



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

LA NOCIÓN ACTUAL DE SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO PÚBLICO CHILENO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Gabriel David Fliman Délano

Profesor guía: Luis Alberto Cordero Vega

Santiago de Chile.

Mayo, 2019.

A Gabriel Díaz.

Agradecimientos

A José y Luz, por el cariño, apoyo y paciencia.

A mis compañeros de biblioteca y de recreo, que me han demostrado que hasta en el estudio más individual, el trabajo siempre es colectivo.

Abreviaturas

Art. Artículo

Cons. Considerando

CPR. Constitución Política de la República

LGT. Ley General de Telecomunicaciones

LGSE. Ley General de Servicios Eléctricos

LGSS. Ley General de Servicios Sanitarios

LSG. Ley de Servicios de Gas

LOCBGAE. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

SEC. Superintendencia de Electricidad y Combustibles

SISS. Superintendencia de Servicios Sanitarios

SUBTEL. Subsecretaría de Telecomunicaciones

TC. Tribunal Constitucional

TDLC. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Tabla de Contenido

| | |
|--|-----|
| Agradecimientos..... | i |
| Abreviaturas..... | iii |
| Tabla de Contenido..... | v |
| Resumen | vii |
| I. Introducción | 1 |
| II. El Servicio Público tradicional | 5 |
| a. Necesidad de interés público concepto material o formal-voluntarista | 6 |
| b. Régimen de Derecho Público | 8 |
| c. Titularidad pública sobre la actividad..... | 11 |
| d. La concesión de servicio público..... | 19 |
| e. Crisis conceptual del servicio público | 23 |
| III. Del servicio público a la regulación para la competencia | 25 |
| a. Los servicios de interés económico general (SIEG) | 30 |
| b. Regulación para la satisfacción de necesidades de interés general..... | 31 |
| c. Regulación para la competencia | 34 |
| IV. Caracterización del servicio público en la legislación especial chilena | 37 |
| a. Necesidad de concesión: ¿Una limitación a la iniciativa privada? | 37 |
| b. La zona de servicio | 43 |
| c. La concesión otorga el derecho a usar Bienes Nacionales de Uso Público y a imponer servidumbres legales..... | 46 |
| d. Características del suministro | 48 |
| e. La explotación del servicio | 51 |

| | |
|---|----|
| f. Régimen tarifario de los servicios públicos..... | 53 |
| g. Temporalidad de la concesión | 61 |
| h. La caducidad de la concesión..... | 63 |
| i. El rol de la Administración..... | 64 |
| V. Breve valoración crítica de la normativa sobre el servicio público | 67 |
| VI. Conclusiones..... | 71 |
| VII. Bibliografía | 77 |
| VIII. Anexo: Cuadro comparativo de las leyes reguladoras de los servicios públicos de gas, eléctricos, sanitarios y de telecomunicaciones | 83 |

Resumen

El presente trabajo aborda, desde una perspectiva conceptual y legal, la noción de servicio público y cómo esta se refleja en la organización concreta de ciertos servicios económicos en red: los servicios eléctricos, sanitarios, de gas y telecomunicaciones. Para ello, se analiza la evolución conceptual del servicio público desde una visión de carácter predominantemente orgánico hacia una funcional, que abre espacio para la entrada de los privados a la gestión del servicio, y cómo este tránsito se materializó posteriormente en una atención de las necesidades generales a través de mecanismos de mercado y libre competencia, en sectores anteriormente publicados.

Se analizan y comparan las leyes reguladoras de los sectores antes mencionados, los que tienen por finalidad la cobertura de necesidades esenciales para la vida humana y fueron desarrollados en el marco de procesos de urbanización e industrialización durante el siglo XIX, en un diseño jurídico que llamaremos tradicional. A partir de la década de 1970, estos servicios comienzan a experimentar reformas liberalizadoras y procesos privatizadores, que posteriormente debieron complementarse con una nueva regulación que enfrente los desafíos en materia de libre competencia y permitiera a su vez compatibilizar las necesidades de interés general con los intereses empresariales de los nuevos gestores de estas actividades.

Trataremos el rol que le corresponderá a los agentes públicos y privados en la gestión de los servicios, la definición de las áreas en que éste se prestará, las prerrogativas públicas que poseerán los concesionarios, los principios que rigen la prestación y explotación del servicio, el régimen tarifario y la forma en que se pondrá fin a los contratos en que se encarga la gestión de los servicios a agentes privados.

I. Introducción

La historia del servicio público es una historia de cómo la organización política de la sociedad se hace cargo de los problemas que le son comunes, así como también de la definición de cuáles son esos problemas. Se trata de definiciones de carácter contingente, que han evolucionado en la misma medida que lo han hecho las soluciones para atender esas necesidades.

Con el surgimiento del Estado moderno y su acaparamiento del poder político, se le encargan en un primer momento las tareas de velar por el orden público, la justicia y la defensa nacional. No será su rol enfrentar las necesidades de los individuos en el seno del hogar, como la vivienda, abrigo o alimentación, necesidades que las familias saldrán a resolver a través del trabajo y el salario: son considerados problemas de carácter privado, donde la Administración Pública se encontrará ausente y prima el dogma *laissez faire*.

Pero algunas de estas necesidades comunes a la sociedad se ven multiplicadas y se tornan urgentes, sin que haya capacidad privada para resolverlas de forma satisfactoria para la mayoría de la población. De ahí surge la instauración de servicios públicos como una de las vías a través de las cuales actuará la Administración en la vida social, caracterizada por tratarse de una actividad prestacional desde el Estado hacia los ciudadanos. Es una institución que se construye durante la segunda mitad del siglo XIX, tiene su auge tras la segunda Guerra Mundial y para la década de 1970 ya comienzan las voces que hablan de una crisis terminal que justifica una posterior reforma privatizadora y liberalizadora. Es una breve y dinámica historia que da cuenta de las relaciones entre el Estado y la ciudadanía, y entre el Estado y el mercado.

La intención de este artículo es analizar los servicios públicos desde las razones que le dan origen y lo determinan en su vertiente tradicional, revisando luego las modificaciones y últimas tendencias que ha observado la institución como consecuencia de la privatización y liberalización de los sectores sometidos a su régimen. En una segunda parte se trabajará una

revisión de los caracteres esenciales que podemos observar en la normativa legal correspondiente a los servicios públicos en red.

Estudiaremos la legislación actual correspondiente a los sectores de servicio público eléctrico, sanitario, de gas y de telecomunicaciones analizando pormenorizadamente y comparando las leyes que los regulan. Estos servicios encuentran su relevancia en su temprana regulación a través de mecanismos de servicio público que reflejaron nítidamente la concepción tradicional de la institución, caracterizada por la publicación de los sectores estudiados y el acceso de los particulares a la gestión de la actividad a través de una concesión otorgada por la Administración. A su vez, se trata de servicios que han devenido esenciales para la construcción de nuestras ciudades y hábitats humanos, lo que le imprime un carácter de necesidad social indispensable a su desarrollo. Junto a ello, el uso del dominio público y privado para la instalación de la infraestructura necesaria para la provisión del servicio vinculan estos sectores económicos de forma relevante al poder público.

En estos sectores se introdujeron reformas liberalizadoras durante la Dictadura cívico militar chilena: la legislación actual de los sectores eléctrico y de telecomunicaciones data 1982, y la correspondiente a los servicios de gas y sanitarios en 1989, todas ellas con ajustes y reformas posteriores; con todo, las privatizaciones de las empresas públicas sanitarias destacan por haberse realizado en democracia, a partir del año 1998. La Ley General de Servicios Eléctricos y la Ley General de Telecomunicaciones fueron pioneras en la liberalización de los servicios públicos a nivel mundial. Así, todos los servicios estudiados son gestionados en la actualidad por empresas privadas sometidas a una intensa regulación: a pesar de la naturaleza privada de los prestadores, el interés público se proyecta sobre estas actividades esenciales para la vida en sociedad y condiciona su régimen jurídico. En el marco comunitario europeo se ha caracterizado estos sectores como servicios de interés económico general. Revisaremos los principios y técnicas comunes presentes en las leyes que constituyen el marco normativo de estos servicios, comparando los matices que presenta cada uno, y como se ve representada en ellos la noción conceptual de servicio público de acuerdo con sus distintas fases evolutivas.

El estudio del servicio público se ve dificultado por razones de diversa índole. Primero, por tratarse de una materia en la que se ha observado un amplio debate conceptual para

siquiera llegar a definir la institución y delimitarla respecto a otras similares. Segundo, porque el debate en torno a la institución no se encuentra reducido únicamente al Derecho Público, sino que también se discute su pertinencia desde una perspectiva política, su eficiencia desde una evaluación económica y su utilidad desde lo social. En tercer lugar, los progresos técnicos y la constitución de un mercado global en la última parte del siglo XX y comienzos del XXI fuerzan una revisión de sus principios.

En un primer momento analizaremos el concepto de servicio público en la forma en que lo ha entendido la doctrina del Derecho Administrativo, desde sus orígenes en Francia. Junto a ello, observaremos el alcance de esta institución y su utilidad conceptual. Observaremos los rasgos fundamentales que adquiere el servicio público bajo su construcción tradicional de tremenda importancia durante el siglo XX. En ese sentido, destacamos el papel que le compete a la *publicatio* o reserva de titularidad, así como el espacio correspondiente a la concesión de servicio público. También exploraremos brevemente las características del servicio que se construyeron bajo dicho modelo dogmático.

En segundo lugar, realizaremos una revisión de las tendencias que ha observado la doctrina con ocasión de la llamada crisis del servicio público, así como la reacción que ello ha conllevado en el entendimiento de la institución, el espacio que le corresponde en la sociedad y las tendencias que dichas reflexiones proyectan para la actividad de servicio público en el siglo XXI.

Entrando más de lleno en la realidad nacional, desarrollamos un análisis normativo y una sistematización de las leyes que rigen los servicios públicos en red, de tremenda importancia por su carácter clásico en el entendimiento de la institución. A partir de ahí exploraremos la existencia de un modelo de servicio público y sus caracteres fundamentales, así como las tendencias observables en términos de reformas en nuestro país.

Continuaremos nuestro trabajo con la elaboración de un breve balance de los aciertos y problemáticas que observa el modelo de la regulación de los servicios públicos en Chile bajo los procesos modernizadores de la actividad estatal que conllevan a su privatización y liberalización.

Finalmente terminaremos con una breve síntesis de las conclusiones que pudimos observar en el desarrollo de esta investigación exploratoria del régimen de servicio público en nuestro país.

II. El Servicio Público tradicional

Lo primero que debemos señalar a la hora de realizar una aproximación conceptual al servicio público es que se trata de una categoría que ha destacado por su mutabilidad a medida que ha evolucionado la relación entre el Estado y sociedad civil, entre Estado y mercado. Es un concepto que se ve afectado por los cambios en la forma hegemónica de entender el Estado y su tránsito desde una noción liberal durante el siglo XIX, a una construcción en torno al bienestar durante la primera parte del siglo XX, y finalmente al nuevo paradigma que lo sitúa desde una perspectiva de regulador (SENDÍN GARCÍA, 2003b, págs. 3-4). En ese tránsito se ha hablado de sucesivas crisis del servicio público a medida que se enfrenta a procesos reformadores de sus caracteres esenciales. De ahí deriva la dificultad para construir un concepto unívoco de la institución y delimitar con claridad su alcance. Para aproximarnos a este objetivo realizaremos una revisión de su origen, y los rasgos que se observan en su concepción tradicional, para luego analizar su configuración actual, destacando los elementos que se han adquirido un carácter esencial.

En el Estado liberal del siglo XIX existe una férrea distinción entre los roles de los actores públicos y privados. Se entiende que la Administración debe asumir únicamente un rol destinado a la creación de un orden público propicio para el desarrollo de la libre iniciativa privada en materia económica. En ese sentido, su actividad se limita a labores de policía, consistentes en supervigilar y limitar el actuar de los privados para hacerlo compatible con el derecho de los demás. A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, surge el servicio público, institución mediante la cual la Administración Pública deja atrás el dogma del *laissez-faire* y despliega un rol prestacional, en positivo, hacia los ciudadanos, haciéndose cargo de algunas necesidades esenciales de la población y asumiendo un rol activo en materia económica y un compromiso con el desarrollo nacional.

Este cambio de paradigma en la acción estatal se desarrolla como consecuencia del desarrollo de la revolución industrial y los procesos de migración del campo a la ciudad. Los servicios públicos se constituyen como respuesta a necesidades de carácter primordial, cuya satisfacción debe ser asegurada por organismos de gran extensión y complejidad;

necesidades tales que, si el funcionamiento de estos organismos se detiene un instante, se pueden generar perturbaciones profundas que ponen en peligro la vida social misma (DUGUIT, 1913, pág. XVII). Es DUGUIT (1913) quien elabora respecto de esta transformación fundamental del Derecho Público: plantea que la totalidad del Estado debe dejar de comprenderse desde el dogma de la soberanía para pasar a una construcción en base a la idea de servicio, de cumplir funciones hacia los ciudadanos, a modo de dar solución a sus necesidades de forma regular y continua (pág. XVIII). Señala que las actividades positivas que desplegaban los Estados destinadas a mantener el orden público, que correspondían a la triada de servicios de guerra, defensa y justicia, se vieron superadas, y dejó de ser una posibilidad para los gobernantes abocarse únicamente a estos cometidos (págs. 31-32).

a. Necesidad de interés público concepto material o formal-voluntarista

DUGUIT (1913), quien es fundador de la Escuela de Burdeos (también llamada Escuela del Servicio Público) define servicio público como “toda actividad en la cual el cumplimiento deba estar reglado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y que es de naturaleza tal que no pueda ser asegurado completamente sino por la intervención de la fuerza gobernante” (pág. 51). Se trata de un concepto de carácter material, mediante el cual se pretende determinar en qué sectores existe una obligación de los gobernantes de desplegar prestaciones de carácter positivo hacia los ciudadanos: aquellos que correspondan a necesidades esenciales de la sociedad. Es una institución que sirve para legitimar la acción del Estado en áreas en las que antes éste no participaba. Con ello se genera un resultado expansivo de la acción de la Administración, toda vez que las necesidades sociales que justificarán una labor e intervención del Estado irán en aumento en la medida que también lo hagan las capacidades estatales para hacerse cargo de ellas. A modo de ejemplos, el autor plantea que servicios como el telégrafo, correo, transportes, energía eléctrica o minería del carbón deberán organizarse desde una perspectiva de servicio público (págs. 49-51). Por otro lado, en una noción material como la planteada por DUGUIT también es posible vislumbrar una función limitadora de la acción administrativa: si determinamos que ciertas actividades no son esenciales para el desarrollo del interés general, estas no deberán ser cubiertas por prestaciones públicas, sino que deberán ser atendidas por el actuar de sujetos privados.

Pero en el contexto del Estado liberal en que tiene origen el servicio público, constituyó una técnica claramente expansiva de la esfera administrativa, lo que le valió ser objeto de críticas y motivó intentos por delimitar su alcance: de ahí se propone la necesidad de distinguirlo de la función pública (SILVA CIMMA, 1961, pág. 12 y sgtes.). La doctrina italiana (puede revisarse en HERREROS NOGUEIRA & SCHÖNHAUT SOTO, 2016, pág. 118 y sgtes.) ha planteado que la función pública corresponde a aquella actividad que se dirige a cumplir los fines esenciales del Estado, mientras que la actividad de servicio no lo sería, sino que “se expresa en actividades que no pertenecen al Estado en su esencia, pero que éste asume por razones técnicas, económicas y/o sociales” (SOUVIRON MORENILLA, 1998, págs. 115-116); de dicha distinción podemos concluir que la actividad que es propia del Estado, y por lo tanto exclusiva y excluyente, se reduce principalmente a la legislativa, judicial y administrativa de defensa, seguridad, fiscal y tributaria. En contraste, la actividad de servicio público correspondería naturalmente a los privados, pero es asumida por el Estado mediante una *publicatio* de carácter contingente para hacerse cargo de necesidades de la vida social en un momento dado.

En definitiva, el servicio público se sitúa entre las funciones esenciales del Estado y la actividad privada, siendo éste un margen amplio que pasará a definirse de modo dinámico en atención a las actividades que se definan como necesarias para la vida en sociedad. Dicha definición se realizará en base a la calificación de ciertas necesidades sociales como necesidades de interés público y la asunción por el poder público de una titularidad sobre las actividades destinadas a atenderlas. AYLWIN AZÓCAR (1952), y la doctrina en general, declaran que la existencia de una necesidad pública que se trata de satisfacer de forma regular y continua será el primer elemento del servicio público (págs. 49-50). Pero lo complejo será determinar cuáles son necesidades de interés público, llegando a señalarse que el servicio público en realidad corresponde a un significativo vacío (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2006).

En ese sentido José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2003), al analizar la posibilidad de un control respecto a qué áreas someter a un marco de servicio público a través de la jurisdicción constitucional, reconoce la dificultad de fijar los límites a la institución, y señala que:

Ciertamente, la apreciación de la concurrencia efectiva de esta causa legitimante [interés general] no será algo fácil de alcanzar ni de enjuiciar en su acierto de modo indubitable. Estamos ante un concepto abierto, cuya aplicación al caso concreto mostrará las más de las veces un ámbito no pequeño de incertidumbre, en el que habrá de ejercerse la libertad y responsabilidad política del legislador. (pág. 708)

Esa perspectiva voluntarista fue originalmente planteada por JÈZE, quien señala que la determinación de lo que es o no servicio público deberá ser necesariamente precisado por los gobernantes (SENDÍN GARCÍA, 2003b, págs. 39-42). Es la labor de la comunidad política definir qué es una necesidad de interés general en un momento dado:

no hay prestaciones que inexorablemente deban ser consideradas por el Derecho como un servicio público, por razones materiales y a la vista de la prestación que se realiza. Sólo merecen tal calificación las prestaciones que formalmente hayan sido reservadas a la iniciativa pública en la economía (BLANQUER CRIADO, 2012, pág. 306).

Con todo, una perspectiva puramente voluntarista encierra riesgos, puesto que será posible justificar “la resolución política de intervenir una actividad en que ésta es un servicio público, y al mismo tiempo entrega la determinación de lo que debemos entender como tal a quien ostenta el poder político” (SENDÍN GARCÍA, 2003b, pág. 11).

Para un acercamiento más apropiado a alcance del servicio público, debemos combinar los elementos materiales y voluntaristas. Por un lado, un elemento que debemos considerar es la necesidad esencial, de interés público, que sirve como criterio legitimador y delimitador de la actividad administrativa; y por otro lado un elemento voluntarista, que corresponde a la declaración del servicio como de interés público por la comunidad política. Este elemento voluntarista adquiere un carácter formal, puesto que será la ley el vehículo a través del cual se concretará dicha declaración.

b. Régimen de Derecho Público

HARIOU, por su parte, rehúye de una construcción de la noción de servicio público desde la idea de interés público, planteada por DUGUIT. Para él, serán los medios empleados, y no

los fines, los que caracterizarán a un servicio como público. HARIOU, a diferencia de DUGUIT, no pretende renunciar a la idea de soberanía que dominaba el entendimiento del Estado liberal, en su lugar señala que cuando, para atender una necesidad de interés general, acudimos al poder público, estaremos frente a un servicio público. Con todo, rescata la idea de fin como elemento delimitador del servicio público, porque la actividad de la Administración debe destinarse a atender necesidades de interés general, no particulares. De esta reflexión obtenemos el segundo elemento del servicio público: la idea de que éste es atendido a través de un procedimiento exorbitante del derecho común, es decir, un procedimiento de Derecho Público (SENDÍN GARCÍA, 2003b, págs. 42-49)

Las reglas especiales de Derecho Público tienen como objetivo central permitir el funcionamiento regular y continuo de los servicios, así como el régimen de servicio universal. Característica propia de la regulación de servicio público es la existencia de una situación de desigualdad entre la administración y los particulares, que justifica un régimen que permita imponerse al interés público por sobre los intereses privados de los ciudadanos que ven comprometidos sus derechos particulares con la iniciativa pública. En esa línea, el régimen de Derecho Público se traduce en la instauración de potestades exorbitantes que beneficiarán la gestión del servicio.

Desde este elemento del servicio público podemos comprender una segunda delimitación del concepto, establecido a partir de la jurisprudencia *Bac d'Eloka*. En 1921, el Consejo de Estado francés asienta una nueva doctrina que señala que no toda la actividad desarrollada por la Administración corresponderá a un servicio público. Señala el Consejo de Estado que aquellos Servicios Comerciales o Industriales prestados por el Estado (en este caso, el servicio de transbordador) en un régimen de Derecho Común no constituye servicio público y por lo tanto se trata de un caso que debe ser conocido por la justicia ordinaria y no por la contencioso-administrativa. *A contrario sensu*, el servicio público es aquel que se encuentra sometido a reglas de Derecho Público, exorbitantes del Derecho Común, que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio, al permitir una primacía del interés general involucrado por sobre los intereses particulares de quienes puedan ser afectados en la prestación del servicio.

En la doctrina española, se plantea la categoría de actividad estatal de gestión económica como una categoría autónoma dentro del Derecho Administrativo (VILLAR PALASÍ, 1950, citado en SILVA CIMMA, 1961, pág. 37). Otra parte de la doctrina prefirió el concepto de servicio público industrial, pero siempre con la intención de distinguir estas actividades de la noción de servicio público en sentido estricto.

En el servicio público, el interés general corresponde a una prestación al público, que se caracteriza por ser directa e individual hacia los ciudadanos, mientras que, en los servicios públicos industriales, la finalidad sería de servicio nacional, como podría ser la inclusión de ciertos bienes al mercado, o generar ingresos fiscales.

La idea de que estas actividades no puedan ser de interés general ha sido criticada por LETELIER & GÓMEZ-COBO (2003): para ellas las necesidades de la Administración concebida como generalidad claramente mantienen un carácter público, sin embargo, señalan que “en cuanto a las necesidades de la población, la respuesta no aparece con igual claridad” (pág. 73), en tanto perfectamente podría tratarse de necesidades propiamente privadas, pero generalizadas. SILVA CIMMA (1961), en el mismo sentido, desecha la relevancia de distinguir si el servicio público genera prestaciones *uti singuli* o *uti universi*, “ya que en uno u otro caso se estará preservando y satisfaciendo el interés colectivo o general, que es lo que importa” (pág. 34). En definitiva, estas formulaciones dan cuenta de la dificultad de una definición material de interés público, y de la necesidad de incluir un componente formal en su declaración.

De esta manera, es posible referirse a ciertas diferencias entre ambas instituciones fuera del plano teleológico, y se expresan en el régimen jurídico que se ha optado para la atención de unas y otras actividades: en las actividades estatales de dación de bienes en general al mercado, el ciudadano no tendrá un derecho subjetivo público a acceder a dichos bienes, y en consecuencia la actividad económica no deberá estar sometido a un principio de universalidad y de continuidad. A su vez, el que no existan dichos estándares en la gestión del servicio implicará que no sea necesaria la imposición de un régimen de Derecho Público y de potestades exorbitantes a favor del gestor de la actividad para asegurar su funcionamiento: se tratará de actividades que desarrollará el Estado, pero que se someterán

en su actuar a un régimen de Derecho privado. Finalmente, tampoco será necesario que las actividades de gestión económicas sean desarrolladas en un régimen de titularidad pública.

A partir de la preferencia por esta técnica de atención de necesidades generales por el Estado a través de procedimientos de derecho privado, una vez masificada y sistematizada, ha surgido la categoría autónoma de Empresa pública (HERREROS NOGUEIRA & SCHÖNHAUT SOTO, 2016, págs. 237-238).

c. Titularidad pública sobre la actividad

La exigencia de una declaración formal de una actividad como servicio público concuerda perfectamente con la reserva de ésta a un ente público, esencial en el marco de la comprensión tradicional de la institución (BLANQUER CRIADO, 2012, págs. 154-155).

Esta reserva al sector público se llama publicación, o *publicatio*, y es definida por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2003) como “la atribución a Entidades públicas de la titularidad jurídica exclusiva sobre determinado tipo de bienes o servicios” (pág. 690). La reserva para el sector público de una actividad o recurso quiere decir que ésta o aquél, de carácter naturalmente privado, se vuelve público. En ese sentido, se constituye como una limitación a libertad de empresa (art. 19 N°21 CPR), porque extrae la actividad de servicio público del terreno de la libre iniciativa de los agentes económicos, o a la libertad para adquirir toda clase de bienes (art. 19 N°23 CPR), al declarar los bienes que pertenecerán “a la Nación toda”.

Este binomio necesidad pública – titularidad estatal de la actividad es central en el régimen tradicional del servicio público, y es una expresión de la rígida distinción liberal entre lo público y lo privado.

Parte de la doctrina entendió que la titularidad pública de la actividad implica necesariamente la creación de un órgano destinado a desarrollarla. Se trata de una concepción orgánica de la institución, que en nuestro derecho se encuentra reflejada en la obra de AYLWIN (1952), quien define el servicio público como “una organización del Estado, sometida a un régimen jurídico especial, que tiene por objeto satisfacer de manera regular y continua, una necesidad pública” (pág. 48). También el concepto legal contenido en la LOCBGAE, en su artículo 28, hace eco de esta visión, al señalar que “Los servicios públicos

son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua.” Así, la ley que declara una actividad como servicio público, debe hacerse cargo de definir su régimen de personal, de bienes, y su régimen jurídico especial (AYLWIN AZÓCAR, Manual de Derecho Administrativo, 1952). La norma establecida en el artículo 28 de la LOCBGAE ha sido criticada por PANTOJA BAUZÁ (1998, págs. 378-380), por tratarse de una definición restringida que, en particular, no considera a los servicios públicos que se prestan a través de un contrato de concesión.

Frente a la noción orgánica doblemente limitativa de la acción de los privados, al reservar al Estado la titularidad sobre la actividad y su gestión, se ha construido una concepción funcional del servicio público, con el fin de abrir el servicio público a la concurrencia de agentes de carácter privado que actuarán bajo la supervigilancia pública. Se trata de una visión que pondrá su acento en la actividad que se somete a un régimen de servicio público, en lugar de centrarse en el órgano encargado de desplegarla. En ese sentido WALINE considera que “habrá servicio público sea que la actividad pública se cumpla por la Administración mediante uno de sus órganos, sea simplemente que la autoridad tome la iniciativa en orden a realizar tal actividad, aun cuando ella sea cumplida por un particular, pero reservándose siempre aquella un control superior sobre su ejercicio” (WALINE, citado por SILVA CIMMA, 1961, pág. 31). Admitir la concurrencia de actores privados a la gestión del servicio no obsta a que se mantenga la titularidad estatal sobre éste, sino que exige que los particulares obtengan un título habilitante, a saber, una concesión de servicio público para poder actuar en él. Lo relevante en la existencia de *publicatio* será que sobre los bienes o servicios publicados no se podrán proyectar de forma plena derechos fundamentales como la libertad de empresa o el derecho de propiedad: la posibilidad de participación, colaboración, uso o explotación de esos bienes y servicios se harán “siempre con subordinación a las facultades decisorias y condicionantes del Poder público titular exclusivo del recurso o del servicio reservados” (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, 2003, pág. 695). En definitiva, la extracción de la actividad de la libre iniciativa privada justifica que se abandone el sometimiento al derecho común, y se imponga en su lugar el régimen jurídico especial de derecho público. En el mismo sentido, señala ARÓSTICA MALDONADO (1994) que

La Administración no se desprende de sus potestades, conserva por lo tanto sus facultades normativas para organizar y controlar el desarrollo normal en

la ejecución del servicio concedido, de suerte tal que mantendrá un poder de dirección encaminado a fijar las reglas de funcionamiento que sean pertinentes y un poder de tuición o supervigilancia sobre el concesionario (pág. 148).

En nuestro derecho, más allá de la definición legal de la LOCBGAE, prima absolutamente una concepción funcional del servicio público: se ve reflejada de forma consistente por las legislaciones especiales en los sectores de referencia que estudiaremos, en las que la Administración convoca a agentes privados a encargarse de la gestión del servicio, bajo el control de organismos normativos de carácter público: las superintendencias.

La Constitución Española consagra abiertamente la *publicatio* en el artículo 128.2, que dispone que “(...) Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Nuestro texto constitucional no considera ninguna norma de este tipo, sino que, busca proteger la actividad económica privada a través de un sistema de Derechos Fundamentales que incluyen el derecho “a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen” (art. 19 N°21 CPR), o “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales” (art. 19 N°24 CPR).

Analizando la regla española, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2003) destaca esta tensión entre reserva de una actividad al sector público y la afectación de los derechos antedichos.

Nuestro orden constitucional no exige imperativamente la *publicatio* de todo recurso o servicio esencial -ya lo dijimos-, sino que sólo la permite cuando pueda justificarse suficientemente que viene requerida por un interés general más importante que el implicado en la máxima posibilidad de expansión del derecho a la propiedad y la libertad de empresa o de trabajo, que no podría ser debidamente satisfecho con medidas menos restrictivas de estos derechos y libertades contractuales (Pág. 707).

Buscando construir, para nuestro país, un fundamento constitucional para la publicación de una actividad, debemos señalar en primer lugar, que nuestra CPR establece el principio

de servicialidad del Estado, en virtud de cual se le mandata a propender al bien común (art. 1º, inc. 3º), por lo que tiene el deber de desarrollar los intereses generales de la ciudadanía. A su vez, el artículo 65 CPR, que regula la formación de la ley, en su inciso 4º N° 2, otorga al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para el impulso del proceso legislativo destinado a “Crear nuevos servicios públicos (...), suprimirlos y determinar sus funciones y atribuciones.” A partir de estas normas, es posible plantear la posibilidad de que el Estado asuma como suyas ciertas labores, generando vías de atender necesidades de interés general.

Dentro de esta habilitación podemos considerar la creación de servicios públicos en una perspectiva orgánica como la ya revisada, pero también como una concepción más amplia que tiene relación con la atribución de competencias a una Administración Pública para que asuma la atención de necesidades de interés general (BLANQUER CRIADO, 2012, pág. 311). Esta decisión deberá ser necesariamente contenida en una ley, atendido que tendrá como consecuencia una afectación a los derechos de libertad de empresa y de propiedad antes mencionados.

Respecto del primero de ellos, comprende tanto la libertad para acceder a un mercado, emprendiendo en una actividad de carácter empresarial, la libertad al momento de ejercer la actividad económica, siendo el empresario libre a la hora de organizar y dirigir su empresa, y la libertad de abandonar un mercado, cesando el empresario en el ejercicio de su actividad económica.

Al publicarse una actividad, y en particular desde una concepción tradicional del servicio público, se ven limitados todos los aspectos de este derecho antes mencionado. De partida, será necesario un título habilitante para ingresar a la gestión del servicio, lo que implica una restricción a la libertad para iniciar una actividad económica; la Administración tendrá facultades de supervisión y control sobre los actores que participen en ella, lo que tensiona el derecho en el ejercicio de la actividad económica; y, veremos más adelante en detalle, la exigencia de continuidad en la prestación del servicio impide el libre abandono de la actividad por el empresario. Se trata de limitaciones que deberán evaluarse en el caso concreto, en atención a los fines públicos perseguidos por la legislación y evaluando la proporcionalidad de las medidas de regulación.

Desde la perspectiva de la afectación del derecho de propiedad asegurado en el artículo 19 N° 24 CPR, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que

el numeral 24 del artículo 19, en su inciso 2º, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública. Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad (STC 505/2007, cons. 17).

Esta afectación será legítima mientras nos encontremos ante una regulación o limitación del derecho y no en un caso de privación de la propiedad. En la primera situación, el acto “tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa.” (STC 505/2007, cons. 22).

En definitiva, nuestro Tribunal Constitucional consideró legítimas las limitaciones establecidas en la Ley 19.940, en particular respecto al establecimiento de un sistema legal de peajes eléctricos, señalando que el Legislador

lo estimó indispensable para crear mejores condiciones de seguridad y confiabilidad para el desarrollo de un servicio de utilidad pública, como es la provisión de la energía eléctrica a la población; lo hizo fundado en razones de utilidad pública que aparecen de manifiesto en el debate de la Ley 19.940. (STC 505/2007) cons. 31.

La publicación de los servicios se ha justificado en el dominio público a utilizar en el marco de diversas actividades de servicio público, es decir, deriva del carácter público de los recursos o bienes necesarios para la explotación de un servicio. En ese sentido, la LGT declara en su artículo 2º que “El espectro radioeléctrico es un bien nacional, cuyo dominio pertenece a la Nación toda”. A su vez, en los distintos servicios que estudiaremos, se otorga como consecuencia de la concesión la posibilidad de hacer uso de los Bienes Nacionales de Uso Público (franjas de caminos públicos) para la instalación de redes, y ese privilegio

permite justificar el sometimiento de la actividad a un régimen de servicio público. Por otra parte, también se ha remontado la reserva de titularidad a la propia necesidad pública y consiguiente declaración de servicio público, sin mediar otro título de intervención para la declaración de *publicatio* (CARRO, 2003). En los servicios que estudiaremos, no se ha aplicado esta técnica: no existe una reserva de titularidad al Estado en sentido formal y estricto, más allá de la correspondiente al espectro radioeléctrico.

Aquello conflictúa con lo propuesto por la doctrina en torno a la concepción de la *publicatio*. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2003) destaca los principios de exclusividad y tipicidad que han de regir la publicación, en el sentido de que se constituye como únicamente estatal y respecto de bienes o servicios determinados de forma genérica.

A su vez, el profesor SOTO KLOSS (2012) plantea que la *publicatio* de actividades debe realizarse formal y explícitamente. Lo contrario implicaría que no habría reserva de la actividad e impediría hablar de una consecuente concesión de servicio público. Señala el autor que, en los servicios de electricidad, distribución de agua potable y de gas de cañería no puede hablarse de la existencia de una concesión de servicio público propiamente tal, a pesar de que sus leyes reguladoras utilicen la expresión

(...) porque ninguna ley ha establecido la *publicatio* respectiva, requisito que es esencial e ineludible, *sine qua non*, para que se dé en la realidad dicha concesión; todas las actividades que se desarrollan en ellas corresponden a los particulares, siguiéndose el principio constitucional de la primacía de la iniciativa privada en materia económica (artículo 19 N° 21 incisos 1° y 2°), que hace excepcional la actividad empresarial del Estado (ídem), y del principio “base de la institucionalidad”, que es la primacía de la persona humana (artículo 1° incisos 1°, 4° y 5°; y artículo 5° inciso 2° de la Constitución), la consecuencial servicialidad del Estado (artículo 1° inciso 4° cit.), y la subsidiariedad de éste (artículo 1° inciso 3° y artículo 5° inciso 2°) (SOTO KLOSS, 2012, pág. 569).

Sin embargo, ARIÑO ORTÍZ (2003) considera que la *publicatio* puede corresponder a una cláusula explícita y formal como la que ya mencionábamos en relación con dominio sobre el espectro radioeléctrico, caso en que estaremos ante una *publicatio* en sentido estricto;

o bien generarse un régimen regulatorio intenso que configure la actividad, obligando su desarrollo bajo un modelo determinado, supuesto en que estaríamos a una *publicatio* en sentido lato (p. 536). En definitiva, se tratará de construir una referencia a la Administración, y no necesariamente una reserva en sentido estricto. Si entendemos que en la categoría servicio público pueden convivir múltiples formas de atender las necesidades de interés general, debemos aceptar a su vez la existencia de variadas formas en que éstas se relacionaran con el poder público, configurándose diversos grados de publicación o una escala de *publicatio* (PÉREZ MONJE & VALLADARES PÉREZ, 2008, pág. 137).

Esta comprensión será también compatible con la categoría de servicios públicos virtuales o impropios, actividades privadas que no obstante desarrollarse en un marco de libre iniciativa privada, son de interés público, razón por la cual se someten a una regulación especial para cautelar ciertos bienes sociales, que va más allá de una mera autorización inicial (PÉREZ MONJE & VALLADARES PÉREZ, 2008, pág. 133). Son actividades donde la regulación se da fundamentalmente en un plano legal, evitando las potestades administrativas que derivan de la posición de titular que el Estado tiene en la concepción tradicional de los servicios públicos.

Además, es necesario insistir en que la titularidad administrativa no obsta la posibilidad de que el uso o gestión de los bienes o servicios publicados se realicen por un privado, a través de una concesión. En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha dicho que “la reserva o *“publicatio”*, si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico” (STC 1281/2008, cons. trigésimo quinto).

En nuestro país, la *publicatio* en el ámbito de los servicios públicos no ha implicado la imposición de un monopolio público *de iure*, toda vez que tradicionalmente se ha optado por una gestión indirecta de los servicios mediante su concesión a privados. Parte mayoritaria de la doctrina considera que nuestra Constitución, a partir del principio de subsidiariedad del Estado, promovería de forma activa esta forma de gestión en lugar de una atención directa mediante órganos públicos. ARÓSTICA MALDONADO (2001) plantea la preferencia de nuestra CPR por la gestión privada de las actividades de servicio público, señalando que:

el verdadero leitmotiv que inspira el término del Estado empresario – independientemente de su eficacia y eficiencia– radica en otra más poderosa razón cual es concretar el principio de subsidiariedad y hacer efectiva la primacía de la persona humana (art. 1° CP).

El hecho que el Estado deje de realizar cometidos empresariales que no le corresponden importa una manera de dar cumplimiento eficaz a su deber de hacer lugar a la libre iniciativa de los particulares, con el propósito de que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que a éstos les reconoce el art. 19 N° 21 inc. 1° de la Constitución tenga existencia real y no sólo literal, conforme al art. 5° inc. 2° de la misma Carta (pág. 56).

De esta manera, la publicación asume una nueva forma, que es descrita por VERGARA (2004) en los siguientes términos:

el instrumento jurídico denominado *publicatio* opera hoy de un modo distinto: ya no como una pretendida reserva estatal de servicios llamados “públicos” en una acepción cercana a lo estatal; hoy la *publicatio* opera como una especie de “*prohibición general con reserva de autorización*” en materias económicas (pág. 34).

Incluso, es posible que de la atribución de titularidad estatal se siga un régimen de gestión privada con multiplicidad de operadores, donde se otorgue títulos a una pluralidad de actores. En diversos servicios que estudiaremos, a través de títulos concesionales se atribuyen a los particulares ciertos derechos especiales, pero no exclusivos, que les permitirán desarrollar actividades económicas en un régimen de competencia, aunque esta se vea moderada con el fin de proyectar la atención de necesidades de interés general de una forma óptima.

En definitiva, en paralelo al avance hacia una concepción funcional del servicio público, se altera también la forma de comprender la publicación de una actividad, que avanza desde una reserva y gestión pública del servicio hacia el mero sometimiento de éste a un régimen de Derecho Público. Esta nueva perspectiva será de vital importancia como antecedente para el proceso de liberalización de los servicios, que revisaremos más adelante, el que pondrá en los privados la titularidad de las actividades de servicio público, estableciendo un régimen jurídico orientado a conciliar la atención de la necesidad pública con un régimen de mercado.

d. La concesión de servicio público

La concesión de servicio público se ha erigido como la principal herramienta destinada a organizar la gestión privada de los servicios públicos, como consecuencia de la asunción de titularidad pública sobre este tipo de actividades. Con el objetivo de resguardar el interés general, se imponen limitaciones a la libre iniciativa de los particulares sobre los sectores de servicio público, por lo que, para participar de éstos, se requiere que obtengan un título habilitante. La concesión es considerada por la doctrina como un acto mediante el cual la Administración crea un derecho *ex novo* en favor del particular, con el que éste no contaba antes de la dictación del acto: el derecho a desarrollar una actividad empresarial en un sector de titularidad exclusiva de la administración (VERGARA BLANCO, 1992, pág. 262).

Ha sido definida como

aquel acuerdo de voluntades en que convergen, de un lado, un ente público integrante de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado (concedente) y, por otra parte, una determinada persona privada, natural o jurídica (concesionario), cuyo objeto consiste en que aquél transfiera a ésta la ejecución de las prestaciones necesarias para la satisfacción de una necesidad pública (ARÓSTICA MALDONADO, 1994, pág. 146).

Parte importante de la doctrina señala que es esencial para que nos encontremos ante una concesión el que se trate de una actividad cuya titularidad se encuentre reservada a la Administración, sin que sea el acceso a ella una posibilidad para los particulares que no cuenten con este título. En ese sentido se han pronunciado SOTO KLOSS (2012, pág. 567) y ARÓSTICA MALDONADO (1994, pág. 150). Argumentan que, si la actividad no se encuentra formalmente reservada para la Administración, los particulares tienen derecho a participar en ella, conforme al artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución, y en el caso que se le exija un título, éste tendrá un carácter de autorización y no de concesión.

La doctrina clásicamente ha planteado que la autorización no es un acto que otorgue un derecho a operar en una actividad en la que anteriormente no se tenía derecho a hacerlo, sino que “se configura a la autorización como un acto destinado a remover límites de policía administrativa a derechos y facultades que el particular poseía con anterioridad” (VERGARA BLANCO, 1992, pág. 281). Se define como “un acto mediante el que la Administración

realiza un control preventivo de legalidad u oportunidad: (i) del ejercicio de una actividad en régimen de libre iniciativa; (ii) de aprovechamientos cualificados del dominio público; (iii) o del ejercicio de la propia competencia” (LAGUNA DE PAZ, 2009, pág. 254). A la vez, la autorización se ha caracterizado en nuestra regulación como un título precario, que puede ser revocado en cualquier momento, cuando el interés público así lo exija: la exigencia de autorización tiene por objeto la realización de un control de idoneidad técnica o económica del actor que desea desarrollar una actividad (PÉREZ MONJE & VALLADARES PÉREZ, 2008, pág. 138), y si esa idoneidad se acaba, igual destino tendrá la autorización. El otorgamiento de una autorización no implica un mandato de acción como sucede en la concesión, sino que es únicamente el retiro de un impedimento. BLANQUER CRIADO (2012, pág. 545) señala como principales características el carácter reglado de su otorgamiento y su eficacia declarativa.

En tanto la concesión de servicio público es una técnica contractual, a la vez que crea un derecho para un particular, impide que éste pueda ejercerlo libremente, puesto que el contrato regulará modalidades específicas para su ejercicio. La gestión del servicio público por el concesionario se encontrará regulado en la ley que fija el marco general del servicio, en el contrato de concesión, y a través de la potestad normativa que se otorga a la Administración para que se regule la actividad (BLANQUER CRIADO, 2012).

Al contrario de lo planteado por ARÓSTICA MALDONADO (1994), es frecuente que al momento de encargar a privados la gestión de ciertos servicios, se le transfieran a su vez ciertas prerrogativas de poder público que permitirán al particular asegurar la continuidad del servicio: se trata de garantías que el Estado otorgará para resguardar la actividad empresarial en sectores sensibles al interés general. Destaca el otorgamiento a los concesionarios de ciertos derechos de uso sobre bienes públicos, de terceros y de otros concesionarios (LAGUNA DE PAZ, 2009, pág. 282 y sgtes). Con todo, el concedente, en su condición de garante de la prestación del servicio, tendrá fuertes poderes sobre los concesionarios, destacándose en particular la figura del *ius variandi*, que le permite imponer modificaciones al contrato conforme así lo exija el interés público, manteniendo siempre el equilibrio financiero.

Tampoco es correcto lo sostenido por cierta doctrina que equipara la idea de la concesión con la gestión del servicio en un régimen de monopolio. Si bien tradicionalmente se utilizó esta técnica para gestionar actividades que correspondían a monopolios naturales, en la actualidad es común que se pueda otorgar más de una concesión para un servicio en el mismo territorio.

Una aproximación más reciente, reflejado en las Directivas europeas de 2014, relativas a la adjudicación de contratos de concesión de obras y de servicios, marcan un vuelco en la forma de entender la concesión a partir de la idea de reserva de titularidad sobre una actividad en favor de la Administración Pública. El eje central de este contrato no será el traspaso de la titularidad del servicio desde el sector público a quien se le reservó un servicio esencial hacia un privado, sino que se ubicará en el traspaso del riesgo en la operación del respectivo servicio (LAZO VITORIA, 2018).

Se centra la Directiva 2014/23 en la distinción entre los contratos de servicios y de concesión de servicios, positivizando un criterio antes esgrimido por la jurisprudencia europea y española para delimitar ambas figuras. Si el riesgo operacional es asumido por el contratista, estaremos frente a un contrato de concesión de servicios; si el riesgo es asumido por la Administración, se tratará de un contrato de servicios. La propia Directiva en comentario señala en su artículo 14 que

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión.

Bajo esta nueva comprensión de la concesión, pueden ser concesionados servicios que sean de titularidad o competencia de la Administración concedente, que sean susceptibles de explotación económica. Será posible concesionar tanto aquellos servicios que sean públicos como aquellos que no lo sean, lo que implicará que no se exija incluir en este último supuesto un régimen de prerrogativas y garantías de poder público destinado a asegurar un régimen de prestación de servicio universal (LAZO VITORIA, 2018, págs. 2588-2591).

En esa línea, el artículo 15.1 de la Ley de Contratos del Sector Público española define el contrato de concesión de servicios como

aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Se trata de una visión de este contrato administrativo que dialoga de mejor manera con el escenario posterior a los procesos de liberalización. El objetivo central será generar una gestión privada de servicios prestados al público, financiada por los beneficiarios de las prestaciones. En esa estructura de mercado, el Estado interviene con el objetivo de asegurar que esta prestación esté disponible, atendido su carácter sensible para la población, a través de la creación de un marco normativo, supervisión y fiscalización de la buena marcha del servicio, y eventualmente estableciendo subsidios cuando la actividad no sea atractiva para los particulares.

Bajo esta nueva forma de comprender el contrato de concesión de servicios, la legislación española establece reglas especiales para el caso de una concesión de servicios públicos: el artículo 284.2 de la Ley de Contratos del Sector Público establece como requisito para proceder a la concesión el que se haya

establecido su régimen jurídico que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

Siendo labor de la Administración garantizar la prestación del servicio a los ciudadanos, introduce cierta tensión la idea de la gestión de éste por cuenta y riesgo del concesionario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Furowasser* ha señalado que “es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren.” (Citado en LAZO VITORIA, 2018, pág. 2585). Dicha

jurisprudencia acepta la posibilidad de concesionar el servicio incluso si el riesgo de explotación es muy limitado, puesto que “no sería razonable exigir al poder o entidad adjudicadora la transferencia de riesgos económicos superiores a los que existen en el sector de acuerdo a su normativa aplicable” (LAZO VITORIA, 2018). Con todo, debemos destacar que este caso trata sobre una concesión de servicios de suministro de agua potable y evacuación de aguas servidas por un Municipio alemán, que no participa del establecimiento de las normas reguladoras del sector. En nuestro país el problema será de otra índole, puesto que las entidades adjudicadoras (generalmente Ministerios, en los sectores que comprenden este estudio) participan del proceso de elaboración del marco normativo y en la creación de las condiciones de bajo riesgo económico para las actividades concesionadas.

e. Crisis conceptual del servicio público

Hemos determinado la existencia de tres elementos centrales de la configuración tradicional del servicio público: la atención de una necesidad de interés general, titularidad pública sobre la actividad, y régimen jurídico de derecho público.

Estos se ven recogidas en la definición presentada por ARIÑO (2003), quien señala que

Servicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social (p. 495 y ss.).

Sin embargo, a lo largo del siglo XX, estos elementos se difuminaron, enfrentando sucesivas crisis, lo que implicó una pérdida de la capacidad explicativa del concepto de servicio público. La primera crisis del servicio público corresponde a las repercusiones del *Affaire Bac d'Eloka*, y en general, de la generación de una labor empresarial del Estado, casos en que éste pasará a operar en un régimen de Derecho Común, lo que evidencia una disociación entre el servicio público y la existencia de un régimen de Derecho Público.

Un segundo momento de crisis proviene de la fuerte crítica desde una perspectiva económica de la que ha sido víctima la acción estatal. Se señala que la Administración Pública carece de los incentivos necesarios para actuar de forma eficiente, y que un régimen

de mercado destinado a atender las mismas necesidades produciría una combinación óptima de libertades y eficiencia económica (PÉREZ MONJE & VALLADARES PÉREZ, 2008, pág. 115). De ahí se rompe la vinculación entre la reserva de titularidad y la actividad de servicio público, planteándose que sería mejor que los privados atiendan las necesidades de interés público.

A partir de estas sucesivas crisis, se ha planteado la necesidad de declarar la muerte del servicio público. Frente a ello, también se han levantado sus defensores. La institución ha sobrevivido los cuestionamientos, pero no ha salido ileso: ha debido adaptarse para sobrevivir, lo que ha implicado por cierto que se difumine el núcleo central de su definición dogmática.

En definitiva, es claro que no corresponde plantear que la noción de servicio público pueda llegar a sintetizar toda una teoría del Estado, como planteó DUGUIT, pero, como señala MARTÍN REBOLLO (1983),

si la noción de servicio público no sirve para explicar y conceptualizar globalmente el Derecho administrativo, ello no quiere decir, sin embargo, que a los efectos que ahora interesa deba ser enviada en bloque, sin más, al baúl de la historia. Importa destacar en ella para hoy y para el Derecho administrativo la idea del fin, que estaba en la base de la configuración realista de DUGUIT (pág. 2539).

Junto a ella, tiene sentido relevar el rol de la noción funcional del servicio público, que permite comprender de mejor manera la forma en que se han integrado los privados a la gestión de los servicios públicos. También debemos proyectar la comprensión de la regulación de dichas actividades desde una perspectiva de Derecho Público, que permite la atribución de potestades exorbitantes a la Administración para regular la gestión del servicio.

A su vez, es necesario delimitar la categoría servicio público, de la función pública, de la empresa pública y de los servicios públicos virtuales. Se trata de actividades de atención a las necesidades de la población, en un marco de derecho público, y bajo un modelo de supervigilancia pública.

III. Del servicio público a la regulación para la competencia

Desde la década de los 80, con la conformación de una economía cada vez más globalizada bajo una perspectiva neoliberal, se genera un proceso refundacional del derecho administrativo que Rainer WAHL (2013) describe como centrado en tres grandes objetivos: la desregulación, privatización y aceleración (pág. 123).

El modelo de servicio público basado en la reserva de titularidad estatal para la gestión de ciertas actividades es cuestionado y entra en una crisis que conlleva a una transformación radical de los sectores organizados bajo este paradigma. Nos encontramos frente a una resignificación del rol estatal y de los privados en la provisión de las necesidades de interés general: el Estado debe asumir un rol subsidiario frente a la actividad privada, lo que se traduce por un lado en un deber estatal de abstención frente a ésta (vertiente negativa) o en un apoyo a los particulares para el desarrollo de las funciones de servicio público (vertiente positiva).

Bajo este paradigma se promueve el abandono por la Administración de las actividades de servicio público, yendo más allá de la delegación al particular de una actividad previamente publicada, operación que, como ya vimos, ha sido tradicionalmente practicada a través de la técnica de la concesión. De lo que se trata es de poner en el centro la libre iniciativa privada operando en un sistema de mercado como la forma óptima para dar cobertura a las necesidades de interés general, rompiendo la vinculación entre la actividad de servicio público y la titularidad estatal, y para ello se emprenden procesos de privatización, liberalización y desregulación.

La privatización se da en los planos material, patrimonial y también desde una perspectiva de privatización formal (RIVERO ORTEGA, 2001, págs. 33-34): en el primero de estos sentidos, se transfieren las actividades propias de la Administración, aquellas sometidas a un régimen de titularidad pública, a los privados, para que sean gestionadas por estos. A su vez, se lleva a cabo una privatización patrimonial, enajenándose la participación estatal en empresas que gestionaban servicios públicos al sector privado. Finalmente, también la

privatización es formal, fenómeno también llamado huida del derecho administrativo, en tanto que en los casos en que el Estado mantenga participación en la gestión de las empresas de servicio público, la Administración deberá aplicar técnicas propias del derecho privado para llevar a cabo sus cometidos.

Las áreas de la economía organizadas bajo la perspectiva de servicio público se liberalizan. Se trata de un fenómeno de carácter más general que la privatización, que consiste en “la ruptura de los monopolios estatales, las desnacionalizaciones y la sustitución de concesiones por licencias, lo que determina la despublificación de los clásicos servicios públicos” (RIVERO ORTEGA, 2001, pág. 34). No basta únicamente que el Estado se deshaga de su participación empresarial en estos sectores si es que se mantiene un actor monopólico, ahora privado, dominándolos. Al contrario, lo central es la provisión de estas necesidades bajo reglas de mercado, en un contexto de competencia entre actores que promueva mayor eficiencia, lo que exige que se abran las puertas a nuevos operadores.

Respecto a la desregulación, el concepto en sentido estricto se refiere a la eliminación de las normas que rigen una actividad, o de la instancia que las determina. Esta idea es relevante en el contexto europeo en que los procesos de liberalización se hicieron de la mano de la creación de un Mercado Único para los miembros de la Comunidad Europea, con el objetivo de facilitar los intercambios y evitar los obstáculos para las empresas en su expansión hacia nuevos mercados (MUÑOZ MACHADO, 1998, pág. 291). Fuera de ese sentido, la desregulación tiene como objetivo evitar las posibles distorsiones introducidas por la Administración a sectores económicos que deben desenvolverse bajo un régimen de libre mercado, donde el principal criterio de toma de decisiones sea el libre juego de la oferta y la demanda.

Estos tres procesos concurren para generar un quiebre definitivo entre el régimen de servicio público y la titularidad estatal de los sectores sometidos a ese régimen. Considerando esto es que se ha planteado que la institución ha agotado su época. La pretensión ideológica neoliberal que es sustento de la liberalización y privatización pretendía que la retirada del Estado de la economía fuera total, limitándose su rol al resguardo del orden público y del derecho de propiedad que permitieran el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada. Por contrapartida, los defensores del servicio público señalan que una liberalización extrema

sería “incapaz de reconocer, de preservar y aun menos de promover las exigencias de interés general” (KOVAR, 1996, citado en MUÑOZ MACHADO, 1998, pág. 33), y que generaría de “consecuencias negativas desde el punto de la vista de la realización del gran mercado” (STOFFAËS, 1994, citado en MUÑOZ MACHADO, 1998, págs. 34-35).

Esta defensa no alcanzó para proyectar al siglo XXI el régimen histórico del servicio público, pero sí para relativizar la anunciada muerte de la institución. En ese sentido, MUÑOZ MACHADO (1998) expresa una visión matizada frente a la crisis del servicio público, planteando que más que el fin del servicio público, observamos una transformación radical de éste. No obstante la ruptura del binomio servicio público – titularidad estatal de la actividad, las necesidades de interés general que justifican la institución del servicio público tradicional se mantienen, y el ocaso de la anterior solución histórica exige que se propongan nuevas técnicas para atenderlas.

En definitiva, lo que se ocurrió fue la retirada del Estado de la gestión de los servicios, poniendo fin a su titularidad sobre ellos, pero adquiriendo un rol positivo como garante y regulador (WAHL, 2013, pág. 135). El ideal neoliberal de promover la desregulación no se concretó, sino que, al contrario, ha sido necesario llevar a cabo un nuevo proceso regulador, para las nuevas condiciones en que han de operar los actores económicos una vez superado la exclusiva titularidad estatal de la actividad. En ese sentido, DE LA CRUZ FERRER (2006) señala que

los procesos de desregulación han suprimido intervenciones muy importantes sobre el funcionamiento de los mercados, pero han resultado insuficientes para garantizar intereses públicos relevantes (introducción de competencia en los servicios públicos, protección de consumidores y usuarios, protección de inversores y del sistema financiero...) por lo que ha sido y es imprescindible diseñar nuevos modelos de regulación (neorregulación) (pág. 11).

En definitiva, se observa un cambio en el tipo de regulación que se empleará para lograr los objetivos sociales y económicos necesarios (PÉREZ MONJE & VALLADARES PÉREZ, 2008, págs. 71-74). El modelo tradicional de servicio público correspondería a una regulación económica en sentido estricto, que penetra en la actividad y sustituye las condiciones de funcionamiento de los mercados, imponiendo las decisiones centrales respecto a la

producción. En su lugar, la nueva regulación en un contexto de mercado corresponde a un modelo de policía administrativa o regulación social, que es aquella que trata de conciliar el desarrollo de la actividad individual con las exigencias del interés público o general (SENDÍN GARCÍA, 2003a, pág. 7), y que considera técnicas como la imposición de obligaciones de información, exigencia de autorización para el ingreso a los mercados y la imposición de normas de conducta y estándares de calidad a los productos y servicios ofrecidos al mercado.

Dadas las transformaciones en el rol del Estado, ha sido necesario formar nuevos órganos administrativos abocados a esta labor de regulación para los distintos sectores. El objetivo es separar a los reguladores de los agentes encargados de la gestión y explotación del sistema. No puede retenerse la facultad reguladora en los antiguos servicios que explotaban la actividad, ahora privatizados, porque aquello implicaría ubicar en una posición dominante a dichos actores, al otorgarles roles simultáneos de juez y parte. El impulso de la doctrina (CORDERO VEGA & GARCÍA, 2012) ha sido a adoptar el modelo estadounidense de agencias independientes, que se caracterizan por encontrarse orgánicamente separadas del debate político para permitir una mayor fundamentación técnica de su quehacer, y darles la posibilidad de proyectarse más allá de los ciclos político-electorales.

Yendo más allá de la ruptura entre reguladores y gestores (que podían encontrarse reunidos ya sea en un órgano administrativo o en una empresa), al interior de cada sector se desarrolla una separación jurídica de las actividades anteriormente atendidas por una sola organización. Se desintegran las distintas fases de provisión del servicio para distinguir entre aquellas que pueden someterse a un régimen de libre competencia y las que no, generándose regímenes jurídicos diferenciados para cada una. De esta manera, así como cada sector económico regulado mantiene estándares diversos de liberalización, esto también se reproduce entre subsectores de la actividad. Así, habrá casos en los que la actividad se someterá totalmente a la libertad de empresa, y otros, como suele ocurrir con la infraestructura, en que se optará por mantener la titularidad pública, o se constituirá un régimen regulatorio intenso.

Respecto de los servicios sometidos a la libre competencia, lo que debe configurarse es un régimen que garantice la libertad de entrada al mercado, la libertad y autonomía en la operación económica y la libertad de salida del mercado.

La libertad de entrada es en ese sentido un primer ámbito donde hay cambios, ya junto con el fin de la titularidad pública de la actividad, se debería acabar también con régimen concesional al que está sometida la actividad. Sin embargo, al tratarse de áreas que requieren altos estándares de operación, es frecuente que se opte por mantener la exigencia de autorizaciones regladas limitadas a la exigencia de condiciones técnicas y económicas. Junto con ello, se propugna la libertad de acceso, en condiciones de igualdad entre las empresas, a las infraestructuras esenciales para la prestación del servicio, que como ya veremos, se someten a regímenes altamente regulados.

Por su parte, la libertad de operación se caracteriza básicamente por la existencia de libertad de contratación y de inversión. La libertad de contratación se referiría a la posibilidad de que las empresas generen sus propias ofertas de servicio bajo principios comerciales y en régimen de libertad de precio; la libertad de inversión dice relación con la libertad de las empresas para la planificación de su expansión, bajo su propio riesgo: la dirección del sistema deja de ser centralizada, desarrollándose en base a las decisiones de inversión que tomen las empresas.

La libertad de salida del mercado, finalmente, se referirá a la posibilidad de que el empresario cierre sus instalaciones y dejando de operar y de producir bienes o servicios.

En todo caso, al pasar los servicios a la titularidad privada, las restricciones a la libertad empresarial en los aspectos antes mencionados deberán atenerse a principios de necesidad y proporcionalidad. Estas limitaciones se han justificado desde distintos presupuestos. CORDERO VEGA (2006, pág. 34) responde a la pregunta sobre por qué el Estado debe intervenir señalando dos tipos de justificaciones: normativas, en tanto el Estado deba resguardar ciertos valores constitucionales establecidos como derechos fundamentales, o sustantivas, relativas a las fallas de mercado que el Estado deberá atender. Para SENDÍN GARCÍA (2003a), la primera de estas justificaciones correspondería a la satisfacción de necesidades de interés público, mientras que la segunda podría referirse tanto a la apertura

de los mercados a la competencia, como a la remoción de límites para el funcionamiento competitivo de éstos.

a. Los servicios de interés económico general (SIEG)

Entre los servicios que se mantendrán sujetos a regulación es que se impone la noción de servicios económicos de interés general: se trata de una nueva categoría nacida en el seno de la Comunidad y Unión Europea, organismos que prefieren no proyectar a territorio comunitario la noción de servicio público, atendida su ambigüedad conceptual, y que no es una institución homogénea a la totalidad de los Estados miembros (SENDÍN GARCÍA, 2003b). Si el régimen histórico de servicio público considera como elemento central la titularidad administrativa de la actividad, concretada en la *publicatio*, como vía para atender el interés público, esta nueva categoría considera como elemento central la titularidad privada sobre las actividades de interés público. Este tipo de actividad privada irá unido a un régimen regulatorio exorbitante del Derecho común, cuando el mercado no atienda espontáneamente una necesidad de interés general. La Comisión Europea definió este concepto como

actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública. La Obligación de Servicio Público se impone al prestador mediante una atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permiten desempeñar su misión. (Comisión Europea, 2011).

LAGUNA DE PAZ (2009) señala que se tratará de actividades prestacionales, donde no existe ejercicio de potestades públicas; que deben tratarse de actividades económicas en el sentido de ofertar bienes o servicios en un mercado determinado; y que dan cuenta de necesidades esenciales, cuya prestación no puede faltar a los ciudadanos, lo que justificará la imposición de obligaciones de servicio público (entre las que destaca la obligación de servicio universal). En estas actividades de interés económico general, se acepta que puedan establecerse excepciones a las normas generales sobre competencia en tanto sean necesarias

para atender a las obligaciones de servicio público y el desarrollo de los intercambios no quede afectado en forma tal que sea contrario al interés de la comunidad (art. 86.2, TFUE).

La regulación será así la técnica preferente para proyectar, en ámbitos ahora abiertos a la libre competencia, los intereses generales por los cuales debe velar la Administración. En concreto, aquello consiste en “un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social” (MUÑOZ MACHADO, 1998, pág. 264). Como ya anticipábamos, ese control tendrá por objeto revisar y guiar el cumplimiento de los intereses públicos y asegurarse de la buena salud de la competencia. Para ello se otorgan facultades normativas, fiscalizadoras y sancionatorias a agencias administrativas a cargo de sectores específicos.

Se abandona la publicación completa de un sector económico como forma de atender las necesidades de interés general, si bien es frecuente que se mantenga la exigencia de un título habilitante para ingresar al mercado. En los servicios que estudiamos permanece la denominación de concesión de servicio público para estos títulos, pero éstos han experimentado cambios dirigidos a disminuir la discrecionalidad en su otorgamiento, estableciendo procedimientos más reglados.

b. Regulación para la satisfacción de necesidades de interés general

Una de las técnicas para hacerse cargo de la proyección de intereses públicos al mercado es la instauración de obligaciones de servicio público para los empresarios de servicios de interés económico general, es decir, la imposición de un conjunto de exigencias de interés general a la que deberán someterse los prestadores de un sector (MUÑOZ MACHADO, 1998, pág. 317). LAGUNA DE PAZ (2009) distingue entre las obligaciones de servicio público y las limitaciones generales propias de las actividades de ordenación: las primeras son prestaciones forzosas que se imponen a empresas determinadas, y que implican un sacrificio especial de éste, mientras que las segundas son aquellas que se imponen a la generalidad de los actores de un sector. Define las obligaciones de servicio público como “(i) prestaciones forzosas de carácter singular; (ii) voluntariamente asumidas por los interesados o -en su defecto- impuestas por la Administración; (iii) bajo la cobertura de indemnidad patrimonial” (pág. 378).

El impulso liberalizador implica que allí donde sectores enteros se organizaban como servicio público, se pasará a imponer estas cargas u obligaciones específicas, con un régimen jurídico distinto de las demás actividades desarrolladas bajo un régimen de mercado libre.

SENDÍN GARCÍA (2003a) considera que la imposición de obligaciones de servicio público será una técnica, entre otras, para regular la actividad económica a fin de satisfacer las necesidades de interés general. En ese sentido considera que pueden imponerse de forma igualitaria a la generalidad de los operadores, o a uno en particular. De todas formas, acepta que en el caso de que se impongan a un actor determinado, será necesario generar mecanismos de compensación para el operador que sufre un sacrificio especial, a fin de evitar distorsiones en la competencia. Además, la determinación del obligado deberá someterse a principios de transparencia y objetividad.

Para regular las obligaciones de servicio público resulta crucial la separación de actividades a la que nos referíamos anteriormente: es necesario que los costes que implican el cumplimiento de la obligación de servicio público impuesto a un actor específico pueda diferenciarse con claridad, con el fin de generar una forma de financiamiento que permita mantener la indemnidad patrimonial del obligado, sin imponerle sacrificios especiales ni otorgarle beneficios que le otorguen una posición de privilegio en el mercado. Se busca en particular evitar la fórmula tradicional que considera subsidios cruzados entre el servicio universal y los servicios económicamente rentables, a fin de evitar distorsiones en el funcionamiento de éstos y permitir que se sometan a un régimen de mercado. En caso de que la regulación genere subsidios cruzados, aquello deberá ser transparentado: este mecanismo se presentaba muchas veces de forma encubierta, al reservarse la titularidad sobre una actividad económica y concesionarla a un privado para que se haga cargo de atender, en un régimen de exclusividad, una actividad rentable, y aquel sector de la actividad que no lo sea.

Otras técnicas posibles para la financiación de las obligaciones de servicio público serán la distribución de los costes entre las empresas del sector, por ejemplo, a través de la generación de un fondo común (es el caso del sector de telecomunicaciones en España); o el financiamiento vía un subsidio estatal con cargo al presupuesto general de la nación.

Entre las obligaciones de servicio público destaca la categoría de obligaciones de servicio universal. LAGUNA DE PAZ (2009), siguiendo la Ley General de Telecomunicaciones

española, las define como “el conjunto de definido de servicios cuya prestación se garantiza con medios públicos a todos los usuarios finales, con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible” (pág. 382). El objetivo de su imposición en los servicios de interés económico general es impedir que el traspaso de la titularidad de las actividades hacia los particulares afecte el acceso a éstas para los ciudadanos, en particular en los segmentos de mercado que no son rentables. El desarrollo y ampliación de los servicios públicos en el siglo XX a la totalidad de la sociedad implicó que el acceso a estos servicios se consagre como un derecho subjetivo, y la privatización y liberalización de los sectores en cuestión no debería implicar su pérdida. De ahí que se afirme que esta institución en particular es la nueva forma que asume el servicio público en el siglo XXI (SENDÍN GARCÍA, 2003b).

Con todo, lo relevante será definir en qué consiste la prestación básica a la cual los ciudadanos tendrán derecho y los empresarios la obligación de entregar. Las necesidades de la población se encuentran en constante evolución, así como también lo están en este siglo las tecnologías sobre las cuales se desarrollan sectores como las telecomunicaciones o el energético, por lo tanto, la prestación de servicio universal también deberá entenderse desde la misma concepción dinámica y evolutiva. En este aspecto, se proyecta el llamado *ius variandi*, en virtud del cual la Administración, dado el régimen de Derecho Público que regula la actividad y teniendo en vista la necesidad de interés general que se busca satisfacer, podrá disponer una modificación de los servicios universales que deban prestar las empresas. A modo de ejemplo, si históricamente en el ámbito de las telecomunicaciones la obligación de servicio universal implicaba la conexión al servicio telefónico análogo-residencial, hoy aquella prestación reduce su sentido frente al desarrollo de las redes móviles y de datos.

Los principios que guiarán esta clase de cargas u obligaciones públicas son los de regularidad, continuidad y uniformidad que caracterizaron las prestaciones en el servicio público tradicional. No se trata de una prestación regida por la libertad de contratación entre servicio de interés general y consumidor, sino que las condiciones serán definidas por las agencias reguladoras correspondientes, siendo la calidad del servicio un parámetro básico a establecer, junto con el precio que los usuarios deberán pagar por él, para cautelar que se trate de un servicio que esté al alcance de todos.

c. Regulación para la competencia

Pero la necesidad de regulación en un régimen de libre mercado responde también a una problemática que es de origen para estos sectores que se reorganizan: la situación de partida de estos servicios es que funcionaron a lo largo del siglo XX bajo condiciones monopólicas, ya sea por presentar condiciones de monopolio natural, en el caso de los servicios en red, o por haber decretado el Estado la publicación de la actividad.

Anticipamos que los fenómenos de privatización, liberalización y desregulación han concurrido a fin de generar los mercados destinados a proveer los servicios de los que anteriormente bajo titularidad pública, pero es necesario relevar que aquello ha exigido a su vez un rol activo del Estado destinado a introducir competencia en sectores donde no existía. No basta entonces con la mera liberalización que ponga fin a las reservas de titularidad del Estado sobre los sectores que correspondían a servicios públicos, sino que se hace necesaria una regulación para la competencia. Estas medidas normalmente corresponden a técnicas de regulación estructural, es decir, destinadas a modificar las condiciones del mercado para eliminar de esta forma las prácticas indeseables (PÉREZ MONJE & VALLADARES PÉREZ, 2008, pág. 74).

Para lograr dicho objetivo, han operado tanto los organismos destinados a la defensa general de la libre competencia, como la Fiscalía Nacional Económica o el TDLC, como también las agencias reguladoras sectoriales, que cuentan con un mayor manejo técnico de las particularidades del servicio que supervisan y son capaces de evaluar de mejor manera dónde se generan distorsiones a la competencia.

Un primer tipo de problema a resolver son aquellos que derivan del anterior régimen monopolístico de los servicios públicos, y la posición dominante del mercado en que se constituyen los operadores pre-liberalización, al contar con las infraestructuras necesarias para la provisión del servicio, una clientela establecida, y en general, una operación en funcionamiento. En esa línea volvemos a remitirnos a la privación a los organismos gestores de los servicios, que anteriormente solían ser el actor central del sistema, de las facultades de regulación y de ciertas prerrogativas de derecho público.

En segundo lugar, debe enfrentarse la situación de las infraestructuras, porque corresponden a un activo clave para la configuración de posiciones dominantes. En este

ámbito también es fundamental la separación de actividades, siendo habitual que se genere un régimen de regulación especial para las infraestructuras. Éstas presentan un carácter de monopolio natural, por lo que no es eficiente someter esta fase del mercado a la libre competencia: aquello implicaría duplicar activos de alto costo, como son cañerías, cables, postes o rutas. A la vez, la infraestructura es un elemento esencial del servicio, ya que constituye un medio indispensable para acceder al mercado: sin las redes no es posible llegar a prestar servicio a los usuarios.

A modo de principios para la regulación de redes, ARIÑO (2003, pág. 595 y sgtes.) plantea que estas deberían gestionarse de forma autónoma de los demás negocios, evitando la integración vertical. A su vez, se debe permitir el acceso a terceros a las redes por vía de regulación, a través de técnicas como la obligación de interconexión, o desagregación, abriendo las redes para el acceso al usuario final como forma de avanzar hacia el acceso universal. Este acceso debe realizarse bajo condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias; y debe contar con un mecanismo ágil y efectivo de resolución de conflictos que sea capaz de operar en los altos estándares técnicos que caracterizan a los servicios en red. Las ampliaciones de redes deberían hacerse a través de mecanismos competitivos, llamándose a licitaciones públicas en ese sentido.

Esta forma de gestión de redes desnaturaliza el derecho de propiedad, al consagrar el uso común como una obligación que deben soportar los dueños de la infraestructura, atendida la finalidad que se consagra para esta infraestructura, pudiendo incluso llegar a extraerse la gestión de las redes del poder de su dueño. De esta forma, el régimen de redes es excepcional y conlleva consecuencias económicas: se reduce la inversión en infraestructura toda vez que los nuevos operadores entrarán directamente a operar los servicios sin necesidad de aportar para la ampliación de las redes, por lo que ha sido necesario regular también el pago de peajes para que generen utilidades para las empresas dueñas de la infraestructura, a la vez de que se evita la existencia de *free riders*. Ese peaje debe regularse para que no constituya una barrera de entrada para nuevos operadores, con las empresas dominantes fijando precios muy altos a aquellas que no poseen infraestructura.

En definitiva, se configura una nueva forma de atender las necesidades de interés público que justificaron la construcción de grandes servicios públicos, pero ahora bajo un régimen

compatible con la libre competencia. Observamos como gran cambio el abandono de la exclusiva titularidad estatal sobre los sectores de servicio público, y la reducción de los sectores que se someterán a una regulación especial: el mandato es que todas aquellas áreas o fases de la prestación del servicio que se puedan someter a regímenes de libre competencia se organicen desde esa perspectiva. Para las áreas restantes, se mantendrá la regulación a través de un régimen de derecho público que se desarrolla técnicamente para operar directamente en un ámbito de mercado.

IV. Caracterización del servicio público en la legislación especial chilena

Entrando ya en el fondo de nuestra investigación, una vez planteadas las principales líneas que guían los modelos regulatorios para la prestación de servicios esenciales para la vida social, pasamos a realizar una caracterización de los servicios públicos en red en Chile, buscando revisar qué rasgos de los modelos anteriormente expuestos se encuentran vigentes en los sectores de gas, eléctrico, sanitario y telecomunicaciones.

Estos servicios observaron una fuerte reestructuración en las últimas décadas del siglo XX, que se ha visto complementada en los primeros años del siglo XXI por ajustes más pequeños a sus modelos de provisión, sin implicar en caso alguno un cambio de paradigma.

a. Necesidad de concesión: ¿Una limitación a la iniciativa privada?

A modo de observaciones generales, podemos señalar que en ninguno de los cuatro sectores en estudio observamos una gestión directa de los servicios por el Estado, sino que las actividades de estos sectores son realizadas por particulares con o sin concesión. En este último ámbito, algunos casos solamente se requiere una autorización para tener actividad en el sector, y en otros se presenta una regulación abierta a la libre iniciativa de los privados. Estos distintos niveles de intervención regulatoria se presentan de forma transversal en nuestros sectores de referencia. En particular, para la actividad de distribución, en aquellos casos en que se utilizarán Bienes Nacionales de Uso Público para tender redes, así como también cuando se permite a los distribuidores la imposición de servidumbres con el mismo fin, se exige en todos los casos el otorgamiento de una concesión.

Como ya vimos, la concepción tradicional de servicio público se funda sobre la reserva para la Administración de la titularidad de las actividades sometidas a dicho régimen. En consecuencia, para la entrada de privados a operar en estos sectores económicos se exigía que fueran titulares de una concesión de servicio público, contrato mediante el cual la Administración los autoriza a participar en la gestión de la actividad, pero reteniendo para sí el control y dirección de ésta.

Por el contrario, la tendencia moderna es a reducir las barreras para la entrada a los sectores regulados. El objetivo es que las actividades de servicio público se provean en un régimen de mercado en el que participe una pluralidad de actores, por lo que parte de la doctrina ha planteado que se debe abandonar la exigencia de concesión para ingresar a la gestión, reemplazándose en su lugar por una autorización o licencia mediante la cual la Administración verifique que el operador cuenta con ciertas condiciones mínimas para desarrollar el negocio.

En nuestro país, la concesión se mantiene como una exigencia frecuente en los ámbitos en estudio, aunque no es absoluta, ya que en distintos sectores se han distinguido fases de provisión del servicio donde se exige este título, y otros donde solamente será necesaria una autorización administrativa. De esta manera, la LGSE en sus artículos 2 y 3 define qué actividades se someterán a concesión: el establecimiento de centrales hidráulicas de generación (no otros tipos de centrales generadoras), de subestaciones eléctricas, de líneas de transporte de energía y el establecimiento, operación y explotación del servicio público de distribución. Los mismos artículos señalan otras actividades que estarán sujetas únicamente a un permiso de la autoridad: las líneas de transporte y distribución de electricidad que no correspondan a actividad de servicio público y requieran usar y/ o cruzar calles, otras líneas eléctricas y otros bienes nacionales de uso público. La misma forma de regulación se observa en los servicios de gas, distinguiendo según si las redes de distribución y transporte usarán o no bienes nacionales de uso público. En materia de telecomunicaciones, según el artículo 8 de la LGT, se exige concesión únicamente para los servicios públicos de telecomunicaciones, los intermedios que presten servicios por instalaciones y redes destinadas al servicio público, y los servicios de radiodifusión sonora; respecto a los servicios limitados de telecomunicaciones solamente será necesario un permiso. Marcando un contraste con la tendencia general, la LGSS somete a un régimen concesional a todas las actividades que regula como servicio público: producción y distribución de agua potable, y recolección y disposición de aguas servidas.

En términos dogmáticos, la exigencia de una concesión para realizar una actividad corresponde a una regulación más restrictiva de la libre iniciativa privada que la exigencia de un mero permiso o autorización, pero debemos analizar en concreto cómo se presenta esa diferencia, para lo cual analizaremos los procedimientos de otorgamiento de las concesiones

en los sectores en estudio. En ese sentido, revisaremos a quien corresponde la iniciativa para constituir una concesión, el rango del acto administrativo mediante el cual se otorga la concesión, los esquemas de participación ciudadana que consideran y la existencia de criterios para la asignación de las concesiones.

En primer lugar, debemos señalar que todas las leyes reguladoras de los servicios en estudio consideran la posibilidad de que el procedimiento destinado otorgamiento de una concesión de servicio público comience con una solicitud de un privado. En contraste, solo la LGSS, en su artículo 23, regula la posibilidad de que la Administración convoque a una licitación a fin de otorgar nuevas concesiones.

Respecto a la forma jurídica que asume uno u otro acto administrativo, las concesiones, salvo en el ámbito de las telecomunicaciones, se otorgan a través de Decretos o Decretos Supremos de los respectivos Ministerios, en la mayor parte de los casos bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República” (LGSS, art. 17; LSG, art. 7; LGT, art. 8; LGSE, art. 11); en cambio los permisos son otorgados a través de resoluciones exentas de la SUBTEL en el ámbito de las telecomunicaciones (LGT, art. 9), o por resoluciones fundadas de las Municipalidades, en el caso del sector eléctrico (LGSE, art. 12).

Ahora bien, el hecho de que las concesiones de servicio público se otorguen a través de decretos de las máximas autoridades políticas puede resultar equívoco respecto de los márgenes de discrecionalidad que éstos gozan. Para el caso de los servicios de gas, hasta la dictación de la Ley 20.999 en el año 2017, las concesiones eran otorgadas directamente por el Presidente de la República, quien contaba con amplios márgenes de discrecionalidad. Sin embargo, la tendencia actual es generar procedimientos de otorgación de concesiones altamente reglados donde se establecen los requisitos que deben contener las solicitudes y los criterios que debe tener en cuenta la autoridad para otorgar la concesión, a fin de otorgar mayores certezas a los solicitantes y acelerar los proyectos de inversión.

Los procedimientos establecidos en la LGSE y LGT consideran esquemas de participación de los interesados en los proyectos de expansión de redes, al consagrar formas de presentar observaciones u oponerse a los proyectos, aunque son muy limitadas.

Las concesiones eléctricas vieron modificado el procedimiento para su otorgamiento el año 2013, en un intento de agilizar la tramitación. Ya vimos que LGSE establece en su

artículo 2º, numerales 1 y 2, que se requieren concesiones para instalar centrales hidroeléctricas, líneas de transmisión, subestaciones eléctricas y para establecer, operar y explotar las instalaciones de servicio público de distribución. Estas actividades no son pacíficas con los habitantes de las zonas afectadas, y en ese sentido se debe considerar su opinión para otorgar las concesiones que las autorizan. Sin embargo, el procedimiento establecido por la Ley 20.701 considera un sistema de oposiciones y observaciones que se restringen a elementos formales o que tienen por objeto adecuar de mejor manera el tendido de las líneas por los predios afectados¹. Durante la tramitación de la Ley, se pretendió ampliar la posibilidad de oposición y observaciones, planteándose la exigencia de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT, si fuere pertinente, o que se abra la posibilidad de presentar en el procedimiento para otorgar la concesión elementos de protección a los intereses locales, como la defensa del medio ambiente o de actividades económicas como el turismo, lo que finalmente fue rechazado en Comisión Mixta, ya que se trataría de factores que se controlarían con posterioridad en sede del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental (Historia de la Ley N° 20.701: Procedimiento para otorgar concesiones eléctricas, 2013).

En el ámbito de las telecomunicaciones también es posible que terceros interesados se opongan al otorgamiento de una concesión de servicio público de telecomunicaciones. El Ministro de Transportes y Telecomunicaciones resolverá en primera instancia las oposiciones relativas a las solicitudes de otorgamiento o modificación de concesión, pudiendo apelarse de su resolución ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Lo problemático es que los terceros interesados que apelen la resolución del ministro pueden arriesgar a ser sancionados con altas multas en caso de que su oposición y que esta sea rechazada por la Corte (LGT, art. 15, inc. 6º). Además, este procedimiento fue considerado por el Tribunal Constitucional

¹ El artículo 27 ter de la LGSE, en sus incisos 4, 5 y 6 dispone que: “Las observaciones sólo podrán basarse en la errónea identificación del predio afectado por la concesión o del dueño del mismo, en el hecho de que la franja de seguridad abarque predios no declarados en la solicitud de concesión como afectados por la misma o en el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el artículo 25º.

Las oposiciones deberán fundarse en alguna de las circunstancias establecidas en los artículos 53º y 54º, debiéndose acompañar los antecedentes que las acrediten.

Las observaciones u oposiciones que presenten tanto los dueños de las propiedades afectadas u otros interesados que no cumplan con lo señalado en los incisos anteriores, en cuanto a las causales en que éstas deben fundarse y al plazo dentro del cual deben formularse, serán desechadas de plano por la Superintendencia.”

como el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a un funcionario administrativo (STC 176/1993, cons. 7), lo que da a entender que en su fallo no corresponderá incluir otras consideraciones de mérito que correspondan, sino únicamente resolver un conflicto entre solicitante y opositor.

En contraste a los procedimientos altamente reglados de la LGSE y la LGT, la LSG apenas consideró la regulación del procedimiento para otorgar concesiones, aunque durante la tramitación de la Ley 20.999 el Ejecutivo señaló que dicho cambio “actualiza el procedimiento de solicitud de una concesión, asimilándolo al procedimiento de concesión eléctrica” (Historia de la Ley N° 20.999: Modifica la Ley de Servicios de Gas y otras disposiciones que indica, pág. 105). El artículo 6° de la LGT se remite al reglamento para determinar los elementos que debe contener la solicitud de concesión, y el artículo 7° dispone la publicación del decreto que otorgue la concesión en el Diario Oficial. El Decreto 263 de 1995, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1995, aprueba reglamento sobre concesiones provisionales y definitivas para la distribución y el transporte de gas, se limita a regular las menciones que debe contener la solicitud de concesión, y la exigencia de un informe emitido por la SEC previo a la adjudicación de la concesión.

La LGSS, por su parte, también considera los mismos elementos: contenido de la solicitud de concesión, y mecanismos de publicidad que corresponden a publicaciones en el Diario Oficial en periódicos de circulación en la región en que se solicita la concesión. En este caso, las medidas de publicidad tienen por objeto abrir el procedimiento de otorgamiento de la concesión a otros concursantes, atendido en particular que las concesiones de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas tienen un carácter monopólico, ya que, conforme al artículo 10 de la LGSS, las concesiones de dichas categorías no se pueden superponer con otras de su misma clase. Entre los demás procedimientos, sólo la LGSE, en su art. 26, considera la posibilidad de realizar una licitación pública para asignar concesiones definitivas, las cuales en todo caso no constituyen monopolio (LGSE, art. 17). En la LSG (arts. 11 y 14) y LGT (art. 12) se considera derechamente la posibilidad de otorgar más de una concesión de servicio público en un mismo territorio, y no se consideran licitaciones públicas para otorgarlas.

La senadora Carolina Goic, durante la primera discusión en sala de la Ley 20.999 que reforma la LSG, criticó el limitado alcance de los cambios impuestos en este aspecto, señalando que “con este procedimiento, discrecional y no competitivo, se adjudican concesiones indefinidas sobre bienes nacionales de uso público para desarrollar una actividad económica que el mismo proyecto de ley reconoce como un mercado que presenta fallas persistentes” (Historia de la Ley N° 20.999: Modifica la Ley de Servicios de Gas y otras disposiciones que indica, 2017, pág. 323). Algunos actores durante el proceso legislativo señalaban que es factible la competencia en la materia y que la distribución de gas no se trataría de un monopolio natural, en tanto las concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de éste no otorgan derechos exclusivos, de acuerdo al art. 14 de la LSG, pero en los hechos no ha existido competencia en el mercado, dados los altos costos de establecer redes para la distribución de gas, lo que ha llevado a que no existan empresas que desafíen a los actores ya constituidos con concesión.

Finalmente, debemos analizar los criterios legales bajo los cuales se otorgan las concesiones, pues esto servirá para esclarecer en qué medida la exigencia de concesión se constituye realmente como un límite a la iniciativa privada. El concepto doctrinario de concesión que analizábamos anteriormente se construye a través de su regulación legal de un modo que busca extraer su otorgamiento de la esfera de las decisiones políticas de la autoridad. De esta manera no se tiene asidero en nuestro sistema la crítica a la exigencia de concesión que considera que se trata de una sujeción a la autoridad política, a pesar de que la forma que adquiere la concesión sea un Decreto Supremo de un Ministro “por orden del Presidente de la República”. En ese sentido el artículo 23°, inciso 2° de la LGSS establece el sistema más estricto al consagrar que “La autoridad normativa no podrá denegar discrecionalmente una concesión solicitada”. Además, el artículo 16° del mismo cuerpo legal señala que “cumpliendo las condiciones técnicas exigidas, ofrezca la menor tarifa por la prestación de los servicios, la que en todo caso, no deberá ser superior a la determinada por el Ministerio”, estableciendo como criterio adicional, cuando el interés general lo haga necesario, el plazo de puesta en explotación de los servicios ofrecidos por el solicitante.

La Ley General de Telecomunicaciones, establece un procedimiento que considera una revisión de la solicitud de concesión y de modificación de servicios públicos por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) que considerará el cumplimiento de los

requisitos formales y técnicos, legales y reglamentarios. Una vez que se consideren cumplidos tales requisitos, ya sea directamente o subsanadas las observaciones de la SUBTEL, se da espacio (aunque, como ya observábamos, limitado) a la oposición de interesados, las que serán ponderadas por la misma SUBTEL en un informe técnico, y resueltas por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones. Luego, el inciso 7º del artículo 15 señala que “el Ministro procederá a dictar el decreto, otorgando la concesión o modificación de la misma”.

En ambos casos, observamos que no se da espacio a una ponderación de oportunidad o de conveniencia que pueda ser discrecional (o con espacio a la discreción) para la autoridad. Dicha ponderación puede no ser útil si lo que se busca como objetivo es el establecimiento de la mayor cantidad de concesionarios posibles a modo de diversificar la oferta de servicios, pero es indudable que ese no es el único objetivo que considerar en la prestación de los servicios y sobre todo para la gestión de infraestructura. Por ejemplo, en el terreno de las telecomunicaciones ha surgido la preocupación por la saturación de antenas con los efectos que eso conlleva para el eficiente uso del espectro radioeléctrico, al provocar interferencias y eventuales efectos perjudiciales para la salud de las personas producto de la radiación, que motivó la reacción legislativa mediante la dictación de la Ley 20.599, que regula la instalación de antenas emisoras y transmisoras de servicios de telecomunicaciones.

b. La zona de servicio

La extensión de las áreas en las que se presta servicio es otra materia regulada por las leyes de servicio público, en primer lugar porque los servicios que estamos estudiando consideran un mandato de generalidad, según el cual los concesionarios deben prestar servicio a todos quienes se los soliciten dentro de su zona de concesión; en segundo lugar porque la zona de concesión y los trazados de las redes necesarias para dar servicio determinarán la constitución de servidumbres para tender dichas redes, así como el otorgamiento del derecho para usar bienes nacionales de uso público; y en tercer lugar, porque condicionan los procesos de licitación de las concesiones para otorgar servicios.

En nuestro país, esta decisión está en buena medida puesta a disposición de la libre iniciativa privada, ya que las empresas, en su solicitud de concesión señalaran el área en la que aspiran prestar sus servicios. Esto es problemático porque es una decisión que se tomará

con un criterio exclusivamente económico con relación a la cantidad de usuarios y sus expectativas de consumo, lo que provocará que aquellas áreas que presenten menores niveles de rentabilidad de la inversión verán impedido o retrasado su acceso a servicios que tienen un carácter esencial para los ciudadanos. De esta manera observamos cómo se genera un conflicto entre los intereses privados de las empresas que se hacen cargo de la prestación de los servicios y los intereses generales que el Estado debe promover.

De especial sensibilidad es esta materia para el sector sanitario, ya que es el único de los sectores en estudio que presenta un régimen de monopolio legal en la zona de concesión, en particular para los servicios de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas, razón por la cual el artículo 12° B de la LGSS otorga a la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) la facultad de ampliar los límites del área de servicio que respecto de la cual se solicita la concesión (de forma previa a su licitación), de modo de incorporar áreas intermedias o periféricas urbanizables para las cuales no sea recomendable otorgar una nueva concesión a su solo respecto. En tanto esta extensión de la zona de servicio podría ocasionar un desbalance de las expectativas económicas de la licitación, el solicitante de la concesión podrá desistirse de su solicitud. Una segunda herramienta con la que cuenta el sector sanitario para resguardar la universalidad de los servicios, establecida en el art. 23 de la LGSS, es la posibilidad de que la propia SISS convoque por su propia iniciativa a nuevas licitaciones para otorgar concesiones.

Por su parte, la LSG también considera un mecanismo para ampliar las redes de las empresas en el artículo 25 de dicho cuerpo legal. La Superintendencia de Electricidad y Combustibles podrá ordenar a las empresas de distribución de gas “la prolongación a sus expensas, de sus cañerías de baja presión, aun fuera de las zonas de servicio (...), para consumos de carácter permanente, si se garantiza efectivamente para cada una de dichas prolongaciones como mínimo anual de consumo durante los tres primeros años del valor del presupuesto de la instalación”, trasladando a su vez los costos de dicha prolongación a los interesados en la extensión. Antes de la dictación de la Ley 20.999, se consideraba además la facultad de la SEC para modificar cada diez años, mediante un acuerdo con la empresa

concesionaria, la zona de servicio². En la discusión legislativa de la Ley 20.999, que modifica la LSG, el Senador Carlos Montes se refería a este punto, criticando que las decisiones sobre expansión de las redes recaigan únicamente en las empresas. Señalaba que, al tomarse dicha decisión bajo criterios únicamente económicos, sin introducir elementos de equidad, la tendencia ha sido la de descremar el mercado, conectando únicamente a sectores de altos ingresos a la red de distribución de gas y desechando su expansión hacia zonas de viviendas sociales (Historia de la Ley N° 20.999: Modifica la Ley de Servicios de Gas y otras disposiciones que indica, 2017, pág. 520 y sgtes. y pág. 583).

En el sector eléctrico, la Ley 20.936, que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional, considera una importante innovación al regular la creación de planes de desarrollo estratégico para el sector energético. Esta planificación será dirigida fundamentalmente por el Ministerio de Energía, consagrando de forma más concreta la idea de que el gobierno asuma un rol creador de políticas públicas separado institucionalmente de la gestión, regulación y fiscalización de los sectores económicos. La planificación energética regulada en la LGSE considera la elaboración de un plan energético de largo plazo con un horizonte de al menos 30 años que considera la identificación de polos de generación eléctrica y una planificación del desarrollo del sistema de transmisión eléctrica, además de otros elementos, como la eficiencia energética y el desarrollo sustentable. Estos planes son definidos por el Ministerio de Energía en un proceso que cuenta con participación de la Comisión Nacional de Energía (CNE), Coordinador Eléctrico Nacional e instancias para los actores del sistema energético y la ciudadanía en general.

Junto a la planificación de largo plazo, una innovación relevante introducida en la Ley 20.936 es la figura de los planes de expansión anual de la transmisión destinados a definir las obras nuevas y de ampliación de los sistemas de transmisión que deberán licitarse cada año. Estos planes considerarán proyectos propuestos por el Coordinador y los que sean presentados por promotores ante el Coordinador o ante la CNE. La propia CNE será la

² El antiguo artículo 24, inc. Final de la LSG señalaba que “Las zonas de servicio a que se refieren los números 1 y 2, del presente artículo, podrán ser modificadas cada diez años, por acuerdo entre la Dirección [Dirección General de Servicios Eléctricos, antecedente de la SEC] y la Empresa respectiva.”

encargada de elaborar un informe técnico para la posterior definición del plan anual por el Ministerio de Energía, informe que podrá ser observado por participantes, usuarios e instituciones interesadas y respecto del cual se podrán presentar discrepancias ante el Panel de Expertos regulado en la LGSE.

La LGT, por su parte, considera como instrumento para fomentar una expansión controlada del sistema de telecomunicaciones la existencia del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, regulado en el Título IV de la LGT. Este fondo será administrado por un Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones que contará con presencia de diversos Ministerios y de profesionales de experiencia técnica y tendrá como objetivos el aumento de cobertura del servicio de telecomunicaciones en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos. El Consejo, con la asesoría de la SUBTEL, elaborará un programa anual de proyectos subsidiables o licitables, según las solicitudes realizadas ante la SUBTEL y las necesidades de telecomunicaciones que informen las municipalidades.

c. La concesión otorga el derecho a usar Bienes Nacionales de Uso Público y a imponer servidumbres legales

Cuando mencionamos la relevancia de la determinación de la zona de concesión, veíamos que entre ellas se encuentra que, dentro de esa área, y según los planos autorizados al momento de otorgarse la concesión, se podrá otorgar a los concesionarios el uso de Bienes Nacionales de Uso Público y el derecho a imponer servidumbres sobre los terrenos privados, con el fin de instalar la infraestructura necesaria para la provisión del servicio. Se trata de potestades exorbitantes de Derecho Público, que se caracterizan por suponer una relación jerarquizada entre el interés público que representa la empresa concesionaria y los derechos y expectativas de terceros.

En concreto, en las zonas en las cuales se obtenga concesión para operar los servicios, y respecto de las redes que proponga levantar, la concesión otorga el derecho a usar bienes nacionales de uso público, en tanto no se perjudique su objeto principal. Además, se podrán disponer terrenos a título gratuito para efectuar en ellos instalaciones eléctricas o de servicios sanitarios, sin sujetarse a las normas generales de disposición de los bienes que administra el Ministerio de Bienes Nacionales, lo que autoriza a que esos terrenos puedan ser aprovechados por los concesionarios sin limitaciones relativas a plazos.

Por otro lado, las concesiones otorgadas dan derecho a imponer servidumbres legales sobre predios privados para tender las redes del servicio. Así lo establecen el artículo 18 de la LGT, en el artículo 9 de la LGSS, el artículo 12 de la LSG y los artículos 14 y 16 de la LGSE. Estas leyes regulan de forma acuciosa el procedimiento para constituir las servidumbres, priorizando en un primer lugar que estas se constituyan por común acuerdo entre el concesionario y el tercero dueño del terreno por donde deberán pasar las instalaciones. En caso de no ser esto posible, las leyes establecen mecanismos ágiles que eviten el retraso en las obras necesarias para la explotación del servicio.

Estas potestades exorbitantes normalmente podrían entenderse en el ámbito de una relación entre administración y particulares, pero no es comprensible en un esquema de relación entre administrados: BRIONES (1934) explica que “Se derivan ellos de la calidad jurídica de representante de la Administración que adquiere el concesionario, por lo que, mediante esa ficción se subroga en los derechos que pertenecen al concedente” (pág. 36). Destaca en ese sentido el contenido del artículo 19 de la LGT, que, en los casos en que no se logre convenir entre las partes la servidumbre a la que se refiere el artículo 18, el Subsecretario de Telecomunicaciones podrá declarar el carácter imprescindible del servicio público de telecomunicaciones que se trata, estableciendo así una servidumbre legal, que se entenderá constituida de pleno derecho. El tercero afectado tendrá derecho a una indemnización, pero se acepta la posibilidad de ejercer el derecho que otorga la servidumbre con el solo pago de la indemnización que se declare de forma provisora, sin esperar a que esta se fije definitivamente en un procedimiento contencioso. Un sistema semejante se considera para las instalaciones de servicios de gas, en el artículo 22-D de la LSG; o en el artículo 67 de la LGSE, con relación a los servicios eléctricos sometidos a concesión, sólo que en estos casos la servidumbre provisoria será autorizada por el juez y no por la autoridad administrativa. Con el mismo objetivo, el art. 34 bis de la LGSE establece una norma que permitirá caucionar las resultas de un juicio sumario de interdicto posesorio para alzar las suspensiones a las obras. Esta forma de configurar las servidumbres nada tiene que envidiar al procedimiento establecido para la expropiación, que igualmente exige al menos el pago de una indemnización provisional para efectuar la toma material del bien expropiado.

Con todo, en la imposición de servidumbres se considera como principio el aprovechamiento de las instalaciones y servidumbres ya existentes, priorizándose el

aprovechamiento de los postes ya instalados, o a través de la consagración un mandato de colocación para las antenas propias de los servicios de telecomunicaciones que utilicen el espectro radioeléctrico, establecido en el art. 19 bis de la LGT.

d. Características del suministro

La zona de concesión también es relevante en tanto define el área en que rige el deber de generalidad o universalidad del servicio público: dentro de la zona de concesión, las empresas concesionarias estarán obligadas a dar suministro a todos quienes lo soliciten, o, respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones y de distribución de electricidad, a quienes, fuera de esta zona, se hagan cargo de su conexión a la red, ya sea mediante líneas propias o pagando el costo de las extensiones. Esta obligación consagra el deber de generalidad o universalidad con la que debe suministrar el servicio, que, en conjunto con el deber de uniformidad que se le exige a la prestación, representan un mandato de no discriminación en el suministro. Entrando de lleno en la caracterización de las prestaciones correspondientes al servicio público, podemos señalar que a la vez que uniforme, el servicio debe ser regular, mandato que ha sido entendido como la sujeción del servicio a reglas positivas preestablecidas (BERMÚDEZ SOTO, 2011, pág. 256), lo que a todas luces es algo bastante abstracto. VERGARA, concretizando su contenido en base al reglamento de la LGSE, afirma que se relaciona al cumplimiento de los estándares de calidad del servicio (VERGARA BLANCO, 2002, pág. 582).

Otro principio esencial que caracteriza las prestaciones de servicio público es la continuidad del servicio, junto a la regularidad han sido erigidos como los principios esenciales del servicio público (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 1977, pág. 499). El mandato de continuidad del servicio quiere decir que el servicio no puede interrumpirse, puesto que el interés público que lo justifica así lo exige. Este principio se ve reflejado ya a nivel constitucional cuando el artículo 19 N° 16 la CPR establece limitaciones al derecho a huelga a

las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

Analizando la normativa que resguarda la continuidad del servicio, observamos ciertas herramientas preventivas y otras represivas como mecanismos para impedir o repudiar su interrupción. Así, entre la normativa preventiva encontramos, por ejemplo, la exigencia de constitución de garantías de fiel cumplimiento del contrato para las concesiones de servicios sanitarios establecida en el artículo 20° de la LGSS, o la limitación a las transferencias a cualquier título de la concesión, al requerirse una autorización para perfeccionar cualquier acto jurídico mediante el cual se transfiera el dominio o el derecho de explotación de una concesión, establecida en el artículo 47 de la LGSE.

En el sector de los servicios de gas y eléctrico, se regula la afectación de los bienes a la concesión: se establece una serie de disposiciones para resguardar la unidad entre la concesión y los bienes de ésta, de modo que en los casos en que el concesionario no puede seguir operando el servicio, tanto concesión como los bienes correspondientes se transmitan a un tercero que tendrá la posibilidad de explotar el servicio.

A su vez, el establecimiento de privilegios procesales, o la generación de sistemas especiales de solución de controversias son también métodos utilizados para resguardar la continuidad del servicio. Dentro de esta categoría encontramos la norma del artículo 7° bis de la LGSS que declara los bienes afectos a las concesiones de servicio público sanitario como inembargables.

En la faz represiva, podemos encontrar disposiciones propias del Estado de Policía, entre las cuales destacamos el nombramiento de un administrador provisional en el caso de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, entre las cuales se encuentra la interrupción del suministro. En segundo lugar, se establecen reducciones de los cobros por servicios en caso de interrupciones, lo que muestra un aspecto de reproche hacia el concesionario a la vez que se busca proteger al usuario del servicio. Otras medidas que se revisten un cariz represivo por antonomasia son las multas que en las distintas áreas se imponen a las concesionarias que no resguarden como corresponde la continuidad del servicio, destacándose la facultad que otorga el artículo 45 de la LSG para compeler al concesionario a la reposición del servicio mediante la imposición de multas, si se hubiere interrumpido por un hecho imputable a las empresas. Finalmente, la normativa reguladora de los servicios públicos establece diversos delitos cuyo bien jurídico protegido es la

continuidad del servicio, como puede ser el delito de interrupción maliciosa del servicio establecido en el artículo 36 B de la LGT para el caso de los servicios de telecomunicaciones, en el artículo 213 de la LGSE, para los servicios eléctricos.

El servicio público también se encuentra mediado por un principio de adaptabilidad al progreso, en el sentido que el servicio debe ajustarse a las necesidades reales y actuales de los ciudadanos a quienes se encuentran dirigidos. En esa línea las prestaciones a las que se encuentran obligadas las empresas concesionarias podrán cambiar en la medida que las necesidades sociales que están destinadas a atender así lo exijan. En el ámbito de las telecomunicaciones la mutabilidad se ha presentado especialmente, dados los avances tecnológicos que han revolucionado el sector: ya no se pretende conectar a los usuarios a través de una línea telefónica alámbrica y análoga, las conexiones actuales se basan en la transferencia de datos, y hacia allá ha debido avanzar el desarrollo del sector. En nuestro derecho positivo, este principio de mutabilidad o adaptación al progreso se ve reflejado en que la regulación de los estándares de calidad y de seguridad de los servicios se establecen mediante reglamentos que podrán ser ajustados por los entes normativos o ministerios reguladores de la actividad de servicio público. Con todo, esta facultad de la Administración para ajustar las obligaciones del concesionario en atención a los progresos técnicos observados en los sectores en que se desempeñan tiene como límite la necesidad de resguardar el equilibrio económico de la concesión, y es por eso por lo que en caso de que se proceda a adaptar el estándar del servicio, podría corresponder realizar una revisión de las tarifas fijadas. La LGSS y LGT lo reconocen así de forma expresa en sus artículos 36 bis y 24, inciso final, respectivamente. La LGSE, por su parte, se limita a ser particularmente acuciosa para regular en su artículo 72-19 un procedimiento participativo para la modificación o instauración de las normas técnicas que regirán el funcionamiento del sistema eléctrico.

Finalmente, como principio caracterizador del servicio público encontramos la permanencia, que también se encuentra ligado a la idea de la evolución en el proceso técnico, pero que en este caso se refiere en concreto a un mandato al legislador en el sentido de que mientras subsista la necesidad pública que es atendida por el servicio, éste último igualmente habrá de permanecer.

e. La explotación del servicio

A la vez que reglamenta el suministro o prestación del servicio, la normativa sectorial regula la explotación del servicio en términos más generales, ocupándose ya no de la relación entre el usuario y el prestador, sino del funcionamiento del servicio mismo. En ese sentido, los concesionarios adquieren una verdadera obligación de explotar el servicio, puesto que no se trata de una actividad meramente privada que el empresario pueda abandonar, siendo una obligación que se relaciona directamente con el principio de continuidad en la prestación del servicio a los usuarios.

Esta obligación se encuentra vigente desde que la empresa adquiere la concesión para prestar el servicio, antes de la puesta en operación de las instalaciones. Debido a ello, en los distintos sectores, se establece la posibilidad de declararse la caducidad de la concesión en el caso de que no se hayan iniciado las obras necesarias para la provisión, o si estas presentaren retrasos significativos (LSG, art. 18; LGSS, art. 24; LGT, art. 36 i); LGSE, art. 39).

A su vez, la explotación del servicio debe hacerse conforme a los estándares de calidad fijados por las normas técnicas. La Administración, a través de los diversos entes normativos correspondientes a los servicios (SEC, SISS, SUBTEL) se hará cargo de dictar dicha normativa técnica que fije las normas de calidad del servicio y sus estándares mínimos mediante reglamentos sectoriales (LGT, art. 24; LGSE, art. 130; LSG, art. 41; LGSS, art. 36 bis).

Corresponderá a la Administración controlar que la explotación del servicio se dé en estricto cumplimiento de dichas normas técnicas, razón por la cual se le otorga a los entes normativos estatales la facultad de fiscalizar e inspeccionar las instalaciones del concesionario. En ciertos casos, la fiscalización deberá realizarse de forma previa a la puesta en marcha de las instalaciones (LGT, art. 24 A; LSG, art. 43), de modo que la Administración pueda cerciorarse que las obras han sido ejecutadas conforme a los planes presentados al momento de solicitar la respectiva concesión. También, las normativas sectoriales autorizan a los respectivos entes reguladores a solicitar información a los concesionarios para el cumplimiento de sus funciones, la que no puede ser negada por estos.

Para controlar la correcta explotación del servicio, se les otorga a los organismos especializados una potestad sancionadora, en virtud de la cual se puede imponer el pago de

multas que consideran algunos tipos específicos relacionados a obligaciones legales determinadas, pero también se consigna el uso de la potestad sancionatoria para castigar el no acatamiento por parte de los prestadores de las ordenes e instrucciones de los mentados organismos especializados. También, ante fallas o interrupciones del servicio, se establece la obligación de compensar a los clientes o consumidores afectados (en ese sentido LSG, art. 45; LGT, art. 27; LGSE, art. 72-20). En el ámbito sanitario, en el art. 35 de la LGSS, se faculta a la SISS para que ordene a las concesionarias la suscripción de los contratos necesarios para evitar las interrupciones o restricciones del servicio, facultad que puede ejercer tanto si la interrupción se debe o no a fuerza mayor, aunque en este último caso, corresponderá que se fijen nuevas tarifas para mantener el equilibrio económico de la concesión.

Una explotación en extremo deficiente del servicio autorizará a la entidad reguladora del sector a tomar las medidas a expensas del concesionario para asegurarlo provisionalmente, medidas entre las cuales destaca el nombramiento de un administrador provisional, establecido en el art. 44 de la LSG. Este incumplimiento grave, a su vez, corresponde a una causal para que se proceda a la declaración de la caducidad de la concesión, caso en que se procederá a continuación a realizarse una nueva licitación de la concesión caducada.

De esta manera, durante la explotación del servicio por parte del concesionario, la Administración se sitúa con un rol de fiscalización y control del servicio, que no debe ser confundido con el rol que en virtud de consideraciones de función de policía se ejerce sobre la actividad privada en general, ya que en el área de los servicios públicos existe un control más intenso y amplio, por tratarse de una actividad sometida a un régimen de derecho público, que tiene como título habilitante la ley y que se justifica en que se trata de una actividad sujeta a la necesidad de concesión.

La doctrina ha señalado que el desarrollo de la actividad se debe realizar por cuenta y riesgo del concesionario (LETELIER TORO & GOMEZ-LOBO COLLADO, 2003, págs. 149-150), en tanto actúa con un interés de tipo pecuniario y no por un objetivo de bien común, pero, de no cumplirse sus expectativas, el mismo concesionario deberá responder por su déficit. Esto no es del todo pacífico, en tanto ha sido necesario otorgar amplias garantías y

llevar a cabo iniciativas de fomento³ a los privados de modo de incentivar su inversión considerando las cargas públicas que conlleva la actividad de servicio público. Contrasta con este mandato respecto de la imposición del riesgo a la empresa concesionaria la cláusula de responsabilidad de la administración por los perjuicios emanados de la fijación de tarifas que se considera en los servicios sometidos a un régimen no libre de precios.

f. Régimen tarifario de los servicios públicos

El régimen de precios o tarifas es un elemento esencial por considerar en la evaluación y construcción de un modelo de servicio público, y respecto de la cual emergen múltiples diferencias entre los distintos actores presentes en el sistema. Se trata de un tema especialmente sensible para los privados que se integran a la prestación del servicio puesto que de éste dependerá en buena medida el cumplimiento de las expectativas económicas que justifican su inversión y actividad en el sector.

Existen divergencias entre la doctrina tradicional y las nuevas tendencias respecto a la fijación de tarifas en las actividades de servicio público. En la concepción clásica, las prestaciones deben estar sometidas a control tarifario, o incluso a una obligación de prestación gratuita de la actividad con cargo a los fondos generales del Estado, justificada en el carácter de interés general que justifica la propia declaración de una actividad como servicio público. Por su parte, los modelos que buscan potenciar la iniciativa empresarial privada para la prestación de estos servicios bajo un régimen de competencia consideran que no debe existir control de precios, sino que este debe ser fijado libre y discrecionalmente por los prestadores, bajo la única presión de las reglas del mercado y de la competencia.

Existen planteamientos que se oponen *a priori* al establecimiento de servicios públicos sometidos a gratuidad, planteando que el financiamiento del servicio debe cargarse a los mismos usuarios, o del caso contrario, si se financiaran con presupuesto de la nación, se estaría incurriendo implícitamente en el establecimiento de subsidios indirectos hacia los usuarios por parte de quienes no utilizan con la misma intensidad el servicio. Consideramos que del carácter de generalidad y no discriminación en la prestación del servicio es posible justificar la gratuidad del servicio, en tanto la imposición de una tarifa, por mínima que sea,

³ En esta línea destaca el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones establecido en el Título IV de la LGT.

se configurará como un límite a ciertos sectores para el acceso al suministro. Respecto de la gratuidad en la prestación de servicios públicos en red, podemos encontrar como único pronunciamiento lo establecido en el artículo 56 de la LGSS, que establece que “no existirá gratuidad para la prestación de los servicios, salvo las otorgadas por las concesionarias o usuarios, sin distinción o discriminación alguna y a sus expensas”.

Continuando con una revisión general de las perspectivas dogmáticas respecto de la imposición de tarifas, la doctrina tradicional le ha atribuido un carácter de precio o contraprestación por el servicio, que debe tener como referencia el coste real y total de la prestación del servicio (ARIÑO ORTÍZ, 2003, pág. 566), rechazando incluir en ella otros intereses económicos generales del Estado. A la vez, se plantea que, en caso de considerarse la participación de privados en la actividad de servicio público, debe considerarse en la fijación de la tarifa el establecimiento de una tasa de ganancia razonable para el concesionario, configurándose un verdadero derecho a la tarifa (LETÉLIER TORO & GOMEZ-LOBO COLLADO, 2003, págs. 153-154). Se plantea en definitiva que las tarifas deben asegurar el equilibrio económico de la concesión.

Luego, podemos encontrar dentro de la doctrina planteamientos que abogan por la libertad tarifaria como norma general, por no ser eficiente económica y técnicamente la fijación de tarifas en tanto no es posible que la autoridad sea capaz de ponderar de mejor manera que el concesionario los costos que se debe considerar para la prestación del servicio. Además, se alega que existe una tendencia de la burocracia estatal a introducir factores políticos en el establecimiento de la tarifa que son ajenos al servicio mismo. Esos mismos planteamientos consideran que se debe evaluar únicamente que el precio resultante para la prestación de servicios universales sea asequible, finalidad que, para materializarse será posible utilizar otras vías, como el otorgamiento de subsidios directos y focalizados presentes en el ámbito sanitario, establecido en la Ley 18.778, que establece subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas. En una línea similar, hay quienes justifican la tarificación únicamente en la existencia de fallas de mercados que puedan observarse en la prestación del servicio. Señala que especialmente en materias sensibles como las actividades de servicio público, éstas pueden distorsionar el funcionamiento de la dinámica de mercado provocando ineficiencias en la determinación de los precios por los propios agentes y justificando su fijación por la autoridad. Como veremos, esta es la opción

que adopta el legislador para el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones (LGT, art. 29), para ciertos servicios no consistentes en suministro de energía en el sector eléctrico (LGSE, art. 147 N° 4) y hasta la reforma de la Ley 20.999, en los servicios de gas, casos en los cuales se exige un informe del TDLC para determinar las fallas de mercado como antecedentes para proceder a la fijación de tarifas.⁴

Un segundo elemento relativo a la fijación de precios que es necesario discutir es el nivel en que dicha fijación se realiza, en tanto existe quien considera que la única opción que permite respetar los mandatos de no discriminación en el acceso al servicio es el establecimiento de precios fijados a nivel nacional. En ese sentido, podemos citar la intervención del Senador Ricardo Hormazábal durante la tramitación de la Ley 19.549, que modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios, quien hacía referencia a los precios regionales vigentes en esos momentos, reclamando por el establecimiento de una regulación nacional de las tarifas de sanitarias:

(...) los chilenos que viven en la Primera Región deben pagar 393,5 pesos por metro cúbico de agua; en la Cuarta Región de Coquimbo, que represento en el Senado, 212,7 pesos; en Santiago, 142,9 pesos, y en la Sexta Región, 135 pesos. ¿Por qué el chileno que habita y hace patria en apartados rincones del norte del país debe pagar por el metro cúbico de agua una cifra que excede tres o cuatro veces el valor que otro chileno cancela en otra parte? (Historia de la Ley N° 19.549: Modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios, 1998, pág. 179).

Por el contrario, la decisión de regular a nivel nacional implica establecer necesariamente subsidios cruzados en el sistema, en tanto existirán regiones donde el costo medio del servicio será menor debido a factores territoriales, de economía de escala o densidad, entre otros. Con todo, se trata de una discusión que no se debe limitar a un nivel técnico, donde la determinación de costos del servicio esconde las distintas opciones regulatorias existentes. El principio de uniformidad en el acceso a los servicios por parte de los ciudadanos se

⁴ El antiguo art. 31 de la LSG, señalaba que el procedimiento debía iniciarse con una resolución de la Comisión Resolutiva, hoy TDLC, en la que solicite al Ministerio de Energía la fijación de tarifas, siendo la existencia de una rentabilidad monopólica un requisito necesario pero no suficiente para emitir dicha resolución.

conflictúa con una regulación de precios que considere la escala más local de provisión del servicio.

Entrando ya al análisis concreto de la normativa relativa a los servicios que estamos estudiando, una primera observación es que, si bien se difiere en los distintos sectores respecto de la fijación tarifaria o su libertad, en todos los sectores podemos encontrar al menos ciertos elementos mínimos de regulación tarifaria. Así, en los sectores de servicios de gas y respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones se dispone como principio la libre fijación tarifaria en los artículos 30 de la LGS y 29 de la LGT, respectivamente. En contraste, los servicios sanitarios y de electricidad consideran precios regulados por la prestación del servicio.

Estas definiciones normativas no son absolutas, en tanto que, en los sectores de distribución de gas, y telecomunicaciones, se establece la posibilidad de fijar precios: hasta la dictación de la Ley 20.999, en ambos casos la justificación de dicha medida era la observación de condiciones de competencia deficientes en el mercado. Por su parte, en el área de servicios sanitarios, de gas y eléctricos también se consagra una excepción al régimen general de fijación de precios en el caso de clientes grandes consumidores, por considerarse que se generan condiciones que permiten una negociación contractual entre la empresa proveedora del servicio en condiciones de relativa igualdad, que no se presenta respecto a la generalidad de los clientes residenciales.

Así, el antiguo artículo 31 de la LSG autorizaba al TDLC para que solicite al Ministerio de Energía la fijación de tarifas de suministro de gas para pequeños consumidores, siempre y cuando en una zona de servicio determinada los ingresos de explotación anuales superen un cierto nivel de rentabilidad legalmente determinado. Sin embargo, el procedimiento no se justificaba únicamente en las tarifas excesivas, sino que este se considera un indicio de que no existe suficiente presión competitiva en el mercado. De hecho, el TDLC podía poner término a la fijación tarifaria en cualquier momento si las condiciones o regulaciones del mercado fueran suficientes para volver a asegurar un régimen de libre competencia. Cabe consignar que este procedimiento jamás fue aplicado, en tanto se nunca se dictaron los Decretos con Fuerza de Ley considerados por la Ley 18.856 para que

establezca(n) las bases, normas, procedimientos de cálculo y período de vigencia a que deberán ajustarse (...) las tarifas y la tasa de costo anual de capital que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción deba fijar de acuerdo a lo señalado en los artículos 31° y 32°.

El TDLC, solicitado para que emita la resolución que exige el artículo 31° señaló que “Como consecuencia de no haberse ejercido la referida potestad legislativa delegada, el marco jurídico aplicable al chequeo de rentabilidad y la determinación de la tasa de costo anual de capital es insuficiente y adolece de vacíos normativos” (Informe 12-2015, sobre solicitud respecto de las tarifas de Metrogas S.A., 2015, cons. 6.11), resolviendo por tanto que no era posible realizar los cálculos exigidos para la aplicación de la facultad dispuesta en el artículo 31° de la LSG, ni proceder a realizar un análisis de las condiciones de competencia del pertinente mercado relevante.

La ley 20.999 tuvo como principal objetivo resolver estos vacíos normativos, junto a modernizar la regulación del sector de distribución del gas natural. En ese sentido, fijó procedimientos de cálculo de la Tasa de Costo de Capital, de la Tasa de Rentabilidad Económica, entre otras regulaciones necesarias para hacer operativo el sistema de fijación de tarifas. Sin embargo, no solamente se hizo cargo de los vacíos antedichos, sino que también modificó el procedimiento y los actores que participarán en la fijación tarifaria: se excluye al TDLC del proceso, que ahora quedará a cargo de la Comisión Nacional de Energía. Este órgano, según lo establecido en el artículo 31 de la LSG, una vez que verifique el exceso de rentabilidad deberá fijar tarifas provisionales y dar inicio al procedimiento de fijación de tarifas definitivas. Cualquier reclamación que tengan las empresas concesionarias u otros participantes del proceso, podrán interponerlas ante el Panel de Expertos regulado en el ámbito eléctrico, cuya competencia la ley 20.999 en comento amplía al servicio público de gas. Con todo, el TDLC sigue teniendo competencia para declarar el fin de la fijación tarifaria en el caso en que la presión competitiva que imponen los sustitutos en el mercado relevante sea apta para evitar que la empresa concesionaria obtenga rentas excesivas, pudiendo en todo caso dicho tribunal establecer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas destinadas a asegurar condiciones de competencia.

Otra innovación que incluye dicha ley es que el precio del servicio se regula a través de una tarifa garantizada, que implica que todos los consumidores sujetos a ella tendrán siempre derecho a recibir los tipos de servicios de gas y afines por parte de la concesionaria, sin que esta pueda negar dicha tarifa al consumidor que lo solicite, pero no impedirá que la empresa concesionaria de gas ofrezca otros servicios distintos a los regulados, de acuerdo a lo establecido en el art. 38 de la LSG.

Cabe señalar finalmente que el artículo 34° de la LSG establece una excepción territorial a la norma de libre fijación de las tarifas para la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, señalando que se fijarán sus tarifas conforme al mismo procedimiento que se establece en la Ley para el caso en que se verifique el exceso de rentabilidad. Lo curioso es que entre el año 1990 y la entrada en vigor de la ley 20.999 se utilizó en la materia el procedimiento que el TDLC calificó como insuficiente.

Por su parte, en el sector de Telecomunicaciones, de acuerdo al artículo 29° de la LGT, el mismo TDLC podrá calificar expresamente los servicios de públicos telefónicos local y de larga distancia internacional (se excluye expresamente la telefonía móvil) y ciertos servicios intermedios como carentes de condiciones para garantizar un régimen de libertad tarifaria, correspondiéndole a los Ministerios de Transporte y Telecomunicaciones, y de Economía, Fomento y Reconstrucción la fijación de la estructura, nivel y mecanismos de indexación de tarifas de acuerdo a los artículos 30° a 30° K de la LGT. La fijación de precios se realizará en base a un modelo de empresa eficiente que solamente opere los servicios sujetos a fijación, para determinar los costos de inversión y explotación de la empresa, incluyendo los de capital. Respecto de la aplicación de estas disposiciones, el organismo de tutela de la libre competencia ha observado desde el año 2003 la posibilidad de reducir progresivamente las regulaciones tarifarias a las que se somete el sector de Telecomunicaciones, manteniéndose aún restricciones en Telefonía Local (Informe 2-2009, sobre régimen tarifario de servicios de telefonía fija, 2009) y otros servicios intermedios.

En el sector de los servicios sanitarios, las tarifas se fijan en el marco del proceso de licitación mediante el cual se otorgan las concesiones necesarias para prestar el servicio. El artículo 18° establece que el decreto de otorgamiento de la concesión considerará “6. El nivel tarifario de adjudicación de la concesión”. La concesión se otorgará al solicitante que ofrezca

la menor tarifa por la prestación de los servicios, dentro de los marcos dispuestos por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En el caso en que no haya ofertas que sean menores al precio máximo fijado por el Ministerio, y que los solicitantes no reconsideren su oferta, se convocará a la comisión de expertos que considera el Decreto con Fuerza de Ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que es aquel que rige la determinación del monto máximo. La ley establece diversas disposiciones que autorizan a realizar una modificación de las tarifas concedidas, como respuesta a cambios en el equilibrio económico de la concesión, por ejemplo, en caso de que se exija a un prestador la ampliación de su concesión de acuerdo con lo establecido en el artículo 33° A, modificación que exige que sus efectos en las tarifas de servicio sean considerados oportuna y adecuadamente, de la forma establecida en el artículo 33° B. En la misma línea, el artículo 58 de la LGSS dispone que

la entidad normativa podrá ordenar al prestador modificar su programa de desarrollo, cuando existan razones fundadas de cambios importantes en los supuestos en base a los cuales éste fue determinado. En todo caso, dicha modificación no podrá representar daño emergente para el prestador.

Esta preocupación por el equilibrio económico de los concesionarios se manifiesta también en otras disposiciones de la LGSS. Esta ley faculta a la SISS a realizar diversas adaptaciones al régimen de explotación de los servicios públicos sanitarios, pero en cada caso se releva la necesidad de revisar las tarifas

El artículo 147° de la LGSE establece cuáles serán los servicios sujetos a fijación de tarifas en materia eléctrica, que serán principalmente los suministros destinados a usuarios finales pequeños consumidores (que tengan potencia conectada inferior o igual a 5000 KW), y aquellos que se presten a las empresas no generadoras, en el porcentaje que destinen a usuarios finales con potencia inferior o igual a 5.000 KW. Además, se podrá someter a fijación de precio a servicios no consistentes en suministro de energía mediante resolución del TDLC, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, facultad que, por ejemplo, se hizo efectiva respecto del servicio de reprogramación de medidores eléctricos en el año 2008 (Informe 01-2008, sobre solicitud para que se califique como sujeto a fijación de precios el servicio de reprogramación de medidores eléctricos, 2008).

En contraste, los grandes clientes de energía eléctrica no están sujetos a mecanismo alguno de fijación de precios, puesto que tienen una capacidad negociadora respecto de las empresas que les permiten contratar el suministro incluso de forma directa con las empresas generadoras de energía, en condiciones de llegar a un acuerdo razonable. Situación análoga observamos, como ya señalábamos anteriormente, respecto de los clientes grandes consumidores de servicios sanitarios, que son aquellos cuyo consumo se ubique dentro del 15% de los mayores consumos facturados por el prestador correspondiente, y también respecto a los consumidores de gas industriales con consumo superior a 5.000 gigajoules y aquellos que tengan entre 2.000 y 5.000 y que opten por una tarifa libre. En los servicios eléctricos, de gas y sanitarios se establecen regímenes especiales que permiten a los clientes libres o grandes consumidores negociar los precios de su consumo por contratos directos con el generador eléctrico, distribuidor de gas o el concesionario de producción de agua potable y el de tratamiento de aguas servidas. A su vez, se establece la posibilidad de realizar conexiones directas, a modo de evitar los pagos a los intermediarios como son los concesionarios de transporte y distribución en el caso del sector eléctrico, y de distribución y recolección para los servicios sanitarios.

Un principio general en el ámbito de la regulación tarifaria es que las tarifas que se fijan deben permitir la sustentabilidad de la empresa en el largo plazo, aquello es necesario para cumplir con la exigencia general de continuidad del servicio, así como también para atraer inversión privada a dichos sectores, y para recompensar dicha inversión privada. En ese sentido, la fijación de precios es una materia tremendamente sensible y de una gran complejidad técnica, respecto de la cual se han determinado procedimientos reglados de forma muy precisa para evitar la injerencia de consideraciones políticas en la materia. Se señalan y definen a nivel legal los elementos que se deben tomar en consideración durante la fijación de tarifas, se exige que ciertos estudios de costos sean licitados para ser realizados por consultoras privadas y no por la autoridad, y en el ámbito eléctrico incluso se establece la responsabilidad del regulador en caso de perjuicios emanados de la fijación de tarifas, de acuerdo con el artículo 153 de la LGSE.⁵ Con todo, estas consideraciones riñen con la idea

⁵ Una cláusula similar se contemplaba en el antiguo art. 35 de la LSG, que señalaba que “En caso de que la empresa concesionaria considere que las tarifas fijadas por la autoridad causan perjuicio a sus legítimos

de que la explotación del servicio se realiza por cuenta y riesgo de la empresa concesionaria, en tanto en los sectores de gas (LSG, art. 32, inc. 7°) y electricidad (LGSE, art. 152, inc. 2°) también se observa que se garantizan ciertas rentabilidades. Aquello fue objeto de gran debate durante el proceso legislativo que culminó con la Ley 20.999: respecto de la cláusula del artículo 32, inciso 7° de la LSG que señala que “En todo caso, la tasa de costo anual de capital no podrá ser inferior al seis por ciento” se presentaron indicaciones para su supresión, lo que fue aprobado en la Cámara de Diputados contrariando la opinión del Ejecutivo, para luego ser repuesta en el Senado. La entonces diputada Provoste, durante la tramitación del proyecto en la Comisión de Minería y Energía señaló que

(...) no ha habido ninguna discusión desde el punto de vista económico, porque lo que hubo fue un acuerdo entre las empresas de gas y el gobierno militar de esa época, para garantizarles un piso que se definió fuera de un 6 por ciento, algo que necesariamente debe ser discutido en este proyecto de ley (Historia de la Ley N° 20.999: Modifica la Ley de Servicios de Gas y otras disposiciones que indica, 2017, pág. 132).

g. Temporalidad de la concesión

En los modelos teóricos de las concesiones, éstas deben tener un carácter temporal, puesto que, como señala ARIÑO (2003) al analizar el aspecto de temporalidad en el régimen jurídico tradicional del servicio público

(...) en cualquier caso la gestión de un servicio público no puede ser perpetua, pues ello supondría una transmisión de la plena propiedad del dominio público o de la titularidad del servicio público que constituye una competencia pública y es intransferible (pág. 571).

Posteriormente sostiene que esta temporalidad emana únicamente del régimen jurídico que emana de la *publicatio* (ARIÑO ORTÍZ, 2003, pág. 622), sin embargo, igual sería conveniente desde una perspectiva de mercado y competencia en los sectores de monopolio

derechos, podrá recurrir ante la Justicia Ordinaria reclamando la indemnización correspondiente, sin perjuicio de los demás recursos que le franquea la ley.”

natural, puesto que permite la existencia de competencia para la instalación de redes allí donde ésta no sea posible mediante la instalación de una multiplicidad de redes.

Sin embargo, nuestra legislación no valida tal reflexión al decretar que las concesiones en los sectores de distribución y transporte de gas, de las distintas áreas de servicio de provisión eléctrica y para las concesiones sanitarias se otorgarán por un plazo indefinido, excluyéndose únicamente de esta concepción las concesiones de servicio público de telecomunicaciones, las que durarán 30 años y serán renovables por igual periodo (LGT, art.8).

El carácter indefinido de la concesión se consagra con la intención de promover la inversión en el sector, puesto que de esta manera se asegura la propiedad sobre las mejoras que se realicen con ocasión de la concesión, sin embargo lo consideramos una garantía excesiva y contraria en primer lugar a la titularidad estatal por un lado, pero también a los fines de instaurar competencia del sector, que se han buscado con las sucesivas reformas a los servicios públicos, y que también deberían servir para fortalecer la inversión.

En este aspecto podemos hacer un paralelo con la concesión de obra pública, que ha sido definido como

(...) un contrato administrativo (...) celebrado entre el Estado y un tercero particular (...) donde este se obliga a realizar una obra a su cuenta y riesgo cuyo pago no será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados (usuarios de la obra) durante el tiempo que dure la explotación de la misma obra por parte del Concesionario (PONCE DE LEÓN SALUCCI, 2013, pág. 121).

Nuestro país vivió una tremenda expansión de su infraestructura a través de grandes inversiones de privados a los que se le convocó a través de esta técnica administrativa, aunque en ocasiones tales contratos igualmente necesitaron la imposición de garantías exorbitantes a favor del concesionario⁶. De todas maneras, al tratarse de concesiones sobre bienes nacionales de uso público, el establecimiento de un plazo de concesión es esencial, puesto

⁶ A modo de ejemplo, en la concesión correspondiente a la Ruta 68 (Interconexión vial Santiago – Valparaíso – Viña del Mar) las bases de licitación establecen la posibilidad de instaurar una suma de ingresos mínimos garantizados por el Estado.

que de otra manera importaría en la práctica la constitución de una cuasi propiedad sobre bienes que son inapropiables. En esa misma línea, consideramos que es contrario a la naturaleza del servicio público el otorgamiento de concesiones a plazo indefinido y que como garantía a la iniciativa privada se presenta alejada de toda proporcionalidad aceptable.

h. La caducidad de la concesión

El término de la concesión por caducidad se originará por el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario durante la explotación del servicio, pero también puede ocurrir antes de que esto se compruebe, ya sea por no llevar a cabo ciertas formalidades que se exigen, como es la reducción a escritura pública del decreto de la concesión, o por observarse severos retrasos en las obras planificadas y consideradas al momento de otorgar la concesión. El artículo 24 de la LGSS agrega que también se podrá declarar la caducidad antes de la puesta en explotación del servicio si es que no se da cumplimiento a lo establecido en los artículos 63 y 65 del mismo cuerpo legal, que imponen restricciones respecto de la concentración del control de servicios públicos, ya sea sanitarios u otros.

Respecto de las obligaciones cuyo incumplimiento grave durante la explotación del servicio conllevará la caducidad de la conexión, podemos señalar que se refiere a incumplimientos relacionados con la continuidad del servicio, como adelantábamos, y con la obligación de regularidad, es decir, el incumplimiento de las normas técnicas y de calidad del servicio. También justificará la imposición de esta sanción la no observancia de las limitaciones para transferir la propiedad o derecho de explotación de la concesión. El caso más claro de incumplimiento grave lo encontramos en aquellos casos en que tras tres meses de administración provisional, el concesionario no retoma el servicio, asegurando su buen funcionamiento (LSG, art. 44, inc. 4º; LGSE, art. 146; LGT, art. 28). A la vez, en sentido contrario, si es que se declara la caducidad del servicio durante su explotación, corresponderá que se establezca un administrador provisional.

La caducidad opera a la vez que como una manera de poner término a la concesión, como una sanción al concesionario que no es diligente para la explotación del servicio. Esto puede ser muy bien ilustrado por la disposición del artículo 36 de la LGT, que indica las sanciones generales a aplicar si es que la infracción a los deberes del concesionario no señala

explícitamente una; el N° 4 de dicho artículo regula las condiciones en las cuales se aplicará la máxima sanción concebible en la LGT: la caducidad de la concesión o permiso.

La declaración de la caducidad de la concesión permite que se expropian los bienes de la concesión, en el esquema de LSG, para su posterior licitación; o en el caso de la LGSS y LGSE, se procederá a su directamente licitación, en conjunto con sus bienes afectos.

Como sanciones adicionales, en el caso de la LGSS se ejecutarán las garantías de fiel cumplimiento de contrato, y en el caso de la LGT se establecerá una prohibición por cinco años para acceder a nuevas concesiones.

Además de la caducidad de la concesión, no observamos que se regulen otras formas de poner término a la concesión, con excepción del cumplimiento del plazo para las concesiones de la LGT

i. El rol de la Administración

Bajo la normativa establecida a fines de la dictadura militar se redujo el rol de la Administración a la regulación de los distintos servicios públicos, al separarse en todos los sectores en comento la gestión, explotación y prestación del servicio del rol normativo al que se relegó al Estado. Los órganos estatales que intervenían en los sectores de servicio público lo hacían como entes normativos, como llama explícitamente el artículo 2° de la LGSS a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, sucesora legal de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Obras Sanitarias, que hasta 1990 se hizo cargo a través de sus oficinas regionales de prestar los servicios públicos sanitarios de producción y distribución de agua potable, y recolección y tratamiento de aguas servidas.

La Ley de Servicios de Gas, por su parte, establece que el Estado tiene una labor de control y supervigilancia que se ejercerá por medio de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, roles que se ejercerán durante la construcción y explotación del servicio. Autorizará la entrada en funcionamiento de las nuevas instalaciones, velando por que cumplan toda la normativa técnica. Para cerciorarse de ello, puede inspeccionar en cualquier momento las instalaciones, estando obligado los dueños de los predios por donde pasen las redes a autorizar la entrada de inspectores.

El mismo organismo también supervisa el desarrollo del sector eléctrico, razón por la cual deberá velar por el correcto funcionamiento del sector eléctrico.

La SUBTEL, el órgano normativo del área de las Telecomunicaciones guarda un carácter especial, toda vez que, a diferencia de los demás organismos, corresponde a un órgano de gobierno, alejándose de las pretensiones de mantener a raya las consideraciones políticas sobre la gestión de los servicios. Los demás órganos sectoriales no presentan un carácter enteramente autónomo, como el modelo estadounidense de las agencias reguladoras, sino que, en virtud de su carácter de órganos descentralizados de la administración del Estado, estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través de un Ministerio, como será el de Energía para los sectores eléctrico y de gas, y de Obras Públicas para los servicios sanitarios. A la vez, la descentralización constituye una separación entre el órgano encargado de supervisar y controlar el desarrollo del servicio y aquel encargado de la dictación de políticas para el sector.

Estos órganos tienen importancia no solo para los concesionarios, sino también para el público general, usuario de los servicios, puesto que a través de las distintas entidades estatales se canalizan los reclamos respecto del funcionamiento de los servicios que tienen bajo su tutela.

Las multas y demás sanciones a los concesionarios por las infracciones que cometan en la explotación del servicio serán impuestas por el órgano supervisor que corresponda al servicio, al que le corresponderá a la vez realizar la investigación y el sumario correspondiente. Los funcionarios de las Superintendencias o de la SUBTEL tendrán el carácter de Ministros de Fe en las fiscalizaciones que lleven a cabo. La Ley 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la Ley 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, así como la propia LGT, contienen múltiples normas relativas a los procedimientos sancionatorios, que deberán ser complementadas mediante la aplicación supletoria de la Ley 19880, de Bases del Procedimiento Administrativo.

A su vez, estos órganos juegan un rol importante en los procedimientos de otorgamiento de concesión, al hacerse cargo de la emisión de informes relativos a las solicitudes de concesión, la verificación del cumplimiento de los requisitos por parte del solicitante o el otorgamiento de las concesiones provisorias de la Ley General de Servicios Eléctricos o la

convocatoria de las licitaciones para otorgar concesiones, en la Ley General de Servicios Sanitarios.

Para cumplir con sus labores de supervigilancia, los organismos sectoriales podrán solicitar información a los concesionarios, que estarán obligados a suministrarla, bajo apercibimiento de multa. Podrán además exigir la realización de auditorías, y hay algunas informaciones que los concesionarios deben entregarle por su propia iniciativa.

En el caso de la SUBTEL, se le confiere la posibilidad de interpretar técnicamente la LGT y normas técnicas; la SEC podrá interpretar administrativamente las normas sobre electricidad y servicios de gas. Asimismo, la Superintendencia de Servicios Sanitarios también contará con esta facultad, de acuerdo con el artículo 4, letra c), de la Ley 18.902.

Además, corresponderá a los Ministerios respectivos (Obras Públicas para los servicios sanitarios, Transportes y Telecomunicaciones para los servicios de telecomunicaciones, y Energía en relación los servicios eléctricos y de gas) dictar los reglamentos y planes estratégicos de los sectores sometidos a los servicios públicos, y en general, dictar políticas para dichos sectores.

V. Breve valoración crítica de la normativa sobre el servicio público

En una construcción del servicio público como la nuestra, en la que se convoca a los privados a hacerse cargo de la gestión de la actividad de prestación y cobertura de necesidades de interés general, es necesario regular con extrema rigurosidad y sistematicidad, con el objetivo de dar relevancia al interés público que justifica la organización del régimen sectorial de servicio público. De otro modo, es posible que los intereses individuales del particular se desarrollen en oposición a las finalidades de interés general en virtud de los cuales se consagra la institución. Así, es necesario disponer del sistema de forma que dirija la actividad del particular hacia el interés general.

Como hemos señalado, el elemento esencial del servicio público es su finalidad hacia la satisfacción de necesidades de interés general, y en ese sentido, la gestión privada del suministro no constituye sino un elemento accidental de la institución que no puede erigirse como una objeción para la atención de necesidades colectivas. Esto de ninguna manera quiere decir que se deban desechar los legítimos derechos del privado, y frustrar de manera absoluta sus expectativas respecto de la actividad que desarrolla, pero si dice algo respecto de una valoración de *lege ferenda*, respecto de los elementos prioritarios a garantizar en la construcción del sistema.

En ese sentido, observamos que se ha priorizado de manera general el establecimiento de un régimen jurídico de la actividad de servicio público que promueva la inversión y participación privada dejando en un segundo lugar el interés de cobertura que es lo que realmente justifica el establecimiento del servicio. Observamos dentro de la legislación de servicios públicos un excesivo garantismo respecto de la actividad privada, llegando a generar un régimen que se aleja de la libre competencia y del libre mercado que nominalmente se busca establecer para asegurar la generación de utilidades para la inversión privada. Si bien se establece que la gestión del servicio se hará por cuenta y riesgo del particular, se establecen múltiples normas para reducir al mínimo ese riesgo. A la larga, el

sistema también presenta elementos que no promueven una inversión constante en los servicios, dado el carácter permanente de las concesiones. Además, no será siempre beneficioso que la Administración fuerce la inversión mediante la imposición de nuevos y más exigentes estándares de servicio, puesto que esto afectaría el equilibrio de la concesión que se busca priorizar a todo evento, por lo que los costos necesarios para la adaptación a tales estándares se transferirán a los usuarios, que no podrán optar por otro proveedor. La alternativa a ello será optar por el fomento público de la actividad, o a la aplicación exclusiva de las innovaciones necesarias a las concesiones futuras.

Debemos abrir la vista respecto de las finalidades a considerar como propias del interés general. No es posible reducir el interés general al mero suministro de una prestación, ya que el mismo interés general irradia el sistema e influencia su configuración: los esquemas de prestación no son indiferentes a la cobertura de tales necesidades. A modo de ejemplo, nuestra normativa eléctrica considera hoy elementos de fomento a la Energía Renovable No Convencional a nivel domiciliario, lo que no guarda directa relación con la necesidad pública de provisión de energía eléctrica, pero sí con la sustentabilidad de nuestra matriz energética. Incluir objetivos adicionales a la normativa regulatoria de la actividad de servicio público puede significar un alza en los costos del servicio, pero estos objetivos pueden ser razonables y establecerse de forma democrática de modo de otorgarles legitimidad. Hemos consignado que no es posible la definición dogmática de los alcances y áreas afectas a un régimen de servicio público, sino que corresponde a una definición contingente de las necesidades que cada sociedad defina como esenciales en un momento histórico dado.

De esas definiciones debe extraerse el rol del Estado, de modo que a través de las múltiples herramientas de las que dispone se aboque a la satisfacción de las necesidades colectivas. No es bueno limitar ideológicamente estos medios, ya que su elección debe hacerse con atención a su finalidad. En ese sentido, la regulación actual de servicio público, que lo restringe al control y supervisión de la actuación de privados termina reduciendo las formas en que la actuación puede actuar con iniciativa para atender el interés general. Con esto no nos referimos siquiera al establecimiento de un sistema de gestión estatal de los suministros, sino a otorgar potestades que permitan la actuación de la administración con capacidad de dirección real y efectiva de la iniciativa privada.

La orientación de un sistema hacia la competencia allí donde ésta no ha sido posible, buscando por todos los medios el fin de la actividad monopólica y/o rectora del Estado hace caso omiso de los presupuestos que la justifican. Como señala GONZÁLEZ-VARAS (2004),

lo esencial del régimen del servicio público no está, en puridad, en la existencia de un monopolio. Esto es una consecuencia, además de una posibilidad, ya que el poder público puede optar por gestionar el servicio público mediante uno o varios concesionarios. Lo esencial del servicio público está en sus postulados de base. «Postulados» que no parecen haberse completamente alterado (pág. 264).

En definitiva, la arquitectura de nuestro sistema de servicio público prioriza la garantía de los intereses privados que se han constituido sobre los sectores de servicio público por sobre una ampliación de los intereses sociales que afectan o pueden afectar el servicio, puesto que en esta rama se limita a satisfacer las prestaciones mínimas de una forma medianamente accesible a la generalidad de los usuarios. Esto no es redirigir los intereses privados a la satisfacción de necesidades públicas, sino todo lo contrario, someter la satisfacción de necesidades de carácter público y colectivo a la iniciativa privada.

VI. Conclusiones

El servicio público es una intervención estatal en la sociedad que consiste en el desarrollo de una prestación estar destinada a la satisfacción de una necesidad de interés general. Si bien se observan diversas etapas evolutivas en la forma de atender esta necesidad de interés general, su elemento teleológico se mantiene estable en los diversos cambios sufridos por la institución. Con todo, la noción de interés general corresponde a un significativo vacío, por lo que no es posible definir su contenido a través de un análisis conceptual: se trata de una determinación que debe realizarse como fruto de una deliberación democrática y que se expresará a través de una ley.

En lo que se refiere a la forma de desarrollar la prestación, observamos un quiebre absoluto con la noción orgánica del servicio público, en el sentido de que, calificada una necesidad como de servicio público, corresponda su atención a través de un órgano administrativo. En esa línea, prima un concepto de naturaleza funcional que considera que lo que debe ser calificado como servicio público es una actividad, que puede ser gestionada mediante agentes privados. Pero no sólo eso, la ideología liberalizadora ha llevado esta concepción al nivel de plantear que cualquier gestión de la actividad de servicio público de forma directa por la Administración del Estado se opone a un orden público económico basado en la libertad empresarial.

En esa línea, se ha impuesto la privatización total de las empresas y servicios públicos que operaban en los sectores estudiados, y se ha abierto a los privados el acceso a estos sectores económicos. Se ha naturalizado que la única forma de gestión posible de los servicios es a través de privados: incluso cuando las empresas fallan y es necesario declarar la caducidad de la concesión, las leyes reguladoras establecen mecanismos para adjudicar las obras a una nueva concesionaria privada.

Para aquellos casos en que se deberá disponer de bienes públicos para la instalación de la infraestructura, las leyes estudiadas exigen el otorgamiento de una concesión. La exigencia de concesión ya no se vincula directamente con la idea de que nos encontremos ante sectores

propriadamente publicados, de exclusiva titularidad estatal. Hoy los procedimientos de solicitud de concesión se encuentran altamente reglados, señalando aquellos elementos que deben incorporarse en la solicitud y las limitadas razones por las cuales otros actores se pueden oponer a su otorgamiento, lo que constituye un claro impulso para limitar la discrecionalidad con que la Administración puede evaluar los proyectos, propia de un régimen tradicional organizado bajo la idea de la titularidad estatal de la actividad. Hoy la publicación de los sectores estudiados alcanza solamente para someter a los actores que intervienen en estas áreas a un régimen de derecho público que implica el sometimiento a ciertas cargas y el otorgamiento de garantías. Destacamos que este régimen de servicio público corresponde a un segundo elemento de la configuración tradicional del servicio público que se mantiene vigente hasta nuestros días.

La exigencia de concesión, en la mayoría de los casos estudiados, no configura un régimen de monopolio *de iure*: esto sólo es así en los ámbitos de distribución y recolección de agua potable y servida, respectivamente. En los demás casos, se autoriza a la Administración para otorgar más de una concesión en una misma área de servicio, aunque dadas las economías de escala a considerar en el caso de los servicios públicos que se prestan mediante redes, resulta poco probable que se desafíen los monopolios en las zonas donde ya existen actores con infraestructura instalada.

En definitiva, la exigencia de concesión se configura como un remanente del anterior esquema propriadamente publicado en sectores hoy liberalizados. No es el único, pero es indudable que los servicios públicos estudiados se organizan en base a la libre iniciativa privada en un esquema de mercado, sometida a regulación y fiscalización administrativa. El Estado tendrá como funciones generar políticas para estos sectores de relevancia pública, establecer los estándares de calidad y seguridad de los servicios y fiscalizar su cumplimiento.

La Administración no cuenta en todos los casos con herramientas adecuadas para dirigir la expansión del sistema. Por regla general, son los empresarios los que solicitarán una concesión y darán inicio a un procedimiento administrativo en ese sentido, señalando ellos en su solicitud el área de servicio que buscan atender. En los sectores eléctrico y sanitario, puede influir en las licitaciones que se deban hacer; y en materia de telecomunicaciones cuenta con un mecanismo de fomento de ciertos proyectos a través del Fondo de Desarrollo

de las Telecomunicaciones. En el caso de la distribución de gas, el Estado no cuenta con facultades necesarias para tener un rol en la planificación de su desarrollo. El problema es que en todos los casos dependerá de que los actores privados que participen o no en las licitaciones para atender necesidades que pueden ser de alta relevancia pública, es decir, serán decisiones sometidas a una evaluación de mercado.

Los concesionarios tendrán una obligación de explotar el servicio de manera regular y continua, y otorgar la prestación a todos los que se lo soliciten, sin discriminar entre usuarios en su zona de concesión. Se trata de una manifestación de la institución del servicio universal que se ha planteado como contrapeso al proceso de liberalización, privatización y desregulación del servicio público. Esta prestación, dirigida a la atención de los pequeños consumidores que no tienen capacidad de negociar las condiciones del servicio con la empresa, se encuentra fuertemente regulada en sus estándares técnicos. Se establecen mecanismos de solución de controversias entre los consumidores y las empresas, a través de la intervención de los entes normativos, entre los que destaca la imposición de compensaciones legales a los usuarios en el caso de interrupción del suministro con responsabilidad de la empresa. Es en este segmento donde se establecen también eventuales regulaciones de tarifa.

En paralelo, se genera un régimen de libertad de mercado para atender a los grandes consumidores de estos servicios. Se trata de casos donde existirá un equilibrio de condiciones para la negociación de las cláusulas contractuales y donde habrá pluralidad de actores interesados en atender la demanda, dadas sus dimensiones. Serán casos en que el servicio eléctrico, de gas o sanitario no será público, sino privado, aunque se pueden someter a regulaciones de Derecho Público si es que exigieren la utilización de las potestades exorbitantes que la legislación otorga a los empresarios de estos sectores. Fuera de estos casos, en esta relación se priorizará los principios de Derecho Privado, como la libertad de contratación y la fuerza obligatoria de los contratos.

En materia de tarifas para los pequeños consumidores, coexisten regímenes de fijación necesaria de precios con otros de carácter eventual: los primeros se aplican en el ámbito eléctrico y sanitario, y los segundos en los sectores de telecomunicaciones y de gas. Los regímenes eventuales operan bajo el principio de que sólo será necesario fijar precios en el

caso en que las condiciones de competencia no sean suficientes para disciplinar a los actores dominantes. Es necesario señalar que, en más de veinte años de expansión del sector de telecomunicaciones, no ha sido posible superar las posiciones dominantes del servicio público, y la fijación de precios se ha vuelto *de facto* permanente. El sector de gas, por su parte, ha observado problemas de falta de competencia donde no fue posible aplicar el régimen de fijación tarifaria por insuficiencias normativas, lo que provocó una reforma en la materia por la Ley 20.999, de la cual se destaca que gatilla automáticamente un proceso de fijación de precios en caso de detectar rentabilidades excesivas de origen monopólico. Las fijaciones tarifarias tendrán en consideración los costos de explotación del servicio, el deterioro de la infraestructura y una tasa de ganancia del concesionario. Estos elementos deben volver a ponderarse ante cada cambio en las condiciones del servicio, a fin de mantener el equilibrio financiero de la concesión.

Más allá de un esquema que establezca la liberalización del servicio y el establecimiento de cargas de servicio universal a los concesionarios, el principal énfasis de los organismos reguladores ha estado puesto en introducir mayor competencia y transparencia a los sectores regulados. Entre las medidas relevantes dirigidas a ese fin se encuentran la desintegración vertical de las distintas fases de prestación del servicio y la obligación a la interconexión de redes, que le restan poder de dominio del mercado a los agentes históricos, abriendo la posibilidad de que se integren actores desafiantes. Con todo, existen deudas en ese sentido, como el carácter perpetuo de las concesiones, que frena la dinámica competitiva por el acceso a las concesiones. Además, en los sectores de gas, sanitarios o de telecomunicaciones no se ha considerado la introducción de objetivos secundarios a nivel legal, como podría ser la preocupación por la diversificación energética y la sustentabilidad en el ámbito eléctrico.

Como elemento de propuesta, consideramos necesario desnaturalizar la forma de prestación del servicio mediante políticas de mercado como única alternativa posible para la atención de necesidades de interés general de carácter económico, integrando un abanico más amplio que incluya la posibilidad de introducir actores públicos en la gestión. Esto puede ser una alternativa ante casos en que existan fallas de mercado, cuando no existan actores privados dispuestos a participar de la prestación del servicio y también para enfrentar la baja disposición al riesgo de los empresarios de servicio público, que han desarrollado su actividad al amparo de amplias garantías estatales. También puede servir como una vía para

diversificar los objetivos que se imponen a los actores prestadores del servicio, y que el mercado no ha sido capaz de atender, como la expansión de la red de transporte y distribución de gas para sustituir combustibles más contaminantes o promover accesos equitativos en calidad de servicio de telecomunicaciones a nivel nacional.

VII. Bibliografía

A. DOCTRINA

- ARIÑO ORTÍZ, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (1994). Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad. *Revista de Derecho Público*(55/56), 143-160.
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (2001). *Derecho Administrativo Económico: libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado*. Santiago: Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás.
- AYLWIN AZÓCAR, P. (1952). *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- AYLWIN AZÓCAR, P., & AZÓCAR BRUNNER, E. (1996). *Derecho Administrativo*. Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2011). *Derecho Administrativo General* (Segunda edición actualizada ed.). Santiago: Thomson Reuters.
- BLANQUER CRIADO, D. (2012). *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant Le Blanc.
- BRIONES SEPÚLVEDA, A. (1934). *De los servicios públicos*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago.
- CARRO, J. L. (2003). Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica. En L. (. COSCULLUELA, *Estudios de Derecho Público Económico: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (págs. 585-609). Madrid: Civitas.

- Comisión Europea. (2011). *Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa*. Bruselas.
- CORDERO VEGA, L. (2006). Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. *Revista de Derecho Administrativo Económico*(17), 31-46.
- CORDERO VEGA, L., & GARCÍA, J. F. (2012). Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. *Anuario de Derecho Público*(1), 415-435.
- DE LA CRUZ FERRER, J. (2006). Los entes reguladores como elemento de garantía institucional. *Revista de Derecho Administrativo Económico*(17), 9-19.
- DUGUIT, L. (1913). *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin.
Obtenido de <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q>
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2003). El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Ad*(18), 7-21.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. (2004). El servicio público en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*(7), 69-96.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. (2006). El concepto jurídico indeterminado de "servicio esencial" en la Constitución Española. *Revista de Administración Pública*(170), 325-338.
- FERNÁNDEZ, T.-R. (Septiembre-Diciembre de 1999). Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista Administración Pública*(150).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ, T.-R. (1977). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*. Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2004). Valoración crítica del sistema de servicio universal y de liberalización. *Revista de Administración Pública*(164), 253-270.
- GORDILLO, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires: FDA.

- GUTIÉRREZ VILLEGAS, P. A. (2002). *El contrato de suministro de energía eléctrica a clientes libres*. Santiago: Universidad de Chile.
- HERREROS NOGUEIRA, J. T., & SCHÖNHAUT SOTO, C. (2016). *Origen, concepto y evolución de la empresa pública y su desarrollo en Chile hasta 1973*. Tesis para obtener el grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143988>
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009). *Servicios de Interés Económico General*. Madrid: Civitas.
- LAZO VITORIA, X. (2018). El contrato de concesión de servicios. En E. GAMERO CASADO, & I. GALLEGO CÓRCOLES, *Tratado de contratos del sector público* (Vol. III, págs. 2573-2614). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LETELIER TORO, M., & GOMEZ-LOBO COLLADO, M. (2003). *El Servicio Público Concedido. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: Universidad de Chile.
- LINDE PANIAGUA, E. (2004). La retirada del Estado de la Sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos. *Revista de Derecho de la Unión Europea*(7), 31-50.
- MARTÍN REBOLLO, L. (Enero-diciembre de 1983). De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración Pública*(100-102), 2471-2542.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2003). La Publicatio de recursos y servicios. En L. COSCULLEULA MONTANER, *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje al Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (Primera ed., págs. 677-718). Madrid: Civitas.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1998). *Servicio público y mercado, Tomo I: Los fundamentos*. Madrid: Civitas.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (1998). *La organización administrativa del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- PANTOJA BAUZÁ, R. (2007). *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PAREJO ALFONSO, L. (2004). Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*(7), 51-68.
- PÉREZ MONJE, C. S., & VALLADARES PÉREZ, A. O. (2008). *Principios de Regulación Administrativa Económica*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago.
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, S. (2013). El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos. *Revista de Derecho Público*(79), 115-144.
- RIVERO ORTEGA, R. (2001). *Introducción al Derecho Administrativo Económico* (Segunda ed.). Salamanca: Ratio Legis.
- SEGARRA ORTÍZ, M. (2004). Los servicios públicos: una exigencia de nuestro tiempo. *Revista de Derecho de la Unión Europea*(7), 11-30.
- SENDÍN GARCÍA, M. Á. (2003). *Hacia un servicio público europeo: El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Comares.
- SENDÍN GARCÍA, M. Á. (2003). *Regulación y servicios públicos*. Granada: Comares.
- SILVA CIMMA, E. (1961). *Derecho Administrativo chileno y comparado* (Vol. II: Teoría general de los servicios públicos). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, E. (2012). *Derecho Administrativo: Temas Fundamentales* (Tercera actualizada ed.). Santiago: Thomson Reuters.
- SOUVIRON MORENILLA, J. M. (1998). *La actividad de la Administración y el Servicio Público*. Granada: Comares.
- VERGARA BLANCO, A. (1992). *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico dogmático*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

VERGARA BLANCO, A. (2002). Concepto, elementos y principios del servicio público eléctrico. *Revista de Derecho*(212), 573-585.

VERGARA BLANCO, A. (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia. *Revista de Derecho Administrativo Económico*(12), 33-49.

WAHL, R. (2013). *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*. (J. C. MARDOMINGO, Trad.) Madrid: Marcial Pons.

B. FUENTES LEGALES

Constitución Política de la República, de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N° 4/200018, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, de 2007.

Decreto con Fuerza de Ley N° 323, Ley de Servicios de Gas, de 1931.

Decreto con Fuerza de Ley N° 382, Ley General de Servicios Sanitarios, de 1989.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado de 1986, cuyo texto actualizado se recoge en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19653, de 2000.

Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, de 1982.

Ley N° 18.410, Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, de 1985.

Ley N° 18.902, Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, de 1989.

Ley N° 20.999, Modifica la ley de servicios de gas y otras disposiciones que indica, de 2017.

C. JURISPRUDENCIA

Informe 01-2008, sobre solicitud para que se califique como sujeto a fijación de precios el servicio de reprogramación de medidores eléctricos, NC 258-08 (TDLC 9 de Octubre de 2008).

Informe 12-2015, sobre solicitud respecto de las tarifas de Metrogas S.A., NC 426-14 (TDLC 10 de Marzo de 2015).

Informe 2-2009, sobre régimen tarifario de servicios de telefonía fija, NC 246-08 (TDLC 30 de Enero de 2009).

Sentencia TC 176/1993, 176 (Tribunal Constitucional 22 de Noviembre de 1993).

Sentencia TC 505/2007, 505 (Tribunal Constitucional 6 de Marzo de 2007).

Sentencia TC 1281/2008, 1281 (Tribunal Constitucional 14 de Agosto de 2009).

D. OTRAS FUENTES

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (1998). *Historia de la Ley N° 19.549: Modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios*. Recuperado el 14 de Enero de 2018, de <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7014/>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2013). *Historia de la Ley N° 20.701: Procedimiento para otorgar concesiones eléctricas*. Recuperado el 11 de Enero de 2018, de <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4423/>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2017). *Historia de la Ley N° 20.999: Modifica la Ley de Servicios de Gas y otras disposiciones que indica*. Recuperado el 4 de Octubre de 2017, de <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6121/>

VIII. Anexo: Cuadro comparativo de las leyes reguladoras de los servicios públicos de gas, eléctricos, sanitarios y de telecomunicaciones

| | Ley de Servicios de Gas | | Ley General de Servicios Eléctricos | | Ley General de Servicios Sanitarios | | Ley General de Telecomunicaciones | |
|----------|-------------------------|--|-------------------------------------|--|-------------------------------------|---|-----------------------------------|--|
| Materias | Art. 1 | El transporte, la distribución de gas de red concesionada y no concesionada, la comercialización de gas. | Art. 1 | Producción, transporte y distribución de la energía eléctrica. | Art. 1 | Producción y distribución de agua potable; recolección y disposición de aguas servidas. | | |
| | | Régimen de concesiones. | | Régimen de concesiones. | | Régimen de concesiones. | | |
| | | Régimen de tarifas de gas en red. | | Régimen de tarifas. | | | | |
| | | Las servidumbres a los bienes raíces. | | | | | | |
| | | Las relaciones de las empresas de gas entre sí, con el Estado, Municipalidades y particulares. | | | | | | |
| | | Las disposiciones sobre calidad del servicio. | | | | | | |
| | | Las condiciones de seguridad de las instalaciones y artefactos de gas, y de las instalaciones interiores de gas. | | | | Fiscalización del cumplimiento de las normas relativas a la prestación de servicios sanitarios. | | |

| | Ley de Servicios de Gas | | Ley General de Servicios Eléctricos | | Ley General de Servicios Sanitarios | | Ley General de Telecomunicaciones | |
|-------------|-------------------------|---|-------------------------------------|--|-------------------------------------|--|-----------------------------------|--|
| | | Funciones del Estado relacionadas con la materia. | | Funciones del Estado relacionadas con estas materias. | | Relaciones entre las concesionarias de servicios sanitarios, y de éstas con el Estado y los usuarios | | |
| Concesiones | Art. 3 | Requieren concesión: Establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas de red y las redes de transporte de gas de red. | Art. 2 | Requieren concesión: Centrales hidráulicas, subestaciones eléctricas, líneas de transporte y las instalaciones de servicio público de distribución. | Art. 4 y 5 | Requieren concesión: Producción de agua potable, distribución de agua potable, recolección de aguas servidas, disposición de aguas servidas. | Art. 8 | Requieren concesión: Servicio público de telecomunicaciones, servicios intermedios y servicios de radiodifusión sonora. |
| | Art. 7 | Las concesiones serán otorgadas mediante D. S. del Ministerio de Energía, por orden del Presidente de la República. | Art. 11 | Las concesiones definitivas son otorgadas mediante Decreto Supremo del Ministerio de Energía, por orden del Presidente de la República. Las concesiones provisionales se otorgan por resolución de la SEC. | Art. 17 | Las concesiones se otorgan a través de un decreto del Ministerio de Obras Públicas, por orden del Presidente de la República. | Arts . 8, 13A y 15 | Las concesiones son otorgadas a través de un Decreto Supremo del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. |
| | Art. 5 | El plazo de las concesiones será indefinido. | Arts. 4, 21 y 31 | Las concesiones definitivas se otorgarán por un plazo indefinido. Las concesiones provisionales se otorgarán | Art. 7 | El plazo de las concesiones será indefinido. | Art. 8 | Las concesiones se encuentran sujetas a un plazo de 30 años para el caso de los servicios públicos e intermedios de telecomunicación |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones | |
|--|---|-------------------------------------|--|---|--|
| | | | por un plazo máximo dos años, prorrogable por igual periodo. | ones, las que serán renovables por igual periodo. | |
| | No considera mecanismos de participación de los afectados o interesados, ni ciudadana en general en el otorgamiento de concesiones. | Art. 20 | Respecto de las solicitudes de concesión provisional, los dueños de los predios afectados y los interesados solamente pueden oponerse respecto del cumplimiento o de las exigencias taxativamente exigidas por la ley. | Art. 15 | El que tenga interés en ello podrá oponerse al otorgamiento de la concesión, correspondiéndole la resolución del conflicto a la SUBTEL, que podrá ser apelada ante la Corte de Apelaciones, asumiendo el pago de multas en caso ser vencido. |
| | | Art. 27 ter | En cuanto a las concesiones definitivas, los dueños de propiedades afectadas e interesados podrán formular observaciones u oposiciones. Las oposiciones se deben basar en las circunstancias de los arts. 53 y 54. Las observaciones sólo serán por errónea identificación | | |

| | Ley de Servicios de Gas | | Ley General de Servicios Eléctricos | | Ley General de Servicios Sanitarios | | Ley General de Telecomunicaciones | |
|-----------------------|---|---------|---|---|---|---------|---|--|
| | | | | n del predio afectado, porque la franja de seguridad afecta otros predios no declarados o por el incumplimiento de alguno de los requisitos de admisibilidad de la solicitud. | | | | |
| Art. 5 del reglamento | Las empresas señalarán el área de concesión en su solicitud de concesión. | Art. 25 | Las empresas señalarán el área de concesión en su solicitud de concesión. | Art. 12 | La solicitud de concesión incluirá la identificación de los límites del área geográfica donde se prestarán los servicios. | Art. 15 | La solicitud de concesión incluirá la zona de servicio que se pretende. | |
| Art. 25 | Durante la explotación del servicio, la SEC puede ordenar la prolongación de cañerías a costo de la empresa, garantizando un mínimo anual de consumo. | Art. 30 | El decreto de otorgamiento o fijará los límites de la zona de concesión, que será al menos cien metros circundantes a las líneas de la empresa. | Art. 12 B | SISS podrá ampliar los límites del área de servicio solicitadas, para integrar áreas periféricas urbanizables, lo que autorizará al solicitante de la concesión a desistirse del procedimiento. | | | |
| | | | | Art. 33 A y 33 B | SISS podrá convocar a una licitación para otorgar concesiones sobre una zona de concesión, y si esta se encontrare desierta, podrá ordenar al concesionario más cercano la | | | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|---------|---|--|--|---|
| | | | prolongación de sus redes, ajustando las tarifas para mantener el equilibrio de la concesión. | |
| | | | Art. 22 La concesionaria podrá solicitar una ampliación se su concesión mediante el procedimiento general para solicitar concesiones. | Art. 14 La concesionaria podrá solicitar una ampliación de su zona de concesión o modificación de sus características técnicas mediante el procedimiento general para solicitar concesiones. |
| Art. 14 | Las concesiones a que se refiere el presente Título no otorgan derechos exclusivos. | Art. 24 Las concesiones provisionales no limitaran la facultad del Superintendente para otorgar, en carácter provisional, otras de la misma naturaleza en igual ubicación. | Art. 10 Las concesiones de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas no se pueden sobreponer con otras de igual naturaleza. | Art. 12 Las concesiones y permisos podrán otorgarse sin limitaciones en cuanto a su cantidad y tipo de servicio o a su ubicación geográfica, pudiendo existir más de una concesión o servicio del igual tipo en la misma área geográfica. |
| | | Art. 15 Las concesiones de servicio público de distribución se otorgan sin perjuicio del tercero legalmente establecido con permiso o concesión. | Las concesiones de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas se solicitarán y concederán en forma conjunta, y tendrán la misma zona de concesión. | |
| | | Art. 17 Podrán solicitarse otras concesiones | Para otorgar una concesión que requiera de otra para la | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|---------|---|--|--|--|
| | | de distribución por una parte o la totalidad del territorio de concesiones ya otorgadas, con las mismas obligaciones y derechos. | prestación integral del servicio sanitario, la SISS deberá exigir la existencia de la otra concesión que sea complementaria (distribución y recolección). | |
| | | Art. 26 Si dos o más peticionarios solicitaren concesión definitiva, el Ministerio de Energía realizará una licitación pública por los derechos de concesión en el área. | Art. 14 y 15 Se publica un extracto de la solicitud de concesión, y se establece un plazo para que otros interesados realicen solicitudes por la misma zona. De haberlos, se recomendará al solicitante que ofrezca la menor tarifa para que el MOP le otorgue la concesión. | Art. 13 C El Ministerio deberá llamar a concurso público para otorgar concesiones o permisos para servicios de telecomunicaciones en caso en que exista una norma técnica que sólo permita un número limitado de concesiones o permisos a su respecto. |
| | | | Art. 23 La SISS podrá optar por llamar directamente a una licitación pública para otorgar nuevas concesiones. | |
| Art. 12 | Concesión otorga derecho de uso de BNUP para realizar las obras propias del servicio, sin perjudicar su objeto principal. | Art. 16 Concesiones de servicio público de distribución dan el derecho a usar BNUP para tender líneas aéreas y subterráneas en su zona | Art. 9 Las concesiones otorgan el derecho a usar BNUP para construir o instalar infraestructura sanitaria, de forma en que esta no altere permanentemente su | Art. 18 Las concesiones otorgan el derecho a usar BNUP para tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas, de forma en que esta no perjudique su uso principal y se cumplan las |

| | Ley de Servicios de Gas | | Ley General de Servicios Eléctricos | | Ley General de Servicios Sanitarios | | Ley General de Telecomunicaciones | |
|---------------------------|-------------------------|--|-------------------------------------|--|-------------------------------------|--|-----------------------------------|---|
| | | | | de distribución. | | naturaleza o finalidad. | | normas técnicas. |
| | | | | | Art. 9 bis | Otorga derecho a usar, a título gratuito, BNUP para instalar infraestructura sanitaria, en las condiciones dispuestas por la Municipalidad, cuando se afectare el normal uso. | | |
| | | | Art. 5 | Ministerio de Bienes Nacionales podrá disponer de terrenos fiscales para que en ellos se efectúen instalaciones de obras eléctricas, sin considerar los plazos que la ley regula | Art. 49 | Ministerio de Bienes Nacionales podrá disponer de terrenos fiscales para que en ellos se efectúen instalaciones de obras eléctricas, sin considerar los plazos que la ley regula | Art. 31 | Los concesionarios que utilicen el espectro radioeléctrico estarán obligados a pagar los derechos de uso correspondientes. |
| Caducidad de la concesión | | | | | | | Art. 36 N° 4 | La caducidad de la concesión o permiso se regula como la máxima sanción a las infracciones a las normas de la LGT, reglamentos y normas técnicas. |
| | Art. 8 bis | No podrán ser directores o gerentes de empresas concesionarias de servicio público sanitario las personas que hayan sido | | | | | Art. 8 | A quien se le hubiere caducado una concesión o permiso, no podrá otorgársele concesión o permiso alguno dentro de los 5 |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones | | | |
|---------|--|-------------------------------------|---|-----------------------------------|---|---|--|
| | directores o gerentes de empresas a las cuales se les haya caducado una concesión de servicio público, a menos que hayan transcurrido diez años desde dicha caducidad. | | | años siguientes. | | | |
| Art. 18 | Se declarará la caducidad de forma previa al comienzo de la explotación del servicio en los siguientes casos: | Art. 39 | Se declarará la caducidad de forma previa al comienzo de la explotación del servicio en los siguientes casos: | Art. 24 | Se declarará la caducidad de forma previa al comienzo de la explotación del servicio en los siguientes casos: | Se declarará la caducidad de forma previa al comienzo de la explotación del servicio: | |
| | No se cumplen los trámites formales para constituir la concesión (reducción a Escritura Pública). | | No se cumplen los trámites formales para constituir la concesión (reducción a Escritura Pública). | | No se cumplen los trámites formales para constituir la concesión (reducción a Escritura Pública). | Art. 8 | No se cumplen los trámites formales para constituir la concesión (publicación en el Diario Oficial). |
| | Incumplimiento o grave por retraso de las obras. | | Incumplimiento grave por retraso de las obras. | | Incumplimiento o grave por retraso de las obras. | Art. 36 N° 4 | No se hace uso de la concesión en el plazo de un año desde su otorgamiento. |
| | | | | | No se da cumplimiento a lo establecido en los arts. 63 y 65, que disponen medidas para una desconcentración económica del sector. | | |
| Art. 19 | Podrá declararse la caducidad de la concesión | Art. 41 | Podrá declararse la caducidad de la | Art. 26 | Podrá declararse la caducidad de la concesión | Art. 36 N° 4 | Podrá declararse la caducidad de la concesión |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|---------|--|---|--|--|
| | durante la explotación del servicio: | concesión de servicio público de distribución que se encuentre en explotación: | durante la explotación del servicio: | durante la explotación del servicio: |
| Art. 58 | En el caso en que la Corte de Apelaciones, en un proceso originado como consecuencia de la reclamación por el afectado de una medida, orden o sanción adoptada o aplicada por la SEC, ordenare la ejecución de obras y no éstas fueran realizadas dentro de plazo. | Si la calidad del servicio no corresponde a las exigencias establecidas en la ley o reglamentos . | En caso de que las condiciones del servicio no corresponden a las establecidas. Si la Empresa concesionaria no cumple con el programa de desarrollo. En caso de incumplimiento del contrato en relación al sistema de cobro. | Por el incumpliment o del marco técnico aplicable al servicio. Como una sanción por la reiterada de suspensión de transmisiones. Si se suspenden de las transmisiones de un servicio de telecomunicaciones por más de 3 días, sin permiso previo. En caso de alteración de los elementos esenciales del contrato de concesión establecidos en el art. 14. Si es que, aplicada una multa, esta no fuere pagada una vez transcurridos 30 días desde que quede ejecutoriada. En caso de atraso por más de 6 meses en el pago de los derechos de uso del espectro radioeléctrico. |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|--|---|---|--|--|
| | Art. 46 inc. Final Si los adquirentes de una concesión de servicio público de distribución de gas no fueren chilenos o empresas chilenas organizadas en conformidad a las leyes del país, y no transfieren dentro de plazo todos los bienes, derechos y concesiones a una persona o empresa que sí lo sea, o a una empresa organizada en conformidad a las leyes del país cuyos estatutos sean aprobados por el Ministerio de Energía. | Art. 41 y 47 Se realiza una transferencia de la concesión sin la correspondiente autorización. | Art. 26 y 32 Se realiza una transferencia de la concesión sin la correspondiente autorización. | Se realiza una transferencia de la concesión sin la correspondiente autorización. |
| | Art. 44, inc. 4° Si luego de 3 meses de administración provisional por la SEC, el concesionario no retoma el servicio, asegurando su buen funcionamiento. | Art. 146 Si luego de 3 meses de administración provisional, el concesionario no retoma el servicio, asegurando su buen funcionamiento. | | Art. 28 Si luego de 3 meses de administración provisional, el concesionario no retoma el servicio, asegurando su buen funcionamiento. |
| | | Art. 42 Configurada alguna de las causales de caducidad durante la explotación, se caducará | Art. 27 Configurada alguna de las causales de caducidad durante la explotación, se caducará la concesión y se | |

| | Ley de Servicios de Gas | | Ley General de Servicios Eléctricos | | Ley General de Servicios Sanitarios | | Ley General de Telecomunicaciones | |
|---------------------|-------------------------|--|-------------------------------------|---|-------------------------------------|--|-----------------------------------|---|
| | | | | la concesión y se establecerá un administrador provisional. | | establecerá un administrador provisional. | | |
| | Art. 20 | Se declaran de utilidad pública, y sujetos a expropiación, los bienes de la concesión de servicio público de distribución que hubiere sido legalmente caducada. | | | | Si se declara la caducidad de la concesión, se harán efectivas las garantías otorgadas al momento de constituir la concesión. | | |
| | Art. 21 | En caso de declararse la caducidad de la concesión, ésta debe derivarse para su explotación a un tercero particular, ya sea mediante licitación de la concesión y sus bienes expropiados, o mediante una autorización al concesionario de realizar por venta directa la enajenación. | Art. 43 | En caso en que se declare caducada la concesión, el PDR dispondrá de la licitación de los bienes afectos en el plazo de un año. Lo mismo puede hacerse con la licitación que fue caducada antes de que comience su explotación. | Art. 28 | En caso en que se declare caducada la concesión, el Presidente de la República dispondrá de la licitación de ésta y de los bienes afectos en el plazo de un año. Lo mismo puede hacerse con la licitación que fue caducada antes de que comience su explotación. | | |
| De las servidumbres | Art. 12 | Concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de gas crean a favor del concesionario las servidumbres | Art. 14 | Concesión otorga el derecho a constituir servidumbres a favor del concesionario. | Art. 9 | Concesión otorga el derecho a constituir servidumbres a favor del concesionario. | Art. 18 | Las servidumbres que recaigan en propiedades privadas deberán ser convenidas por las partes y se registrarán por las normas del |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|-----------|---|-------------------------------------|--|-----------------------------------|
| | para, en general, todas las obras requeridas para la construcción y operación de las redes y dispositivos afectos a ellas. | | | derecho común. |
| Art. 22-A | Las servidumbres se establecen de conformidad a los planos aprobados por el decreto de concesión | Art. 48 | Las servidumbres se establecen de conformidad a los planos especiales de servidumbre aprobados por el decreto de concesión. | |
| Art. 12 | Las servidumbres se constituirán para todas las obras requeridas para la construcción y operación de las redes y dispositivos afectos a las concesiones de servicio público de distribución de gas. | Arts. 50 y 51 | Se constituirán servidumbres para: servidumbres hidráulicas, para tendido de líneas aéreas o subterráneas por propiedades ajenas, para ocupar los terrenos necesarios para el transporte de energía desde la central o subestación a los puntos de consumo, para ocupar y cerrar los terrenos para | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones | | |
|--|-------------------------|--|-------------------------------------|--|---------|--|
| | | | | | | |
| | Art. 22-B | Se constituirán previa determinación del monto por acuerdo de los interesados o por resolución judicial | Art. 63 | De no haber acuerdo entre concesionario y dueño de los terrenos, se designarán comisiones tasadoras. | Art. 19 | En los casos de servicio público de telecomunicaciones en que los interesados no lleguen a acuerdo, se entenderá constituida de pleno derecho una servidumbre legal para tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas, en el caso en que la SUBTEL declare imprescindible el servicio. |
| | Art. 22-D | Mientras se tramite el juicio, juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso de las servidumbres pedidas. | Art. 60 | Las servidumbres se ejercerán plenamente, sin perjuicio de las acciones judiciales que hubiere pendientes. | | |
| | | | Art. 67 | La exhibición del comprobante de pago o consignación en la cuenta del tribunal del valor fijado por la comisión tasadora servirá para que el concesionario pueda exigir al Juez de Letras respectivo que lo ponga en posesión material de los terrenos. El juez además podrá decretar el auxilio de la | | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones | | | | |
|------------|-------------------------|---|-------------------------------------|---|---------|---|-------------|--|
| | | | | | | | | |
| | Art. 22-E | Sirviente podrá exigir que se aprovechen las servidumbres existentes. | Arts. 52 y 53 | Fuerza Pública. De existir postes o torres de otras líneas, se aprovecharán al momento de tender nuevas. El propietario del predio sirviente puede exigirlo. | | | Art. 19 bis | Todo concesionario de servicio público de telecomunicaciones antes de proceder a efectuar sus instalaciones deberá proceder a verificar si existe infraestructura de otro concesionario en la que sea factible emplazar las instalaciones. |
| | Art. 22-G | Se establece procedimiento para resolver controversias relacionadas con servidumbres. | Art. 71 | Se establece procedimiento para resolver controversias relacionadas con servidumbres. | | | | |
| | Art. 22-K | Dueño del predio sirviente está obligado a permitir la entrada a inspectores y trabajadores. | Art. 56 | Dueño del predio sirviente está obligado a permitir la entrada a inspectores y trabajadores. | | | | |
| Suministro | Art. 23 | Los concesionarios tienen la obligación de suministrar a quien lo requiera dentro de la zona de su concesión, siempre que se trate de consumos compatibles con la | Art. 125 | Las empresas distribuidoras de servicio público tienen la obligación de dar servicio a quien se los solicite, sea que se encuentre dentro de la zona de la | Art. 33 | El prestador estará obligado a prestar servicio a quien lo solicite, sujeto a las condiciones establecidas en la ley y reglamentación. Las discrepancias al respecto serán resueltas por la SISS. | Art. 24 B | Las empresas concesionarias de servicio público telefónico estarán obligadas a dar servicio a los interesados que lo soliciten dentro de su zona de servicio, o a quien, estando fuera de |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|--------------|--|---|--|--|
| | capacidad y seguridad de las instalaciones. | concesión, o se conecte a las instalaciones de la empresa por líneas propias o de terceros. | Art. 48 La concesionaria de servicios sanitarios estará obligada a certificar la factibilidad de servicio. | cualquier zona de concesión, costee las extensiones de la red. |
| | | Art. 79 Las instalaciones de los sistemas de transmisión del sistema eléctrico están sometidas a un régimen de acceso abierto, pudiendo ser utilizadas por terceros bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias entre todos los usuarios, a través del pago de la remuneración del sistema de transmisión que corresponda de acuerdo con las normas de este Título. | Art. 47 Los prestadores estarán obligados a interconectar sus instalaciones cuando la entidad normativa lo estime imprescindible con el objeto de garantizar la continuidad y calidad del servicio de conformidad con la normativa vigente. | Art. 25 Será obligatorio para los concesionarios de servicios de telecomunicaciones establecer y aceptar interconexiones. |
| Art. 23 y 25 | Si hubiere matriz de gas frente al predio, no se podrá exigir ningún pago o garantía por costos de | Art. 126 y 127 La empresa puede exigir a los usuarios que soliciten el servicio un Aporte de | Art. 33 A y 33 B Si no fuere posible asegurar la provisión del servicio en una zona determinada dentro del | Art. 27 Los concesionarios podrán cobrar por la instalación del servicio. |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|---------|---|---|--|--|
| | <p>conexión desde esta hasta la línea de propiedad del consumidor, ni tampoco por el medidor, su instalación y uso.</p> <p>Si no hubiere matriz de distribución de gas frente al predio, la SEC podrá ordenar a la empresa concesionaria la extensión de la red aun fuera de las zonas de servicio, para consumos de carácter permanente, si se garantiza un mínimo anual de consumo.</p> <p>En lo no justificado por el consumo garantizado, las empresas podrán cobrar los costos de instalación.</p> | <p>Financiamiento Reembolsable, para la extensión de la capacidad o de las instalaciones.</p> | <p>límite urbano mediante una licitación pública, la SISS podrá exigir al prestador más cercano la ampliación de su concesión, considerándose las consecuencias de la decisión en una revisión de las tarifas.</p> | |
| | | | <p>Art. 36 a) El prestador podrá exigir Aportes de Financiamiento Reembolsables de acuerdo con lo establecido en el DFL 70 de 1988, del MOP.</p> | <p>Art. 24 D A quienes soliciten la calidad de suscriptor encontrándose fuera de la zona telefónica correspondiente, se le podrán solicitar aportes de financiamiento reembolsables.</p> |
| Art. 27 | <p>Pueden cobrarse daños y perjuicios y también suspender el suministro en los casos de alteración del uso de gas, de las condiciones del servicio, del funcionamiento de los medidores, o de la medida</p> | | <p>Art. 36 e) El concesionario podrá cobrar al usuario el costo de las reparaciones de daños y desperfectos causados en los arranques de agua potable y uniones domiciliarias de alcantarillado, redes de distribución y</p> | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|---------|---|-------------------------------------|---|---|
| | exacta del consumo, y también en caso de que las condiciones de uso del gas fueren peligrosas. | | redes de recolección, a causa del mal uso o destrucción de las mismas por el usuario. | |
| Art. 28 | La empresa deberá revisar las instalaciones previo a otorgar el suministro, y cuando lo solicite la SEC. También podrán revisar las instalaciones por iniciativa propia o por solicitud del consumidor, por cuenta del solicitante. En caso de falta o defecto en las instalaciones, la empresa concesionaria deberá adoptar las medidas urgentes y aquellas medidas provisionales que ordene la SEC. Será responsabilidad de la empresa concesionaria la revisión y mantenimiento de los empalmes, medidores, tanques y accesorios; salvo que el | | Art. 44 El usuario deberá permitir acceso al inmueble del personal del prestador. | Art. 20 Los titulares de concesiones estarán obligados a permitir el libre acceso de los funcionarios de la SUBTEL. |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|-------------|--|--|--|---|
| | daño provenga de culpa o dolo del consumidor o terceros. | | | |
| | Art. 29 La solicitud de servicio o de su modificación podrá ser realizada por el cliente o por el consumidor con autorización de éste, y las obligaciones quedarán radicadas en el inmueble. Si el consumidor solicita el servicio o su modificación, sin autorización del cliente, las obligaciones serán asumidas directamente por el solicitante. Los clientes o consumidores podrán solicitar en cualquier momento el término al servicio, salvo cláusula de exclusividad o de permanencia mínima. | | | |
| Explotación | Art. 41 Es responsabilidad de propietarios de instalaciones de gas cumplir con las normas | Art. 145 La SEC podrá amonestar, multar o recomendar la intervención | Art. 34 El prestador deberá controlar permanentemente y a su cargo, la calidad del | Art. 24 Los planes correspondientes al marco normativo técnico no podrán impedir el |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|---------|--|--|---|---|
| | técnicas, lo que podrá ser sancionado por multas o desconexión. | provisional de la concesión si la calidad del servicio de una empresa es reiteradamente deficiente. | servicio, de acuerdo a las normas respectivas. | funcionamiento de los servicios autorizados a la fecha de entrada del respectivo decreto, que deberán adecuarse a las nuevas normas conforme a las instrucciones de SUBTEL en un plazo no inferior a 6 meses. |
| | | | Art. 36 bis Será obligación de los concesionarios mantener el nivel de calidad en la atención de usuarios y prestación del servicio que defina el reglamento, el cual deberá estar basado en criterio de carácter general y haberse dictado antes del otorgamiento de la concesión. Se podrá modificar el nivel, sin embargo, esto conllevará la posibilidad de una revisión de las tarifas. | |
| Art. 42 | Si concesionarios cambian especificaciones del suministro, deberán adaptar a las nuevas condiciones los aparatos de los consumidores, o pactar una compensación. | Art. 142 Si concesionarios cambian especificaciones del suministro, deberán adaptar a las nuevas condiciones los aparatos de los consumidores, o pactar una compensación. | | |
| Art. 44 | Es deber de todo concesionario mantener en | Art. 139 Es deber de todo concesionario mantener | Art. 35 El prestador deberá garantizar la continuidad y | Art. 28 La interrupción de la explotación de un servicio |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|--|--|--|--|--|
| | buen estado las instalaciones, para evitar peligros para las personas, las cosas, o para prevenir interrupciones. | en buen estado las instalaciones, para evitar peligros para las personas, las cosas, o para prevenir interrupciones. | la calidad del servicio, las que solo podrán ser afectadas por causa de fuerza mayor. | público de telecomunicaciones por más de 3 días, sin permiso previo, facultará a la SUBTEL para adoptar, a expensas del concesionario, todas las medidas que estime necesarias para asegurar la continuidad de su funcionamiento. |
| | De incumplirse, podrá imponerse una multa de 1 a 50 UTM por cada día que subsista la infracción. | De incumplirse, la sanción es una multa establecida en el reglamento. | | |
| | Explotación en extremo deficiente (calidad del servicio/condiciones de seguridad) el Ministerio de Energía podrá autorizar a la SEC para tomar las medidas necesarias a expensas del concesionario para asegurar provisionalmente el servicio. | Art. 146 Explotación en extremo deficiente (mala calidad u otras circunstancias que hicieren inaprovechables los servicios) el Ministerio de Energía podrá autorizar a la SEC para tomar las medidas necesarias a expensas del concesionario para asegurar provisionalmente el servicio. | Art. 35 La SISS podrá ordenar a las concesionarias la suscripción de contratos que aseguren la provisión de agua cruda, cuando su ausencia afecte la continuidad del servicio. | Si durante 3 meses el concesionario no retoma a su cargo la explotación del servicio, garantizando su buen funcionamiento, el Presidente de la República podrá declarar caduca la concesión y disponer la licitación de los equipos, instalaciones, bienes y derechos. |
| | Si durante 3 meses el concesionario no retoma a su cargo la | Si durante 3 meses el concesionario no retoma a su cargo la | | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones | | |
|---------|--|--|--|---|--|---|
| | <p>explotación del servicio, garantizando su buen funcionamiento, se solicitará a la Corte de Apelaciones respectiva que declare el incumplimiento o grave. Hecho esto, se podrá declarar la caducidad de la concesión.</p> <p>Condiciones de calidad se determinarán por los reglamentos.</p> | <p>explotación del servicio, garantizando su buen funcionamiento, el Presidente de la República podrá declarar caduca la concesión y disponer su transferencia a terceros.</p> | | | | |
| | | | Art. 51 | <p>Las condiciones de prestación de servicios, niveles de calidad exigidos y las disposiciones técnicas de las instalaciones serán establecidas en los reglamentos.</p> | Art. 24 | <p>Los servicios de telecomunicaciones deberán someterse al marco normativo técnico correspondiente, constituido por diversos planes.</p> |
| Art. 45 | <p>Si la interrupción se debe a un hecho imputable a las empresas (no caso fortuito ni fuerza mayor), podrá la SEC compeler a la reposición mediante multas.</p> | Art. 140 | <p>Las disposiciones sobre calidad del servicio no se aplicarán en casos de racionamiento o fallas no imputables a la empresa que suministra el servicio. No se declarará la caducidad de la concesión por casos fortuitos o</p> | Art. 35 inc. 2° | <p>Podrá afectarse la continuidad del servicio, mediante interrupciones, restricciones y racionamientos,</p> | |

| | Ley de Servicios de Gas | | Ley General de Servicios Eléctricos | | Ley General de Servicios Sanitarios | | Ley General de Telecomunicaciones | |
|---------|-------------------------|--|-------------------------------------|--|--|--|-----------------------------------|---|
| | | | | de fuerza mayor. | | | | |
| Tarifas | Art. 30 | Libre fijación de tarifas con una tasa de rentabilidad económica máxima, que en caso de ser superada genera ipso iure un proceso de fijación de tarifas. Esquemas tarifarios deben propender a la no discriminación entre sectores de distribución. Tarifas tienen el carácter de precios asegurados para los usuarios, pero estos pueden optar por precios distintos. | Art. 147 | Existen ciertos suministros sujetos a fijación de precios, establecidos taxativamente en la ley. | Art. 15 | programados e imprescindibles para la prestación de éste, los que deberán ser comunicados previamente. | Art. 29 | Las tarifas serán libremente fijadas por los proveedores del respectivo servicio. |
| | | Deben informarse y publicarse las modificaciones de tarifas. | | | | Art. 18 | | |
| | | Art. 56 | | | No existirá gratuidad para la prestación de los servicios, salvo las otorgadas por los concesionarios o usuarios, sin discriminación y a sus expensas. | | | |
| | Art. 31 | En caso de que la rentabilidad económica | | TDLC podrá determinar | | | | En el caso de servicios públicos de |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|---------|--|---|--|---|
| | <p>promedio de los últimos tres años en una zona de concesión supere la tasa máxima regulada en el Art. 30 bis, la CNE deberá dar inicio de oficio a un proceso de fijación tarifaria del servicio de gas y servicios afines.</p> <p>Una vez que haya entrado en vigencia el decreto tarifario respectivo, la empresa concesionaria sujeta a fijación de tarifas podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que le ponga término, si las condiciones de mercado lo justifican.</p> | servicios no consistentes en suministro de energía que deberán someterse a fijación de precios. | | telefonía local y larga distancias y en el de servicios de conmutación y/o transmisión, se podrá optar por un mecanismo de fijación de precios si así lo considera necesario el TDLC en el caso en que las condiciones existentes en el mercado no sean suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria. |
| Art. 39 | Están sujetos a tarifa garantizada dentro de una zona de concesión todos los servicios de gas residenciales y comerciales, así como los servicios de gas industriales | Art.1 47 y 149 | Los usuarios finales cuya potencia conectada es superior a 5000 KW no estarán sujetos a fijación de precios. | Art. 47 F Los clientes grandes consumidores no se encuentran sometidos a regulación de precios, sin embargo, los contratos en que estos se pacten deberán informarse a la SISS. |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|-------------|---|-------------------------------------|--|---|
| | cuyo consumo mensual sea inferior a 5.000 gigajoules y los servicios afines asociados. Los consumidores con consumos mensuales de gas entre 2.000 y 5.000 gigajoules tendrán derecho a optar por un régimen de precio libre. | | | |
| Art. 34 | La XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena fijará sus tarifas. | | | |
| Art. 33 | El Ministerio deberá considerar los costos de explotación y de inversión a la hora de fijar las tarifas. | | Se consideran diversos mecanismos de fijación de tarifas según los tamaños de los sistemas eléctricos. | Art. 21 Cálculo de tarifas se guía por el DFL N° 70, de 1988, del MOP. |
| Art. 31 bis | Se establece un mecanismo de compensación de los consumidores regulados en caso de que se excedan las rentabilidades máximas, que consiste en la devolución del exceso ya sea vía reembolso o descuento en las cuentas futuras. | Art. 153 | Concesionarias pueden pedir indemnización por los perjuicios emanados de la fijación de tarifas. | Art. 30 Las tarifas serán fijadas cada cinco años sobre la base de los costos incrementales de desarrollo del servicio. |
| | | | Art. 58 La entidad normativa podrá ordenar la modificación del programa de desarrollo, en tanto ésta no signifique daño emergente para el prestador. | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones | | | | | | |
|--|-------------------------|---|-------------------------------------|---|----------------|---|---------|---|--|--|
| | Art. 36 | Falta de pago de dos boletas permite al concesionario proceder a la suspensión del suministro. Si la empresa no suspendiera el suministro, las consiguientes boletas quedarán radicadas en el consumidor y no en el domicilio. No se aplica suspensión del suministro para cárceles y hospitales. | Art. 141 | Servicios impagos por 45 días desde el vencimiento de la primera boleta o factura impaga autoriza al concesionario a suspender el suministro. No se aplica suspensión del suministro para cárceles y hospitales. | Art. 36 | Concesionarias pueden, previo aviso de 15 días, suspender el servicio a usuarios que adeuden una o más cuentas. | Art. 38 | Si la suspensión del servicio se mantiene por 6 meses ininterrumpidamente, la autoridad sanitaria procederá a la clausura del inmueble. | | |
| | | | | | Art. 11 | Concesionarias de servicio público de distribución de agua potable son las encargadas de cobrar y recaudar de los usuarios el valor de las prestaciones correspondientes a los servicios de producción, recolección y disposición de aguas. | | | | |
| Enajenación y gravámenes a las concesiones | Art. 46 | Las concesiones se encuentran dentro del comercio, sin embargo, ni los gravámenes, ni | Art. 47 | No se puede transferir el dominio o el derecho de explotación de la concesión de servicio | Art. 7 inc. 2º | Las concesiones o parte de ellas, podrán ser objeto de cualquier acto jurídico en virtud del cual | Art. 21 | En caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier | | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones |
|--|--|---|--|---|
| | <p>enajenaciones, ni garantías podrán paralizar ni entorpecer el servicio público. Los adquirentes de una concesión estarán sometidos a las mismas obligaciones que afectaban a la empresa concesionaria enajenante.</p> | <p>público (ni parte de ella) sin la autorización del Ministerio de Energía, que observará si se produce una pérdida de eficiencia del sistema (según si aumenta el costo en la zona abastecida).</p> | <p>se transfiera el dominio o el derecho de explotación de la concesión.</p> <p>Art. 32 Cualquier acto jurídico mediante el cual se transfiera el dominio o el derecho de explotación de una concesión, deberá ser previamente aprobado por la entidad normativa, que verificará que el adquirente cumpla con los requisitos legales.</p> <p>La transferencia implica la entrega total de la gestión del servicio, siendo responsable quien explote la concesión y el titular.</p> | <p>título, de concesiones y permisos, se requerirá la autorización previa de la SUBTEL, que no podrá denegarla sin causa justificada.</p> |
| | <p>Si los adquirentes no fueron chilenos o empresas chilenas, deberá transferirse la concesión a chilenos o empresas chilenas organizadas conforme a las leyes del país, o podrá declararse su caducidad.</p> | <p>Art. 13 Las concesiones sólo podrán entregarse a ciudadanos chilenos y a sociedades constituidas en conformidad a las leyes del país (excepto sociedades en comandita)</p> | <p>Art. 8 y 8 bis Las concesiones se otorgarán a sociedades anónimas, que se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas, constituidas conforme a las leyes del país, con objeto único de explotación de servicios sanitarios. No pueden ser directores</p> | <p>Sólo podrán ser titulares de concesión o hacer uso de ella personas jurídicas de derecho público o privado constituidas en Chile y con domicilio en el país.</p> |

| | Ley de Servicios de Gas | | Ley General de Servicios Eléctricos | | Ley General de Servicios Sanitarios | | Ley General de Telecomunicaciones | |
|----------------------------|-------------------------|--|-------------------------------------|---|-------------------------------------|--|-----------------------------------|---|
| | | | | | | quienes lo hayan sido de empresas cuyas concesiones han sido declaradas caducadas. | | |
| | | | | | Art. 64 | Los acuerdos de fusión entre dos o más empresas prestadoras deberán someterse a la aprobación de la Superintendencia. | | |
| Supervigilancia del Estado | Art. 47 | Fiscalización y supervigilancia de la construcción y explotación se realizará por la SEC. | Art. 9 | La aplicación de la LGSE corresponde a la SEC, Comisión Nacional de Energía (CNE), Municipalidades y Ministerio de Energía. | Art. 2 | La llamada entidad normativa corresponde a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, continuadora de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Obras Sanitarias. Los reglamentos necesarios serán expedidos a través del Ministerio de Obras Públicas. | Art. 6 | Corresponderá al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la aplicación y control de la presente ley y sus reglamentos. Le competará además su interpretación técnica. |
| | Art. 48 | Son funciones de la SEC en relación al servicio de gas, entre otras: Velar por el cumplimiento de las leyes; Estudiar e intervenir en las cuestiones de aplicación | | | Art. 55 | Los prestadores quedan sujetos a la supervigilancia y control de la SISS. | | |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones | | | |
|---------|---|-------------------------------------|---|-----------------------------------|--|-------------|---|
| | de las leyes, y proponer sus modificaciones; dictaminar sobre solicitudes de concesión; informar sobre las solicitudes relativas a tarifas; imponer las multas y cobrarlas; revisar las cuentas de las empresas concesionarias; requerir información. | | | | | | |
| Art. 31 | En caso de que se verifique un exceso de rentabilidad en una empresa concesionaria dentro de una zona de concesión, corresponderá a la CNE iniciar un procedimiento de fijación de tarifas. | | | | | | |
| Art. 43 | La SEC deberá aprobar la entrada en funcionamiento de las nuevas instalaciones. | Art. 123 | Las obras de generación, transporte y distribución, o partes de ellas no podrán ser puestas en funcionamiento sin dar aviso a la SEC. | Art. 24 A | Los concesionarios y permisionarios de servicios de telecomunicaciones no podrán iniciar sus servicios sin que sus obras e instalaciones hayan sido previamente autorizadas por la SUBTEL. | | |
| Art. 51 | SEC puede requerir los datos necesarios | | | Art. 55 | SISS puede pedir informes e inspeccionar los servicios, | Art. 31 bis | La SUBTEL podrá requerir a los concesionarios |

| | Ley de Servicios de Gas | Ley General de Servicios Eléctricos | Ley General de Servicios Sanitarios | Ley General de Telecomunicaciones | |
|-----------------------|-------------------------|--|-------------------------------------|---|---|
| | | para el debido cumplimiento de sus funciones. | | requerir diseños de proyectos, auditar la contabilidad y en general, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias. | los antecedentes e informes que sean necesarios. |
| | Art. 48 n° 9 y 52 | La SEC resolverá los reclamos de los usuarios e interesados contra las empresas de gas sobre contravenciones a la Ley de Servicios de Gas. | | Art. 71 Para fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre comportamiento de las empresas en ámbitos de mercado de valores, la SISS podrá solicitar los antecedentes que sean necesarios a la SVS. | Art. 28 bis Los reclamos que se formulen entre o contra de concesionarios, usuarios y particulares en general, que se refieran a cuestiones derivadas de la LGT se serán resueltos por la SUBTEL. |
| Disposiciones penales | Art. 53 | Obstrucción o deterioro de redes, u actos tendientes a interrumpir el servicio. | Art. 213 | Interrupción maliciosa del servicio (no robo ni hurto de cosas correspondientes a las redes de servicio público). | Art. 36 B Interferencia o interrupción maliciosa de un servicio de telecomunicaciones. |

| | Ley de Servicios de Gas | | Ley General de Servicios Eléctricos | | Ley General de Servicios Sanitarios | | Ley General de Telecomunicaciones | | |
|--|-------------------------|--|-------------------------------------|---|-------------------------------------|--|-----------------------------------|---|--|
| | Art. 54 | Instalaciones clandestinas | Art. 215 | Sustracción de energía eléctrica mediante conexiones clandestinas . | | | | Interceptar o captar maliciosamente, y sin la debida autorización, cualquier tipo de señal emitida a través de un servicio público de telecomunicaciones. | |
| | | Modificaciones al medidor | | | | | | Difusión de cualquier información obtenida a través de la captación ilegal de señal. | |
| | | Reposición ilícita del suministro. | | | | | | Operar servicios de telecomunicaciones de libre recepción sin autorización de la autoridad. | |
| | Art. 57 | Infracción no expresamente sancionada será castigada con multa. | Art. 216 | Infracción no expresamente sancionada será castigada con multa. | | | | | Permitir la operación de servicios de telecomunicaciones de libre recepción, sin autorización de la autoridad. |
| | | Será una infracción distinta el incumplimiento o voluntario de las ordenes de la SEC para ajustarse a las disposiciones de la LSG o sus reglamentos. | | | | | | | |