otorgamiento del servicio.

En este sector, Fischer y Serra han señalado que la privatización no ha sido tan beneficiosa como en los otros dos mercados señalados, toda vez que si bien ha habido un aumento en la inversión y mejoras en las infraestructuras, esto no se ha reflejado en una disminución de las tarifas. Por ello, los autores sostienen que en este ámbito, probablemente, era más beneficioso, primero, seccionar el mercado, tal como se hizo en materia eléctrica, distinguiendo entre agua potable y tratamiento de aguas servidas, y concesionar las plantas de tratamiento, puesto que así el Estado podría haber generado los incentivos adecuados a las empresas para disminuir sus estructuras de costos¹⁷². Ahora bien, ello no obsta a que, a pesar de que quizás el mecanismo de privatización

¹⁷² Fischer, Ronald y Serra, Pablo. *Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile: Casos sanitario, electricidad y telecomunicaciones*. Centro de Economía Aplicada, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile. Junio, 2003. [En línea] <[http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/download.php?file=documentos trabajo/ASOC FILE120040527142057.pdf](http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/download.php?file=documentos%20trabajo/ASOC%20FILE120040527142057.pdf)> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 99.

no era el más conveniente, Chile ha tenido avances muy significativos en infraestructura sanitaria, sobre todo en el sector de consumo doméstico o Pequeños Consumidores. Así lo destaca la Cámara Chilena de la Construcción: *“La cobertura de servicios sanitarios en Chile ha aumentado significativamente durante las últimas décadas, especialmente en sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas servidas. En la zona urbana –que equivale al 88% del total de los consumidores los servicios de alcantarillado y agua potable virtualmente no presentan déficit en la actualidad. En efecto, nuestro país ha alcanzado el liderazgo en materia de agua potable en la región”*¹⁷³.

¹⁷³ Cámara Chilena de la Construcción. Balance de la infraestructura en Chile. Análisis de la evolución sectorial y proyección 2010-2014. [En línea] < <http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2011/03/Balance-Infraestructura-Julio-2010.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014]. Pág. 16.

VII. Conclusiones

I. La Infraestructura Pública consiste en 1) una construcción o creación artificial, 2) que presenta elementos tangibles e intangibles, respecto de la cual 3) la Administración del Estado tiene cierta titularidad y 4) que constituye una red u organización destinada a 5) proveer un cierto servicio de interés general. Esta caracterización da cuenta de que no toda obra pública constituye infraestructura ya que, en primer lugar, en un servicio de infraestructura pública se presentan elementos materiales e inmateriales (una simple edificación pública destinada a oficinas no es infraestructura pública en este sentido, por ejemplo) y, en segundo lugar, es consustancial a la idea de infraestructura pública la de red u organización, por lo cual una obra pública aislada y destinada a un fin concreto no constituye infraestructura pública, en tanto no forma parte de una red u organización mayor que busque proveer de un servicio de interés colectivo. Señalamos, además, la importancia de distinguir entre infraestructuras públicas e infraestructuras privadas de interés público puesto que en la actualidad, quien ejerce la titularidad del servicio de infraestructura no es determinante, sobre todo si consideramos la historia chilena en materia de infraestructuras, puesto que a la luz del proceso de modernización y urbanización del Estado chileno, queda en evidencia la sistemática relación de cooperación entre el sector público y el sector privado, recayendo en muchos

casos la titularidad del servicio en el sector privado, destacándose, en este sentido, el proceso de modernización de las redes de transporte durante la década de 1990 gracias al auge de las concesiones y, así, de las redes de infraestructura.

II. En el capítulo dos abordamos las siguientes interrogantes: 1) ¿cómo las Infraestructuras públicas tienden, en último término, a promover las garantías más esenciales de toda persona, así como sus derechos programáticos o de segundo orden (DESC) y, de este modo, a dar cumplimiento a la exigencia constitucional de que el Estado es la entidad promotora del bien común y de servir a la persona humana?; 2) ¿cuál es la finalidad de las Infraestructuras en materia de producción e intercambio internacional?; 3) ¿qué representa la infraestructura en la partida del gasto público? y 4) ¿por qué razón en los países en desarrollo, como es el caso de Chile y gran parte del resto de Latinoamérica, los Estados deben establecer las directrices de desarrollo y preocuparse especialmente por sus infraestructuras? Finalmente y a la luz de las respuestas obtenidas, hemos alcanzado la irrefutable conclusión de que las Infraestructuras que satisfacen necesidades generales o colectivas son de suma relevancia para el desarrollo social y por ello no pueden dejarse sólo en manos de las leyes del mercado, puesto que, al igual que como acontece con las necesidades sociales más elementales (como son salud, previsión social y educación) la mano invisible del mercado no garantiza que el sector privado

pueda planificar y coordinar de manera eficiente la generación de dichas infraestructuras.

III. En concordancia con lo anterior, el Estado chileno tiene una importante función que cumplir en virtud de los principios que emanan de la Constitución Política de la República de 1980, puesto que nuestro marco constitucional y económico establece una serie de garantías que, consideradas de forma armónica, nos permiten concluir que es el Estado quien debe velar por el sistema de infraestructuras públicas. Lo anterior, hemos podido desprenderlo del análisis sistemático de las subgarantías o principios del Orden Público Económico, entre los cuales cabe destacar el principio de subsidiariedad del Estado (Art. 1 incs. 2 y 3, en relación al art. 19 N° 21, CPR), la libertad económica, a propósito del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Art. 19 N° 21, 23 y 24, CPR), el principio del bien común (Art. 1 inc. 4, CPR) y el principio de la primacía de la persona humana (Art. 1 inc. 3, CPR). En términos concretos, esta función se materializa en la facultad de servicio público de la Administración del Estado, por lo cual revisamos en detalle cómo ha evolucionado la manera en que el Estado provee de servicios, hasta llegar a la moderna concepción del servicio público, la que da cuenta de la crisis o despublificación de los servicios y, así, establecimos que, a pesar de que en la actualidad la prestación de servicios económicos (entre los cuales se encuentran, principalmente, las infraestructuras públicas) se encuentre en

manos del sector privado, no por ello debe abandonarse la noción de servicio público, sino más bien, actualizarse en razón de la privatización y de las concesiones públicas, teniendo claridad de que el rol principal del Estado ante esta función es la de regular los mercados y de establecer, con criterios de mercado y de competitividad, las bases de licitación de las concesiones de infraestructura pública y regular la completa ejecución, mantenimiento y operación de los servicios proveídos de este modo.

IV. Habiendo ya establecido que, a la luz del Estado Subsidiario, Servicial y encargado de velar por el interés general, es el Estado el llamado a suplir la inactividad del sector privado en la provisión de aquellos bienes de interés público que no generan incentivos per sé para ser otorgados, revisamos en detalle las denominadas *fallas de mercado* que se manifiestan en el particular mercado de las Infraestructuras Públicas. Así, hemos concluido que la intervención estatal en dicho mercado se encuentra fuertemente justificada, por cuanto las infraestructuras públicas son en su mayoría *monopolios naturales*, por su naturaleza de redes y de economías de escala (principalmente, distribución de energía eléctrica, transporte público, carreteras y servicios sanitarios); se observan en algunas infraestructuras características propias de los *bienes públicos impuros* (consumo no rival y no exclusión); todas ellas generan importantes *externalidades negativas*, en razón de que siempre las infraestructuras suponen la instalación de redes de gran escala, generando

lesión de derechos o de intereses de terceros; y que dada la magnitud y complejidad de los proyectos de infraestructura, existirán *fallas de la información*, sobre todo en las etapas de negociación y planificación del proyecto, que es necesario corregirlos mediante una adecuada distribución de riesgos y costos.

V. Por último, habiendo dado cuenta de que la intervención estatal en materia de infraestructuras públicas está justificada (por razones jurídico-constitucionales y económicas) y de que es deseable que así sea para garantizar un crecimiento y desarrollo armónico de las ciudades, vimos cuáles son los mecanismos que utiliza la Administración del Estado para proveer o para garantizar que se provean aquellos servicios de infraestructura. Así, habiendo explicado en qué consisten 1) la provisión pública, 2) las concesiones públicas, a partir de la noción de APP o Asociaciones Público Privada y la 3) privatización de los servicios, concluimos que no debe primar un mecanismo por sobre otro sólo por razones ideológicas o de aparente eficiencia, puesto que es fundamental atender a las peculiaridades que cada infraestructura pública presenta en el caso concreto para elegir uno u otro mecanismo, de modo de dar respuesta a la exigencia constitucional de velar por el interés común y de generar las condiciones necesarias para la realización de todas las personas, tanto en el ámbito espiritual como material, acorde a la dignidad de la persona humana y en atención al objeto de mejoramiento de su calidad de vida

VII. Bibliografía

1. Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003.
2. Bassa, Jaime – Viera, Christian. *Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico*. Revista de Derecho XXXVIII (1^{er} Semestre de 2012), Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, Chile. [pp. 661 – 683].
3. Bermúdez Soto, Jorge. *Instrumentos Internacionales en la Lucha contra la Corrupción*. En: III Versión del Seminario Probidad y Transparencia para la Administración (Septiembre- Noviembre, 2010), “”. [En línea] <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Actualidad/Actividades/Seminarios/9-10122010/Zona_centro_norte/Probidad_y_corrupcion_internacional_Jorge_Bermudez.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

4. Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. 2da. ed. actualizada. Abeledo Perrot LegalPublishing, Chile, 2011.
5. Bitrán, Eduardo y Villena, Marcelo. *El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional*. Estudios Públicos, 117 (2010). [En línea] <http://www.cepchile.cl/1_4572/doc/el_nuevo_desafio_de_las_concesiones_de_obras_publicas_en_chile_hacia_una_mayor.html#.VBnjpEtgZZk> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
6. Bordalí Salamanca, Andrés. *Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado*. Revista chilena de Derecho, Vol. 36, Nº 2. Santiago, Chile, 2009. [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000200002> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
7. Boehm, Friedrich. *Corrupción y Captura en la regulación de los servicios públicos*. Revista de Economía Institucional, Vol. 7, Nº 13, 2005. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Págs. 245-263.
8. Cámara Chilena de la Construcción. *Balance de la infraestructura en Chile. Análisis de la evolución sectorial y proyección 2010-2014*. [En

línea] <<http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2011/03/Balance-Infraestructura-Julio-2010.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

9. Cámara Chilena de la Construcción. *INFRAESTRUCTURA CRÍTICA PARA EL DESARROLLO. Bases para un Chile integrado ESTIMACIONES 2014-2018 Y 2014-2023.* [En línea] <<http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2014/06/Infraestructura-Critica-para-el-Desarrollo.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

10. *Campaña del Transantiago respondió a polémica: queremos dignificar a los usuarios. Cooperativa. 9 de Octubre, 2014.* [En línea] <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/transportes/transantiago/campana-del-transantiago-respndio-a-polemica-queremos-dignificar-a-los-usuarios/2014-10-09/200457.html>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

11. Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

12. Cea Egaña, José Luis. “*Notas sobre Orden Público económico.* Gaceta Jurídica N° 135, Septiembre de 2001.

13. Cerda Toro, Antonio Hernán. *Inversión pública, infraestructuras y crecimiento económico chileno, 1853-2010*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Facultad de Economía y Empresa. Departamento de Economía y de Historia Económica. Octubre, 2012. [En línea]
<<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/107826/hact1de1.pdf;jsessionid=3E81CEE472B513E177E1F2886AD70547.tdx2?sequence=1>>
[Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
14. Comunidad Europea. *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. [En línea]
<https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf> [Consulta: 13 de Noviembre, 2014].
15. Corbo, Vittorio, Desormeaux M., Jorge y Schmidt-Hebbel, Klaus. *La gran crisis financiera de 2007-2009*. Estudios Públicos, 123 (invierno 2011). [en línea] <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4944_3026/rev123_corbo-desormeaux-schmidt.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
16. Engel, Eduardo, Fischer, Ronald, Galetovic, Alexander y Hermosilla, Manuel. *Renegociación de Concesiones en Chile*. Estudios Públicos 113, 2009. [En línea]

http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4342_2434/rev113_engel_otros.pdf

[Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

17. Engel, Eduardo, Fischer, Ronald, Galetovic, Alexander. *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*. Fondo de Cultura Económica. México, primera edición, 2014.

18. Fernandois Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Tomo I: El orden público económico / La libertad económica / La no discriminación arbitraria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª Edición. Santiago, 2001.

19. Fernández, José Miguel y Soto Enrich, Daniel. *Mercados Eléctricos: Trascendencia del Panel de Expertos*. [En línea]

<http://web.ing.puc.cl/~power/alumno05/panel/Trascendencia%20del%20>

[Panel%20de%20Expertos%20vf.htm#_Toc104789085](http://web.ing.puc.cl/~power/alumno05/panel/Trascendencia%20del%20Panel%20de%20Expertos%20vf.htm#_Toc104789085) [Consulta: 14 de

Noviembre, 2014].

20. Figueroa, Oscar. *Gestión de la Infraestructura y de los servicios urbanos:*

¿demanda solvente o solvencia territorial? [En línea]

<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0250->

[71612013000200011&script=sci_arttext](#) [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

21. Fischer, Ronald y Serra, Pablo. *Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile: Casos sanitario, electricidad y telecomunicaciones*. Centro de Economía Aplicada, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile. Junio, 2003. [En línea] <http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/download.php?file=documentos_trabajo/ASOCFILE120040527142057.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

22. Galetovic, Alexander y Sanhueza, Ricardo. *Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?* Estudios Públicos, 85 (verano, 2002). [En línea] <http://www.cepchile.cl/1_3029/doc/regulacion_de_servicios_publicos_hacia_donde_debemos_ir.html#.VGWYY_SG9o8> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

23. García, José Francisco. *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile*. Revista Actualidad Jurídica N° 21, Universidad del Desarrollo, 2010. Santiago, Chile. [En línea] <http://derecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2010/05/Criterios-para->

[fortalecer-la-revisi%C3%B3n-judicial-econ%C3%B3mica-J-F-GARC%C3%8DA.pdf](#) [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

24. Gomez-Lobo, Andrés. *Transantiago: una reforma en panne*. TIPS: Trabajos de investigación en políticas públicas, N° 4, Junio, 2007. Departamento de Economía, Universidad de Chile.

25. González, Aldo. *Estudio sobre la revisión de la institucionalidad regulatoria de los servicios sometidos a fijación tarifaria*. Departamento de Economía, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2006. [En línea] http://www.economia.gob.cl/1540/articles-187058_recurso_1.pdf [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

26. Guerrero del Río, Roberto y Navarro Beltrán, Enrique. *Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año I. N° 1-1997. Págs. 117-142.

27. Global Value Chains Initiative. *What is a Value Chain?* [En línea] <<https://globalvaluechains.org/concept-tools>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

28. Huneus Madge, Carlos. *CIENCIA POLÍTICA E HISTORIA: EDUARDO CRUZ-COKE Y EL ESTADO DE BIENESTAR EN CHILE: 1937-1938*. Historia, N° 35, Santiago, 2002. Págs. 151-186. [En línea] <<http://revistahistoria.uc.cl/estudios/1856/>> [consulta: 14 de Noviembre, 2014]
29. *Informe: Problemas en infraestructuras en Latinoamérica dañan cadenas de valor mundial*. EMOL. 17 de Julio, 2014. [En línea] <<http://www.emol.com/noticias/economia/2014/07/17/670279/problemas-en-infraestructuras-en-latinoamerica-danan-cadenas-de-valor-mundial.html>> [Consulta: 14 de noviembre, 2014].
30. Lechner, Norbert. *El Debate sobre Estado y Mercado*. Estudios Públicos N° 47, 1992. [En línea] <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_849_1292/rev47_lechner.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
31. Leriche Guzmán, Cristian E., Caloca Osorio, Oscar Rogelio. *Racionalidad del homo economicus versus creencia racional: una visión a través de la teoría de juegos*. Análisis Económico. 2005: [En línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41304305>> [Consulta: 18 de agosto, 2014].

32. Margetts, Steve. *Unit 2 Markets –Why they fail*. [En línea] <http://www.revisionguru.co.uk/economics/edexeconunit2.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
33. Memoria Chilena. Los primeros años de la electricidad en Chile. (1883-1930). [En línea] <[http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-683.html - presentacion](http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-683.html-presentacion)> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
34. Ministerio De Obras Públicas (MOP), Unidad de Coordinación de Concesiones de Obras Públicas: [En línea] <<http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/construccion.aspx>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
35. Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
36. Nash Rojas, Claudio. *LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LA JUSTICIA CONSTTUCIONAL LATINOAMERICANA: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES*. Estudios Constitucionales, Año 9, No 1, 2011, pp. 65 – 118. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

37. Navarro Beltrán, Enrique. “*Orden Público Económico y Libre Competencia*”. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VII. N° 7-2003. Págs. 67-78.
38. Navarro Beltrán, Enrique. *Protección constitucional de los derechos sociales en Chile*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XVI , Montevideo, 2010, PP. 273-288, Konrad-Adenauer-Stiftung [En línea] http://www.kas.de/wf/doc/kas_2359-1442-4-30.pdf?110816161022 [Consulta: 6 de mayo, 2015].
39. Nogueira Alcalá, Humberto. *La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista de Derecho, Vol. XIII, diciembre de 2002, pp. 161-186. Universidad Austral de Chile. [En línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502002000100011&script=sci_arttext#r3 [consulta: 7 de mayo de 2015].
40. Nogueira Alcalá, Humberto. *LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EFECTIVOS EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO*. Estudios Constitucionales. Año 7, N° 2, 2009.

Págs. 143-205. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

41.OECD. *Policy roundtables: Concessions. Competition Law & Policy OECD*, 2006. [En línea] <http://www.oecd.org/daf/competition/39531515.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

42.OECD, WTO and World Bank Group. *GLOBAL VALUE CHAINS: CHALLENGES, OPPORTUNITIES, AND IMPLICATIONS FOR POLICY.*, 2014. [En línea] <http://www.oecd.org/tad/gvc_report_g20_july_2014.pdf>. Pág. 12. [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

43.Olivares Gallardo, Alberto. *Servicio público y sector eléctrico. Evolución en Europa desde la experiencia española*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012). Págs. [437-471].

44.Pereira Fredes, Esteban. *Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización*. Derecho y Humanidades N° 13, 2008, Págs. 157-171.

45. Plaza Vidaurre, Marco Antonio. *Apuntes de Macroeconomía n° 3: La macroeconomía de corto plazo para una economía cerrada*. Agosto, 2008. Lima, Perú. [En línea] <http://macareo.pucp.edu.pe/~mplaza/001/apuntes_de_clases/teoria_macroeconomica/cap3_cortoplazo.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
46. Pérez Sánchez, Rafaela María. *Un modelo de uso eficiente de las infraestructuras públicas*. [En línea] <http://eprints.ucm.es/7672/1/0215.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
47. Pfaller, Alfred. *El concepto de la economía social del mercado y la nueva “de-civilización” del capitalismo en Europa*. Fundación Friedrich Ebbert, Bonn. [En línea] <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/00071-20100419.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
48. *Primer Congreso Nacional de Concesiones: El esperado Relanzamiento*. 29 de Noviembre de 2011. Santiago, Chile. Ediciones Libertad y Desarrollo, 2012. COPSA y Libertad y Desarrollo.
49. Rozas Balboltín, Patricio y Hantke-Domas, Michael. *Gestión pública y servicios públicos. Notas sobre el concepto tradicional de servicio*

público. CEPAL - Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 162. [En línea]

<<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/6/50236/Gestionpublicayserviciospublicos.pdf>> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

50. Ruiz-Tagle Vial, Pablo. *Principios Constitucionales del Estado Empresario*. Revista de Derecho Público N° 62, 2000. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [Páginas 48-64].

51. Ruiz-Tagle Vial, Carlos. *Curso de Derecho Económico*. Librotecnia, Santiago, 2010.

52. Saavedra, Eduardo y Willington, Manuel. *Eficiencia en asignación de cuotas individuales de Pesca: teorema de coase y asimetrías de información*. Estudios Públicos, 127 (invierno 2012). [En línea]: <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5146_3296/rev127_ESaavedra-MWillington.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

53. Santa María, Domingo V. *Proyecto definitivo del alcantarillado de Santiago y de la red de agua de lavado y de incendios*. Cámara Chilena

de la Construcción: Pontificia Universidad Católica de Chile: Dirección de bibliotecas, archivos y museos, 2013.

54. *Segundo Congreso Nacional de Concesiones: La urgencia de Avanzar.*

27 de Noviembre de 2012. Santiago, Chile. Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013. COPSA y Libertad y Desarrollo.

55. Sierra, Lucas. *Hacia la Televisión Digital en Chile. Historia y transición.*

Estudios Públicos, 103 (invierno, 2006). [En línea] <
http://www.cepchile.cl/1_3834/doc/hacia_la_television_digital_en_chile_historia_y_transicion.html#.VGWZm_SG9o8> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

56. Silva Irarrázaval, Luis Alejandro. ¿Es el Tribunal Constitucional el

supremo intérprete de la Constitución? Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre pp. 573 – 616. [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100014&script=sci_arttext [consulta: 5 de mayo, 2014]

57. Stigler, George J. *El economista y el Estado*. Estudios Públicos. [En línea]<http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1361_1294/rev47_stigler.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].
58. Stiglitz, Joseph E. *La Economía del Sector Público*. Columbia University. 3era Edición. Trad. María Esther Rabasco y Luis Toharia, Universidad de Alcalá, España, 2000.
59. Schürmann O., Miguel. *Orden público económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica*. Revista Derecho y Humanidades N°12, 2006. [Págs. 217-229].
60. Tapia Valdés, Jorge, *Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización*, Revista Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, Iquique N° 4, 2004.
61. Tribunal Constitucional, Colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971-2011. Navarro Beltrán, Enrique y Carmona Santander, Carlos (Editores). Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 45, año 2011.

62. Valladares Pérez, Alex Omar y Pérez Monje, Carolina Soledad. *Principios de Regulación Administrativa Económica* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.
63. Vargas Hernández, José Gpe. *Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo*. Revista Mad. N° 17, Septiembre de 2007. Departamento de Antropología. Universidad de Chile, Págs. 66-69. [En línea] http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/mad/17/vargas_04.pdf> [consulta: 13 de Noviembre, 2014]
64. Vergara Blanco, Alejandro. *El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. Publicatio y derechos reales administrativos*. Revista de Derecho Administrativo, Vol. N° 49, Buenos Aires, El Derecho, 2004. Págs. 575-589.
65. Vergara Blanco, Alejandro. *Derecho Eléctrico*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004.
66. Vergara Blanco, Alejandro. *El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional*. Revista de Derecho Administrativo

Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, N°12, 2004. Pp. 33-49.

67. Vergara Blanco, Alejandro. *Derecho de la Energía*. Madrid, España. Editorial La Ley, Págs. 850-903.

68. Villar Ezcurra, Jose Luis. *La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos*. Artículo publicado en REVISTA REDETI: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red. Núm. 10, Octubre 2000. Págs. 79-118.

69. World Trade Organization and OECD. *Aid for trade at a glance: connecting to value chains*. 2013. [En línea] <http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/a4t_e/global_review13prog_e/aftglancpocket_e.pdf> [Consulta: 14 de Noviembre, 2014].

70. Zúñiga Urbina, Francisco. “*Constitución económica y Estado empresario*”. Revista de Derecho Público. Vol. 63, año 2001.

