

# Particularidades del servicio público de abastecimiento de agua potable. El servicio privado de interés público en los sistemas de agua potable rural (APR)

---

**Distinctive features of public drinking water supply service.  
Private service of public interest in Rural Water Systems  
(APR)**

---

Christian Rojas Calderón\*

En este trabajo se expondrán los antecedentes de la actual configuración de los servicios públicos, introduciendo y caracterizando la tipología de los Servicios Privados de Interés Público (SPIP). Enseguida, se analizará el caso de los sistemas de agua potable rural (APR) a nivel fáctico y normativo. Finalmente se verificará la adecuación de la figura de los SPIP al caso estudiado, y en especial en qué medida o

This article examines the background of the current configuration of public services, by introducing and characterizing the typology of Private Services of Public Interest (SPIP). Next, it analyzes the case of rural drinking water systems (APR), on a factual and legislative level. Finally, the goal is to verify the suitability of the figure of the SPIP to the case of study, in particular to what extent and

RESUMEN / ABSTRACT

---

\* Profesor Asistente de Derecho Administrativo y de Derecho de Aguas de la Universidad Católica del Norte (Chile). Correo electrónico: chrojas@ucn.cl.

Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT N° 11110453, titulado "El ejercicio de funciones públicas por particulares en la distribución de las aguas. Implicancias desde el Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho de Aguas", del cual el autor es el investigador responsable.

Abreviaturas más usadas: APR (Agua Potable Rural); LGSS (D.F.L. 382 de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios); DOH (Dirección de Obras Hidráulicas); LJV (Ley de Juntas de Vecinos y demás organizaciones comunitarias); LGC (Ley General de Cooperativas); LOCBGAE (Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado); CPR (Constitución Política de la República); CAg (Código de Aguas).

Recibido el 18 de abril y aceptado el 9 de junio de 2014.

con qué límites se cumplen sus prescripciones teóricas en contraste con la realidad. Cierran este trabajo, las conclusiones correspondientes.

with what limitations their theoretical requirements are met in contrast with reality. Closes this work, the corresponding conclusions.

**Palabras clave:** Servicio público, servicio privado de interés público, sistema de agua potable rural.

**Key words:** Public service, private service of public interest, rural water system.

## Introducción

Resulta evidente que en el marco la reconfiguración de los servicios públicos provocada en nuestro país a partir de las privatizaciones de la década de 1980, surge un nuevo modelo de servicios públicos, forzado tanto ideológica como normativamente a partir de los cambios producidos desde la década de 1970 y que solo a fines de la década de 1990 ha empezado a recibir atención dogmática.

Luego, parece conveniente hacer una revisión –aunque no sea la primera– de esta figura clásica del Derecho Administrativo para, sin repetir lo que se ha dicho ya, agregar una figura casi fronteriza de esta disciplina que sin duda alguna tiene presencia en nuestro sistema jurídico, como es la figura de los servicios privados de interés público (en adelante, indistintamente, SPIP).

Para ello, este trabajo se dividirá en tres partes: en la *Primera*, se analizarán las tipologías de servicio público desde un punto de vista dogmático, hablando sobre su reconfiguración. Luego, en la *Segunda*, se analizará fáctica y normativamente el caso de los sistemas de agua potable rural. En la *Tercera*, se verá, a la luz de lo expuesto en las partes anteriores, si los casos revisados permiten reconocer y afirmar o no –particularmente en el ámbito de las aguas, aunque desde dos puntos de vista–, si efectivamente la figura de los servicios privados de interés público es aplicable en nuestro Derecho. Finaliza este trabajo con las conclusiones de rigor.

### I. La actual configuración de los Servicios Públicos

Qué duda cabe, las cuestiones acerca de la noción, el tratamiento y las nuevas vertientes del *servicio público* han cruzado y siguen cruzando el centro o núcleo del Derecho Administrativo, y son atraídas permanentemente a las consideraciones estructurales de la disciplina –del servicio público orgánico o institucional–; así también como, al mismo tiempo, se aplica a ámbitos más alejados de ella y que se vinculan con zonas fronterizas o nebulosas –del “nuevo servicio público”–, donde la aplicación de un régimen jurídico-público se torna ya dudoso o difuso, en los sentidos tradicionales.

De este modo, conviene ahora detenerse a analizar siquiera en términos amplios, unas vistas de su actual configuración.

En este sentido, lo primero que es posible e incluso preciso señalar a este respecto, es algo sobre la noción de *servicio público* en general. Y se considera necesario hacer este ejercicio a lo menos de vez en cuando, pues como lo reconoce la mayor parte de la doctrina administrativa, se trata de un concepto en constante evolución, que va de la mano con el desarrollo de la sociedad y que se concreta en específicas prestaciones que van a depender de las orientaciones de la política y de la economía. Por eso su carácter esencialmente cambiante.

Ahora bien, si se trata de intentar realizar algunos primeros acercamientos generales a la noción –en miras adicionalmente de los intereses específicos de esta investigación–, resulta pertinente diferenciar las ideas orgánicas de las funcionales sobre esta actividad. Ello pues, de lo que resulte de esta diferenciación, se hará posible abordar y explicar un modo de actuación material de los Sistemas de APR y de la misma actuación de las Juntas de Vigilancia, sujetos –se adelanta– a las reglas del servicio público del modo en que se explicará en lo que sigue.

#### 1. La noción orgánica del servicio público

a) *Antecedentes de la concepción tradicional o estricta.* Lo que desde luego y en primer término cabe señalar, es que la idea y noción de *servicio público*, es en extremo heterogénea y difícil de aprehender, saturada de significados múltiples pues al mismo tiempo se refiere a una realidad institucional, a una ideológica y a una noción jurídica<sup>1</sup>, lo que por tanto torna siempre complejo emprender su análisis.

De este modo, corresponde delimitar el campo de estudio –siquiera del modo general en que se hará– a lo estrictamente jurídico, considerando empero de manera secundaria esas otras cuestiones.

Enseguida y avanzando, es posible afirmar que el servicio público desde un punto de vista orgánico es identificable con el conjunto de entes o instituciones integrantes de la Administración, siendo tan antigua como el Estado moderno que surgió después de la Revolución Francesa, y por ello mismo se le vincula tan fuertemente al Derecho Administrativo, e incluso es posible afirmar que la idea de “servicio público”, en sus orígenes más bien fue una noción sociopolítica que sustituía el “servicio al Rey”<sup>2</sup>. En efecto, este servicio *al público* ahora implica la realización de un conjunto de actividades a través de los cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de alguna necesidad, sin que se

<sup>1</sup> CHEVALIER 2003, 4-5.

<sup>2</sup> SILVA CIMMA 1995, 19-25.

tengan que atender personalmente de ella<sup>3</sup>; con lo cual podría decirse que se hace lo mismo, pero de manera diferente.

Así, en esta actividad originalmente se encuentra una idea expansiva de la actividad del Estado que está en la esencia original y comprensiva de esta noción, por lo que resultaba natural que fuera acompañada en la práctica de una creciente y progresiva asunción de actividades que hasta entonces no se habían considerado “estatales” sino que estaban asumidas por los gremios, la Iglesia, las fundaciones, corporaciones, universidades y otros entes representativos del cuerpo social. Todo aquello ocurrió fundamentalmente a partir de principios del siglo XX en virtud de planes de alta intervención pública derivados de profundas crisis económicas, y destinados a reactivar o potencial el desarrollo económico de los países, básicamente de la mano, al mismo tiempo, de ideas keynesianas presentes en la mayoría de las economías del mundo occidental en esos tiempos.

A partir de ello, se llegó a configurar jurídicamente –por medio de una ley general o sectorial– al servicio público como una reserva de actividad a favor de la Administración Pública del Estado (o alguna de sus personificaciones), constituyendo esta actividad de servicio público como una actividad *publicada* o reservada, lo que implica que tal actividad quedaba incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares, sin previa concesión<sup>4</sup>. De este modo, la base del concepto se estructuró sobre la titularidad estatal de la actividad, en cuanto la creación de un servicio público se hacía por medio de una declaración formal –que la publicaba–, a partir de lo cual dicha actividad originalmente “libre” pasaba luego a ser “administrativa”, en régimen de monopolio de *iure*, si bien se contemplaban formas de colaboración<sup>5</sup>.

En dicha virtud, se puede aventurar una noción estricta aplicable –tradicional si se quiere– conforme la cual y bajo estos supuestos, Servicio Público es aquella actividad propia de la 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 delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social<sup>6</sup>.

Esta misma concepción –tradicional, orgánica, estricta o positiva–, que consideraba a los servicios públicos como aquellas actividades de

---

<sup>3</sup> ARIÑO 2004, 534-535.

<sup>4</sup> ARIÑO 2004, 537-538.

<sup>5</sup> SENDÍN GARCÍA 2003, 109.

<sup>6</sup> ARIÑO 2004, 548.

titularidad estatal gestionadas en régimen de monopolio público<sup>7</sup>, se ha visto reflejada en la concepción que la misma Contraloría General de la República ha tenido sobre los servicios públicos, como destacan Pantoja y Camacho<sup>8</sup>. En su virtud, se configuró un servicio público de carácter orgánico-formal constituido por las organizaciones del Estado encargadas de satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua, sujetos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, y dotados de un régimen de Derecho público.

Lo mismo incluso fue recogido por el art. 28 de la LOCBGAE que establece que:

“Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 22, inciso tercero, y 30.

La ley podrá, excepcionalmente, crear servicios públicos bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República”.

En su virtud, se genera una tipología que es posible caracterizar como “cerrada” de servicios públicos, la que se funda en los arts. 29 a 33 de la misma LOCBGAE que permite diferenciar entre servicios públicos nacionales, regionales y municipales; centralizados y descentralizados; y servicios de gestión directa y de gestión indirecta (concesionados o convenidos).

*b) Caracterización del servicio público tradicional.* Conforme lo anterior, se reconocen como elementos de la noción tradicional, sin los cuales no era posible reconocer un servicio público en este sentido, los siguientes: una necesidad de interés general, la prestación del servicio por parte de la Administración Pública directa o indirectamente, y la existencia de un régimen jurídico especial respecto de dicha prestación (de Derecho público)<sup>9</sup>.

Luego, sobre la concepción tradicional, típicamente orgánica del servicio público como se ha dicho, se construyó un régimen jurídico propio caracterizado especialmente del modo que sigue: en primer término, una titularidad pública sobre la actividad, que se traducía en la publicación o reserva estatal de la misma en favor de la Administración en general o de algún ente público personalizado. Como segunda

<sup>7</sup> DE LA CUÉTARA 1997, 112.

<sup>8</sup> PANTOJA BAUZÁ 1998, 99-101. CAMACHO CEPEDA 2010, 269-273.

<sup>9</sup> BERMÚDEZ SOTO 2010, 160-161.

característica, la existencia de poderes reservados de dirección, vigilancia y control sobre el servicio mismo a favor de la Administración; y consecuentemente, la responsabilidad de la Administración sobre el servicio. En tercer lugar, continuidad y regularidad en la prestación, la igualdad de trato a los administrados y obligación de suministro como caracteres esenciales de todo servicio público. En cuarto lugar, una deslegalización y atribución a la Administración Pública de amplios poderes de regulación; la que se fundaba en una idea muy extendida de atribución general de poderes. En quinto término, una exigencia de previa concesión o título habilitante para entrar en el sector, para el caso que se permitiera la participación de privados en ello por vía de gestión de un servicio determinado; lo que se completaba con la temporalidad de la concesión u otro título. Finalmente, como sexta característica, un régimen de tarifas o precios públicos o copago, cuando el servicio sea prestado directamente, sea que se haga por intermedio de particulares a quienes se ha otorgado un permiso, licencia o concesión para ello.

Es del caso afirmar que este servicio público sirvió al paso desde una sociedad desequilibrada, rural, ineducada, sin salud, sin transportes, sin comunicaciones, a una con mayores grados de instrucción, más urbana, más igualitaria y con mayores grados de esperanza de vida. Por ello, el servicio público es merecedor de grandes elogios, pues fue un instrumento de enorme progreso y de socialización.

Sin embargo, siempre pervive desde esta perspectiva la volubilidad de la noción en la medida que, como señala Jèze, para saber si existe servicio público o no en un caso habrá que estar a la intención de los gobernantes en lo relativo a la actividad administrativa de que se trate<sup>10</sup>, por tanto esencialmente cambiante. De manera tal que bajo esta perspectiva serán *servicios públicos* los que los gobernantes en un lugar y tiempo determinado han resuelto satisfacer por medio del *procedimiento y actividad* de servicio público, que implica la existencia de un conjunto de reglas jurídicas especiales destinadas a facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, para solucionar las necesidades del tipo, reglas que al mismo tiempo son susceptibles de modificación en todo instante para dar cabida a cada una de las necesidades de interés general que se intenta satisfacer.

De este modo, la concepción legal plasmada en el art. 28 de la LOCBGAE antes citado, se corresponde con la noción tradicional.

Sin embargo, esta concepción es criticada sustantivamente por Pantoja, en el sentido que se trata de un concepto restringido, y consiguientemente no completo, puesto que refiere solo a la organización básica de la Administración Pública, conformada por ministerios, inten-

---

<sup>10</sup> JÈZE 1928, 289-290.

dencias, gobernaciones y servicios públicos; por consiguiente, nada dice acerca de los servicios públicos prestados a través de concesiones; y tampoco a las empresas públicas creadas por ley que tienen objetos prestacionales<sup>11</sup>. Todo ello lo hace, por tanto, muy deficitario.

Al mismo tiempo, dada esa misma volubilidad denunciada, unida a la ocupación de la totalidad del sector de la actividad, y a terminar haciendo en definitiva todo aquello que era capaz de hacer, se generó en la práctica una verdadera "patente de corso" a favor de los servicios públicos, lo que contribuyó al desenfreno de su actividad. Como consecuencia de ello muchos servicios públicos se hipertrofiaron rebajando los estándares técnicos de la actividad, en cuya virtud no fue extraño que varios de ellos se descapitalizaran financieramente, en tanto otros crearon infraestructura innecesaria, unos tantos fueron superados por la evolución tecnológica, y –en fin– el cobro por sus prestaciones o tarifas en algunos eran excesivas y en otros artificialmente bajas sin justificación.

A partir de lo expresado –que denota un fracaso de ese modelo–, debe surgir necesariamente una nueva concepción sobre el mismo, que enseguida se pasa a revisar.

## 2. El servicio público luego de la privatización o liberalización

a) *Evolución y antecedentes para una nueva conceptualización.* La concepción tradicional, cuyas características y elementos se han descrito de manera apretada, comienza a ser alterada por la realidad en la medida que particulares comienzan a prestar servicios públicos (de manera directa), otros servicios son prestados por sociedades estatales regidas enteramente por el Derecho privado (como sociedades anónimas de las que la Administración del Estado, o alguna de sus múltiples personificaciones es "accionista"), comienzan a realizarse actividades empresariales que no tienen que ver como satisfacción de necesidades colectivas (como empresas automotrices o de electrodomésticos), y los particulares comienzan a realizar actividades que –sin ser de interés general– se rigen por procedimientos de Derecho público; situaciones que no se adecuan ni responden a la tipología "oficial" descrita por la Contraloría General de la República<sup>12</sup>.

De este modo, además de la volubilidad ya indicada en el acápite anterior, el servicio público empieza a tornarse difuso o incluso desarticulado si es que se piensa en lo que constituyen sus pilares estructurales.

Ante ello, cabe afirmar ahora que el servicio público precedentemente descrito y caracterizado, ya acabó su ciclo con la configuración que tenía. Y esto se avala, por el hecho cierto que a fines de la década

<sup>11</sup> PANTOJA 1998, 378-379.

<sup>12</sup> CAMACHO 2010, 271.

de 1980 se asentó en el mundo y especialmente en Chile la convicción que el Estado se había hecho demasiado grande y su incapacidad era notoria, al mismo tiempo que la ineficiencia económica del sector público era alarmante, y la calidad de los servicios muy deficiente o mínima<sup>13</sup>, de manera que de servicio al público quedaba muy poco, habiendo sido reemplazado por el servicio a una burocracia temporal. En virtud de esta convicción, a lo que debe sumarse todo el nuevo panorama del ordenamiento jurídico chileno a partir de la CPR –que configuró un Estado subsidiario, democrático y de Derecho–, comenzó a cambiar al servicio público indefectiblemente.

En la especie, a partir de dicha década se inicia un proceso de *privatización o liberalización* de los servicios públicos, antes monopolizadas por el Estado (con publicación de la actividad incluida, como se había destacado); los que ahora comienzan a considerarse actividades libres pero reguladas, ampliándose de este modo la esfera de actuación económica de los particulares. Especialmente en Chile se realizó una privatización “a la inglesa”, aprovechando al máximo el capital e impulso privados, y reduciendo de paso el estatismo excesivo<sup>14</sup>.

A mayor abundamiento de este panorama, aparece enseguida la noción de *servicios de utilidad pública*, específicamente en el artículo 19 N° 16 inciso 6 de la CPR, para referirse a aquellas actividades donde se reserva una titularidad pública de la actividad o de sectores de ella en cuyo caso será necesario obtener la concesión respectiva, mientras que en los demás aspectos de la actividad se implementan técnicas de supervigilancia e informe habitualmente, lo que en términos estrictos es únicamente la vieja policía administrativa o en términos modernos la actividad de ordenación. Esto ocurre así en la Ley General de Telecomunicaciones, en la Ley General de Servicios Sanitarios y en la Ley General de Servicios Eléctricos<sup>15</sup>, en cuyo caso la regulación de las actividades correspondientes a dichas regulaciones impone *obligaciones o cargas de servicio público*, con el objeto de garantizar que la actividad se preste bajo condiciones predeterminadas de calidad, precio o tarifa y en igualdad de acceso a los usuarios.

Por último, la CPR aparte de delinear el Estado suplente o subsidiario con la configuración ya vista, establece un límite claro –“una valla” dice Camacho<sup>16</sup>– a su actividad económica, prohibiéndole en general su realización, salvo que se le autorice expresa y determinadamente (con giro específico incluido) en virtud de una ley de quórum calificado.

---

<sup>13</sup> ARIÑO 2004, 600.

<sup>14</sup> DE LA CUÉTARA 1997, 119.

<sup>15</sup> CAMACHO 2010, 274-275.

<sup>16</sup> CAMACHO 2010, 284.

En este sentido quisiera destacar que uno de los clásicos del Derecho Administrativo chileno, como es Silva Cimma, señala en su tan conocida obra que “hasta hace poco tiempo, creíamos que en el Derecho Administrativo chileno solo era posible pensar, al referirse al servicio público, en una concepción única y exclusivamente orgánica (...) hoy en día, y después de profundas meditaciones sobre el tema, nos parece que tal aserto no puede ser tan categórico y se nos hace tarea mucho más difícil la de intentar una definición única del servicio público chileno (...)”<sup>17</sup>. Y más adelante continúa afirmando, que si bien normativamente o de modo general se usa mucho en nuestro país la expresión servicio público desde un punto de vista orgánico, “se abre paso paulatinamente, pero en forma definitiva, el imperio de la concepción funcional”<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de ello, la verdad es que sea utilizando la noción *orgánica*<sup>19</sup> –que lo define como los órganos o entes que integran la Administración de un Estado y a la actividad que tales órganos realiza, cualquiera que ella sea–, sea que se utilice la concepción *funcional*<sup>20</sup> –que lo define como una actividad que persigue un fin de interés general, bien que sea ella realizada por una entidad o cuerpo estatal, bien por personas privadas, sean jurídicas o naturales–; lo cierto es que cualquiera de esas dos nociones finalmente tradicionales del servicio público, resultan insuficientes a la luz de lo establecido actualmente en el panorama jurídico chileno, en especial considerando el marco de lo que comúnmente se denominó la “Constitución económica”<sup>21</sup>.

b) *Replanteamiento de la noción*. Por todo lo dicho, se hace necesario un nuevo concepto del servicio público, realista si se quiere, de la que emanen nuevos efectos, por las proyecciones e importancia que ello tiene en la vida cotidiana de los particulares, titulares de derechos subjetivos públicos que son los usuarios de dichos servicios.

Y ese concepto, necesariamente amplio debe atender a la teleología de la actividad: satisfacer necesidades públicas; por consiguiente, parece que debe vincularse antes que con el órgano, con la cobertura de dichas necesidades.

De manera coincidente, en este trabajo se propone considerar a los servicios públicos desde una perspectiva esencialmente *funcional*, en el sentido que ya no se debe atender de manera principal al sujeto que realiza la actividad a quien tradicionalmente se le imputaba la

<sup>17</sup> SILVA CIMMA 1995, 47-48.

<sup>18</sup> SILVA CIMMA 1995, 51.

<sup>19</sup> SILVA CIMMA 1995, 27.

<sup>20</sup> SILVA CIMMA 1995, 28.

<sup>21</sup> A partir, fundamentalmente, del art. 19 numerales 21 a 25 de la CPR.

titularidad en carácter monopólico de la esta actividad prestacional –y era centro de la construcción normativa–, sino que desde aquella que atiende o centra su atención en la *actividad misma*.

Al respecto cabe atraer lo señalado por Braconnier, cuando identificando los elementos materiales y caracterizando el servicio público, destaca como tales los siguientes: a) una actividad de interés general; y b) la sumisión de la misma a un régimen exorbitante del Derecho privado<sup>22</sup>.

Para esta investigación, estos factores constituyen un elemento fundamental para la identificación del servicio público desde la perspectiva que se está utilizando, claramente materiales, antes que ligados a la identificación de una persona pública que los preste. Con ello, se deja de lado, evidentemente, una concepción que centra su atención en las personalidad de quien actúa para recentrar esa mirada en la actividad misma y en el régimen jurídico habilitante.

No se quiere, sin embargo, esquivar quién realiza la actividad sino que se quiere colocar esa cuestión en su justo término.

Al respecto, señala certeramente Muñoz Machado que una vez afirmado que el servicio público ha perdido su carácter predominantemente orgánico, lo que sí puede decirse claramente del mismo es que hoy se trata y es posible sostener una noción más bien *material* que se refiere a actividades gestionadas en condiciones jurídicas exorbitantes del Derecho común –de los particulares–, realizadas tanto por las administraciones públicas como por los privados<sup>23</sup>. Y de manera especialmente relevante a esta investigación es la cuestión destacada por él mismo, en el sentido que ya no solo existen servicios públicos calificados formalmente como tales que no se atribuyen a las administraciones públicas, sino que en otras oportunidades las prerrogativas y posiciones exorbitantes al Derecho común de estos, no se justifican porque las hayan recibido de un acuerdo contractual o concesional con la Administración concedente, sino que mediante una atribución directamente derivada de la ley<sup>24</sup>.

Conectando con esto, se entiende y justifica más plenamente una concepción más compleja de entendimiento de los fenómenos fácticos y jurídicos asociados al Derecho Administrativo –conocida como concepción dual o bifronte– en donde *por un lado* se reconocen a las Administraciones Públicas personificadas en sí mismas como una estructura organizativa independizada precisamente para actuar en régimen de Derecho Administrativo (o, lo que es lo mismo, organizaciones que no

---

<sup>22</sup> BRACONNIER 2003, 156-174.

<sup>23</sup> MUÑOZ MACHADO 1997, 318.

<sup>24</sup> MUÑOZ MACHADO 1997, 318-319.

gozan de otro poder del Estado que el juridificado en forma de potestades administrativas, por lo que en ellas puede partirse de la idea del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal, siendo el deslinde conceptual básico que debe hacerse de frente al Derecho privado); y, *por otro*, en las corporaciones y organismos de Derecho público o privado en que confluyen diversos órdenes jurídicos, debiendo separarse lo que es potestad administrativa de lo que no. Consecuencialmente, ahora ya no es correspondiente o necesario el servicio público con la titularidad estatal.

Enseguida, como bien se sabe, hoy el *servicio público* expansivo y con fuerte vinculación a la satisfacción de necesidades generales de la población –mínimas si se quiere y ligadas a la electricidad, agua potable, gas, telefonía entre otros–, es prestada mayoritariamente por un *mercado regulado* bajo nuevos paradigmas surgidos del desarrollo del “orden público económico” trazado a partir de la reconfiguración de los mismos desde la CPR, promoviendo la competencia allí donde sea posible o simulándola en su caso, para proteger los intereses de los usuarios en los casos en que se mantengan situaciones monopólicas<sup>25</sup>. De modo tal que si en el *modelo clásico de regulación* de los grandes servicios ya referidos, el ente administrativo asumía la mayoría de las decisiones vinculadas a la planificación, inversión, financiación, precios, optimización, explotación hasta llegar a detalles muy específicos –todo ello ligado a la idea de control de la actividad o sector– ligados a la prestación misma; ahora con el *nuevo modelo de regulación*, en general se ha separado al regulador del prestador y en su virtud se utilizan los modos de la competencia, como ocurre con el servicio de agua potable y alcantarillado o en la telefonía<sup>26</sup>.

De este modo, la *competencia* es el objetivo prioritario y la *regulación* es el instrumento jurídico necesario para defenderla, para crearla cuando aquella no existe, o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural u oligopolio involucrados<sup>27</sup>; a lo que cabe agregar que a los particulares que prestan estos servicios se les impone un verdadero régimen exorbitante, que se traduce en obligaciones o cargas de servicio público, consistentes en general en el respeto por las reglas de funcionamiento de los mismos.

Esta idea es definitivamente coincidente con el cambio de giro experimentado por todo el ordenamiento jurídico a partir de la CPR que consagra la subsidiariedad o supletoriedad general en el ámbito económico, pasando de la servicialidad asistencialista de la Administración

<sup>25</sup> VERGARA BLANCO 2004, 33-49.

<sup>26</sup> ARIÑO 2004, 604.

<sup>27</sup> Como ocurre, por ejemplo, con los abastecimientos de telefonía, electricidad y más aún en los servicios sanitarios. ARIÑO 2004, 606.

Estatal a la libertad de empresa, y en los casos de servicios públicos destacados la regulación –como instrumento normativo–, será siempre necesaria, pero en principio debe ser solo la necesaria, imprescindible, subsidiaria y complementaria del mercado.

Así, el nuevo servicio público –el de hoy– resulta que debe ser entendido sobre la base de tres postulados mínimos, como son: su *juridificación*, reemplazando la discrecionalidad por fórmulas de fiabilidad y previsibilidad a partir de su marco jurídico; su necesario *redimensionamiento*, de manera que la universalización tenga un correlato en la organización de los medios para que pueda ser satisfecha efectivamente y la igualdad se concrete en prestaciones de base o mínimas que se garanticen para todos, descargándose del exceso de tareas; y como resultado de lo anterior, la *concreción de una prestación básica universal*, ofrecida a los ciudadanos y garantizada por el Poder Ejecutivo<sup>28</sup>.

Ante este panorama, solo cabe añadir que en este contexto, no resulta extraña la constatación que hoy los particulares prestan servicios públicos que se encuentran regulados plenamente, constituyendo una situación o forma de servicios dirigidos a la satisfacción de necesidades generales del público, por medio de actividades privadas realizadas en interés general por estos, lo que tiene un claro sustento normativo en los arts. 19 N° 10 inc. final y N° 16 inc. final y 63 N° 10 de la CPR<sup>29</sup>. Punto más específico dentro de este panorama, pero que contribuye a formar una idea más completa o más general del fenómeno ocurrido, lo constituye la actividad pública de inspección y de control de riesgos –una *policía administrativa* moderna y de configuración reciente– que se realiza y concreta en muchos sectores por entidades derechamente privadas colaboradoras de la Administración, con medios técnicos y personal especializado, lo que constituye un genuino ejercicio de funciones públicas por particulares que adoptan resoluciones dentro de procedimientos de naturaleza administrativa y dictando actos de idéntico carácter<sup>30</sup>.

Y si se trata de ejemplos concretos, esto tiene una especial aplicación en el caso de la certificación ambiental, al remitir la Administración Pública a entidades privadas la competencia técnica, independencia e idoneidad moral con el fin de que ella dé fe del cumplimiento de los requisitos o condiciones ambientales de un producto, proceso o establecimiento<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> DE LA CUÉTARA 1997, 132-167.

<sup>29</sup> PANTOJA 1998, 266-267 y 337.

<sup>30</sup> ESTEVE PARDO 2011, 370-371.

<sup>31</sup> BERMÚDEZ 2007, 217-218.

### 3. Configuración actual de los servicios públicos

Ante esta realidad –donde la evidencia es abrumadora–, se afirma sin duda alguna que se han reconfigurado los servicios públicos a partir de una reconducción y purificación del concepto a lo que le es propio, descargando esta actividad del pesado lastre que colocaba su acento en la organicidad. Es en este campo de acción en donde debe dejarse constancia que esas actividades de servicio público en sentido amplio deben atender a satisfacer necesidades públicas o colectivas –como no puede ser de otro modo–, pues la misma CPR define teleológicamente nuestro Estado como servicial, democrático y de Derecho<sup>32</sup>. De esta manera la noción actualizada de servicio público es más bien un Derecho de regulación de actividades económicas donde están involucrados intereses generales o colectivos, identificando la noción de servicio público con una técnica legal de regulación sobre actividades de contenido económico cuya titularidad ostenta la Administración pública o no, y su gestión es realizada fundamentalmente por particulares, destinadas a la satisfacción de necesidades sectoriales y colectivas<sup>33</sup>.

Dada la privatización o liberalización de los servicios públicos de régimen prestacional de titularidad estatalizada y, por consiguiente, perdida esa posición surge como alternativa la del régimen de regulación de los servicios económicos de interés general; cambiándose el eje central desde la titularidad a la del régimen jurídico, constituyéndose un verdadero Derecho de la regulación de actividades económicas, que desplaza al régimen de actividad administrativa de prestación, y que debe atender intereses generales de toda la población<sup>34</sup>; lo que se ha generado a partir de la recepción en Europa continental del modelo de regulación tras la pérdida de posiciones de dominio y titularidad estatalizado en toda una serie de sectores económicos con marcada presencia e interés públicos<sup>35</sup>.

En este sentido, esta actividad es fundamento y explicación, ya no Estado de Policía ni Estado del Bienestar, sino de un *Estado garante*<sup>36</sup> de intereses generales frente a la actividad de empresas privadas que funcionan en régimen de mercado y competencia, en aquellos sectores que tienen relevancia para la sociedad y sus habitantes, que habitualmente se corresponden con servicios esenciales, y garantizando que en ellos se realicen prestaciones básicas, conforme reglas o principios mínimos de operación<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Arts. 1º inciso 4, 4º, 6º y 7º CPR.

<sup>33</sup> Tomo como base a NALLAR DERA 2010, 163-166.

<sup>34</sup> ESTEVE PARDO 2011, 465-466.

<sup>35</sup> ESTEVE PARDO 2010, 298-299.

<sup>36</sup> El *Gewähleistungstaat* en Alemania.

<sup>37</sup> ESTEVE PARDO 2011, 466.

Dicho lo anterior, que sirve para explicar sucintamente este panorama; para los efectos propios de esta investigación es preciso trazar de todas maneras una clasificación, por general que sea, con el fin de tomar uno de estos tipos que se indicarán y desarrollarlo.

Así, tomando como base lo explicado y agregando a Camacho<sup>38</sup>, es posible distinguir entre *servicios públicos estatales* propiamente tales (o de prestación directa), prestados por un órgano integrante de la Administración Pública titular del servicio, por un órgano no diferenciado pero con competencia exclusiva, por una entidad descentralizada y autónoma de tipo fundacional, o incluso por una empresa –pública o privada– del Estado constituida al efecto; *servicios públicos concedidos* (o de prestación indirecta), en virtud de convenios, contratos específicos, concesión de explotación de servicio público, y concesión de actividades cuasi publicadas también denominada concesión de servicio público (en sentido funcional); y *servicios de utilidad pública, abiertos a la competencia o de mercados regulados*, como sería el caso de las telecomunicaciones y telefonía, agua potable y servicios sanitarios, y electricidad.

Luego, a efectos de esta investigación, será desarrollada una categoría que hasta ahora no se había tratado con detención en nuestro país, y solo había sido referida de manera tangencial, que típicamente se indica como una figura intermedia, ubicada a medio camino entre una actividad libre y un servicio público de los *servicios públicos virtuales* o *servicios públicos impropios* o, mejor aun, *servicios privados de interés público (SPIP)*, que enseguida se pasarán a analizar con mayor detención, pues ahora se atenderá resumidamente lo relativo a los principios o, más propiamente, reglas de funcionamiento de los servicios públicos.

#### 4. Luego, los principios y reglas de prestación de los servicios públicos

De acuerdo a lo visto, a fin de seguir avanzando es preciso realizar un desarrollo –esquemático que sea– acerca de los principios o reglas generales de *funcionamiento* de los servicios públicos *lato sensu*, lo que resulta aplicable a cualquiera de las tipologías señaladas, cuestión que pasa a realizarse<sup>39</sup>. Los dos primeros atienden a responder ante la necesaria confiabilidad en ellos por parte de la sociedad; y los dos siguientes a responder por la forma o modo en que se prestan precisamente.

a) *Universalidad*. También denominado principio de *generalidad*, con el que fundamentalmente se alude a la accesibilidad general a ac-

<sup>38</sup> CAMACHO 2010, 289-294.

<sup>39</sup> Se explican tomando como base a ZEGARRA VALDIVIA 2005, 59-60.

tividades prestacionales de bienes y servicios que por su carácter vital o básico han de ofrecerse al conjunto de las personas, quienes deben recibir el servicios en condiciones de accesibilidad general sin perjuicio que por ello se pague una tarifa.

Ello implica que los servicios deben resultar asequibles a todas las personas con independencia de sus condiciones y situaciones específicas<sup>40</sup>, o adecuándose a ellas en su caso, a objeto de concretar su utilización y prestación del servicio conforme las normas legales y reglamentarias que lo regulen. En especial el acceso, debe garantizarse en condiciones semejantes de calidad a todos los usuarios y con las mismas garantías de atención<sup>41</sup>.

Sobre ella, se ha dicho que, antes que principio, hoy es una regla técnica que vino a reemplazar el servicio público de titularidad estatal exclusiva, para conseguir ahora en un área despublicada pero regulada una de las notas del servicio público, cual es la universalidad de ciertas prestaciones<sup>42</sup>.

*b) Continuidad.* Constituye el primer principio –sin el cual no se puede concebir cualquier servicio público–, y expresa la exigencia del funcionamiento ininterrumpido del servicio en las condiciones adecuadas a la población a la que se le presta.

Sobre ella, se ha sostenido su esencialidad al señalar que “el concepto de servicio público, por ser servicio, ha de consistir en la actividad prestada continua y regularmente por una organización”<sup>43</sup>. Al mismo tiempo, debe ser entendida como la base sobre la cual se sustenta la prestación, y se funda en que una determinada actividad que ha recibido dicha consideración se encuentra a disposición de los usuarios de forma permanente, o como expresa Villar Palasí “se configura como esencial al servicio público la prestación regular y continua”<sup>44</sup>, y comprende distintas aplicaciones dependiendo de la naturaleza del servicio, como pueden ser la uniformidad horaria, o la disponibilidad permanente del servicio –sus medios y personal correspondiente– para satisfacer aquellas necesidades que pudieran surgir en el sector o parcela de sector que es atendido por este. Ello, sin embargo, no implica que en todos los casos deba prestarse siempre materialmente, sino que lo requerido es que sea proporcionada cada vez que aparezca la necesidad y se le requiera; de manera tal que lo que sí se exige son unas garantías

<sup>40</sup> ESTEVE 2011, 435.

<sup>41</sup> CAMACHO 2007, 471-472. También FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 429.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 420.

<sup>43</sup> DE LA CUÉTARA 1983, 126-127.

<sup>44</sup> VILLAR PALASÍ 1964, 160.

precisas para asegurar el funcionamiento del servicio<sup>45</sup>. Al mismo tiempo, se impone al titular-prestador del servicio público la obligación de asegurar que el suministro no será interrumpido, salvo causas de fuerza mayor que le dejen en una situación de imposibilidad de continuar la prestación del servicio<sup>46</sup>.

Esta continuidad se protege, tradicionalmente, de modo general por dos formas o maneras<sup>47</sup>:

- i) por la posibilidad que la Administración, en casos excepcionales o de urgencia, proceda a la ejecución directa del servicio cuando este sea prestado por los particulares; y
- ii) en la prohibición o restricción del derecho a huelga.

En este último punto conviene apuntar que acá surge claramente un conflicto con el derecho a huelga de los trabajadores de los servicios, lo que en algunos casos se salva por el establecimiento de un sistema de atenciones mínimas, que en cada sector se formaliza a través del reconocimiento y condiciones que se concretan en los convenios colectivos que suscriben<sup>48</sup>. No obstante en nuestro Derecho ello tiene una fisonomía un tanto difusa y más bien balanceada del lado de los usuarios antes que de los trabajadores de dichos servicios, toda vez que en el art. 19 N° 16 de la CPR se contempla efectivamente una restricción al derecho a huelga de los trabajadores o funcionarios del Estado y de las municipalidades, agregándose más adelante en el mismo numeral 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, la economía del país, al abastecimiento de la población o la seguridad nacional”; y dicha disposición se complementa con el art. 84 letra i) del Estatuto Administrativo y con el art. 384 del Código del Trabajo que repiten y completan la norma constitucional indicada, situación que en todo caso conserva vacíos y desregulación, cuestión que ya se ha analizado y afirmado anteriormente en concreto<sup>49</sup>, lo que debería enmendarse disminuyendo –siempre a favor de los usuarios– la discrecionalidad rayana en arbitrariedad e incerteza –conforme las prescripciones normativas citadas–, inadmisibles en un Estado de Derecho, aumentando con ello la confianza en el sistema para todos sus actores.

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 433.

<sup>46</sup> Incluso en algunas áreas, aquello tampoco constituye fundamento de excepción, como ocurre en alguna medida en el ámbito de la industria energética.

<sup>47</sup> CASSAGNE 2002, 304.

<sup>48</sup> ESTEVE 2011, 435.

<sup>49</sup> ZÚNIGA URBINA / SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ 2010, 406-419. También en CAZOR ALISTE / CORTÉS MORENO 2012, 253-255.

c) *Igualdad y no discriminación.* Conecta con el anterior principio, y constituye una manifestación del principio y derecho de igualdad general, consagrado constitucionalmente en los arts. 1º y 19 Nº 2 CPR, en cuya virtud se sanciona consecuentemente la interdicción de la arbitrariedad.

En el caso de esta regla aplicable específicamente para los servicios públicos, se obliga al prestador a tratar de la misma manera a las personas que se encuentren en una misma situación de hecho o de Derecho<sup>50</sup>. Lo que tiene el efecto de proscribir e impedir cualquier factor de discriminación arbitraria –es decir, basados en el mero voluntarismo– en el acceso y utilización de los servicios; surgiendo de este modo un verdadero derecho subjetivo público de acceso y disfrute del servicio en condiciones paritarias a todos aquellos a los que va dirigido.

Se trata de una igualdad de todos los ciudadanos beneficiarios, en el acceso a las prestaciones que comprende, sin que exista la posibilidad de poder negarse a alguien en la medida que las capacidades y posibilidades del servicio lo permitan<sup>51</sup>. Ello genera como efecto, una prohibición de trato discriminatorio, tanto en el acceso al servicio como en las condiciones y modalidades de su prestación.

d) *Mutabilidad.* También conocida como adaptación al progreso técnico, lo que exige que el servicio responda en todo momento en sus características materiales a un óptimo nivel de satisfacción del interés general, e implica que las prestaciones suministradas al público han de estar siempre adaptadas a sus necesidades<sup>52</sup>. Este principio y regla tiene un marcado carácter técnico –en contraposición a otros, como el de igualdad, sustancialmente político–, aunque de todas maneras y en último término se vincula con la satisfacción del interés público o general.

En particular puede señalarse sobre el mismo que, en virtud del proceso de privatización o liberalización, se ha roto el vínculo entre el servicio y la prestación pública por el servicio, sea porque este ya no existe, sea porque se ha transformado en regulador en un régimen de libre iniciativa empresarial en su prestación. De lo anterior, resulta más bien una serie de técnicas destinadas a garantizar el efectivo respeto de este principio por los operadores privados; y en todo caso debe establecerse una correlación entre la adaptación al progreso técnico y la garantía de calidad en la prestación.

<sup>50</sup> ZEGARRA 2005, 60.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 436.

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 442.

5. En particular, los servicios públicos virtuales o impropios o –mejor– servicios privados de interés público (SPIP)

a) *Explicación general sobre la categoría.* Cabe señalar desde ya que es intención de este estudio, resolver la aplicación a los casos en estudio de una discutida categoría –la ya referida de los servicios públicos virtuales o impropios o, como se considera mejor denominarlos, servicios privados de interés público–, la que se explica brevemente a continuación.

Con esta denominación se conoce a determinadas actividades que no han recibido una publicación expresa, pero que son objeto de una intensa regulación interventora de la Administración Pública correspondiente, en cuanto existe en ellas un interés público que se considera debe ser tutelado<sup>53</sup>, pues aunque son “servicios privados”, están dotados de una relevancia que trasciende los términos estrictos del interés particular<sup>54</sup> donde solo se encuentran en juego derechos subjetivos privados, y por ello se justifica su dimensión pública. Se trata de actividades claramente servidas por particulares las que, al mismo tiempo, son fuertemente intervenidas en razón del hecho que las cuestiones a que se refieren las mismas y que se traducen en un bien o en un servicio, no tienen un interés meramente particular, sino que se excede dicho ámbito, encontrándose comprometido con ello un interés general o colectivo –público finalmente–, con lo que realizan.

Así es posible señalar que cuando se habla de *servicios públicos impropios* o *servicios públicos virtuales* o, mejor aun, de *servicios privados de interés público (SPIP)*, se hace referencia a actividades que, sin estar reservadas expresamente a la acción estatal ni calificadas como actividades de servicio público, no pueden desarrollarse en un régimen puro de libertad económica y jurídica, puesto que tienden a la satisfacción de intereses generales o colectivos donde, sin embargo, su titularidad y responsabilidad no corresponde a las Administraciones Públicas.

Las condiciones que derivan de dicha calificación, que normalmente no es legal sino solo doctrinal, recaen en la imposición de *obligaciones o cargas de servicio público*, que se traducen normalmente en la imposición a los suministradores u operadores privados de ciertas actividades, a realizar la prestación de forma que los intereses públicos y colectivos continúen siendo protegidos y satisfechos.

Se adiciona, siguiendo ahora a Sarmiento en torno a esta distinción, que si el servicio *propio* es aquel que es prestado o satisfecho di-

---

<sup>53</sup> SENDÍN 2003, 118.

<sup>54</sup> ENTRENA CUESTA 1958, 40.

rectamente por parte de la Administración del Estado, mientras que el *impropio* es un servicio destinado a la satisfacción de necesidades colectivas en forma más o menos continua, pero que solo es reglamentado por el Estado, sin que este lo preste o conceda. Se trata, claro está, de actividades realizadas por los particulares por medio de las cuales se satisfacen necesidades públicas o colectivas, por lo que se establece una regulación claramente más intensa determinando la forma como deberá ser ejercida la actividad, imponiendo condiciones técnicas, efectuando fiscalizaciones entre otras cuestiones<sup>55</sup>; lo que justifica claramente la inclinación de la balanza hacia la *regulación* como método de intervención estatal de ello y en donde sí aparece dicha organización jerarquizada.

De todas maneras, cabe señalar que para realizar dicha calificación –la referida acrónicamente como SPIP–, hay que atender a las características específicas del caso concreto, pues no se puede aplicar sin más esta categoría a todos los casos de servicios compartidos. Se trata, específicamente, de actividades privadas que por su elevada repercusión sobre la vida colectiva, se someten a una ordenación detallada y minuciosa, con una intervención muy intensa de poderes jurídico-administrativos sobre ellas<sup>56</sup>.

Han sido reconocidos como típicos ejemplos de esto el servicio de taxis, la actividad bancaria y la de seguros, la actividad farmacéutica, las actividades sanitarias o asistenciales privadas, y los centros privados de enseñanza. En estos casos estamos ante distintas situaciones que requieran autorización, o en otros casos una importante intervención por la vía del control de sus actos, con una relación permanente de sujeción.

b) *Características principales.* Siguiendo el esquema de Cassagne en esto<sup>57</sup> –y aunque da cuenta de la figura, es preciso aclarar que no le convence–, hay que señalar que esta categoría permite extender de modo excepcional el régimen jurídico de los servicios públicos a actividades que prestan los particulares, cuya fuerza expansiva no llega a producir una *publicatio* de la actividad; lo que no es óbice, en todo caso, para reconocer la aplicación de las reglas del servicio público en ellas. Y con ello se quiere decir que se trata en principio de una actividad privada, y servida por privados, pero que al entrañar un especial interés público queda sujeta a una intervención de poderes jurídico-administrativos más intensa de lo que es habitual en el resto de las actividades de esta clase; ello pues si bien es una actividad puramente

<sup>55</sup> SARMIENTO GARCÍA 1994, 9-10.

<sup>56</sup> DE LA CUÉTARA 1983, 227.

<sup>57</sup> CASSAGNE 2002, 297. También en CASSAGNE 1992, 41-45.

privada desde el punto de vista del sujeto que la presta, es en cambio una actividad pública, si se tiene en cuenta su finalidad, lo que coincide con su régimen jurídico.

Aunque la doctrina más relevante no esté muy de acuerdo con esta categoría, como Santamaría Pastor<sup>58</sup>, Ariño<sup>59</sup>, De la Cuétara<sup>60</sup> o el mismo Cassagne<sup>61</sup>, otros también relevantes como Parada<sup>62</sup>, Parejo<sup>63</sup> y Garrido Falla<sup>64</sup>, la admiten; y en todo caso, todos coinciden en que considerando el titular ejerciente de este "servicio" estamos ante un supuesto de actividad privada, sujeta a ordenaciones de policía especialmente intensa. Particularmente De la Cuétara señala que no constituyen auténticos servicios públicos, sino que en realidad se trata de actividades privadas fuertemente intervenidas por la Administración estatal en virtud de sus potestades de policía administrativa general, las que por su elevada repercusión sobre la vida colectiva se deben someter a una ordenación detallada, reconociendo que en ellas existe una intervención más fuerte de lo habitual del poder público<sup>65</sup>.

En cualquier caso, sus notas características<sup>66</sup> serían las que siguen:

i) se trata de actividades fundamentalmente privadas, no atribuidas ni asumidas a o por la Administración Pública;

ii) revisten un interés general de acuerdo al público o a una colectividad;

iii) es una actividad dirigida al público de manera indeterminada, o a una colectividad que se encuentra en necesidad y posición de reclamarlo;

iv) las actividades se desarrollan bajo las prescripciones de un régimen especial reglamentario.

Es por ello que, en aquellos casos que se han reconocido como ejemplos de esta figura, no hay actividad publicada, ni concesión, ni autorización previa, sino una relación de tipo regulatorio entre la Administración y los particulares que sostiene en base a distintos instrumen-

<sup>58</sup> SANTAMARÍA PASTOR 2004, 302-304.

<sup>59</sup> Aunque finalmente se coincida con su razonamiento pues efectivamente no estamos en presencia de un genuino servicio público, pero cabe agregar que tampoco estamos en presencia en este caso de una actividad simplemente privada aunque reglamentada, disciplina o programada. ARIÑO 2004, 555-561. En igual sentido, ARIÑO ORTIZ 1993, 306-314

<sup>60</sup> DE LA CUÉTARA 1983, 140-141.

<sup>61</sup> CASSAGNE 2002, 299.

<sup>62</sup> PARADA 2005, 445-447.

<sup>63</sup> PAREJO ALFONSO 2003, 671.

<sup>64</sup> GARRIDO FALLA 2002, 448-449.

<sup>65</sup> DE LA CUÉTARA 1983, 227-228.

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 124.

tos jurídicos, un deber de hacer o prestacional. Como destaca Fernández, el efecto es sujetar esta actividad realizada por privados aunque de interés público, a la ordenación de policía.

Se trata, en definitiva, de actividades en donde no existe una declaración formal de servicio público –aunque en los casos que se van a analizar se hace evidente, como se verá–, ocurriendo de todos modos que la Administración del Estado por razones de interés público se reserva poderes de intervención a partir de la existencia de un régimen especial de tipo legal o reglamentario. En este caso, no existe una declaración legal de titularidad pública sobre una actividad, sino que en definitiva se está en presencia de un supuesto de una “actividad privada sujeta a una ordenación de policía especialmente intensa”<sup>67</sup>.

En nuestra doctrina –escasa en este, como en otros aspectos–, solo Silva Cimma se refiere a la noción en dos sentidos: en oposición al servicio público propio, refiriéndose a la expresión “impropio” negando atributos de servicio público a este último caso; y por oposición al servicio público orgánico, con la expresión “virtual” conectando dicha figura –en mi parecer, de manera errada– con la concesión de servicios públicos. En todo caso, en ambas situaciones se trata de una categoría que no le atrae y le parece muy sutil<sup>68</sup>.

Sin embargo, estimo que por la fuerza de los hechos y atendiendo una vez más a la realidad, hoy resulta imposible negarla, especialmente dada la *reconfiguración* de los servicios públicos; y –coincidiendo con Sendín<sup>69</sup>–, solo si se considera como un supuesto imbatible la titularidad administrativa (y el monopolio *de iure*) del servicio público, es admisible negar la existencia de esta categoría, por muy híbrida que aparezca o por muy clara actividad de policía que sea, pues más bien esta última es un conjunto de técnicas. Y en efecto, atendido lo revisado en los acápites anteriores la visión organicista que se centra en la titularidad de la Administración Pública de estos servicios, solo dice relación con una parte de la actualidad de los servicios públicos.

c) *Correlativamente, su vinculación con las obligaciones o cargas de servicio público.* Del mismo modo que en lo anterior, este punto se desgaja de ello y se conecta con la materia estudiada.

En general, las *cargas de servicio público* se refieren a obligaciones concretas para actividades por lo demás privadas que importan un gravamen de Derecho Público, e implica muchas veces una situación

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 125-126.

<sup>68</sup> SILVA CIMMA 1995, 42-44.

<sup>69</sup> SENDÍN 2003, 121.

intermedia entre el servicio público y la actividad privada<sup>70</sup>. Como reconoce Zegarra, aunque determinadas actividades no reciban la calificación formal de *servicio público*, se impone sobre ellas esta clase de obligaciones<sup>71</sup>, lo que demuestra que la actividad de servicio público estricto o positivo no es la única respuesta para satisfacer las necesidades individuales y colectivas<sup>72</sup>; de lo que se deriva como posibilidad de afirmación, que lo esencial es la actividad y no el sujeto.

Sobre esto mismo, corresponde señalar en esta parte –sin perjuicio de abordarlo con especificidad más adelante–, que se deben distinguir dos clases de obligaciones o cargas:

i) las generales de servicio; destinadas a garantizar el cumplimiento de los principios de prestación (continuidad, universalidad, igualdad y calidad)<sup>73</sup>; y

ii) las especiales de servicio; impuestas particularizadamente en cada caso de acuerdo a la regulación específica, habitualmente de naturaleza legal y luego reglamentaria, o incluso a través de algún medio o figura contractual.

Muy expresivo, finalmente, resulta lo señalado por Martínez López-Muñiz, en el sentido que estos servicios constituyen una técnica jurídico-administrativa elemental que, con sujeción a los principios *pro libertate* y de subsidiariedad, proporciona soluciones suficientes a problemas actuales de la sociedad<sup>74</sup>.

## II. El caso de los sistemas de Agua Potable Rural (APR), fáctica y normativamente considerados

A partir del contexto antes explicado, se pretende analizar este primer caso a fin de verificar o no, la idoneidad de las figuras antes explicadas en términos generales y dogmáticos.

<sup>70</sup> DE LA CUÉTARA 1997, 152-154.

<sup>71</sup> Como las denomina Fernández García o Martínez López-Muñiz, como imposición a los operadores de servicios esenciales económicos en red. FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 564. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ 1997, 247-248.

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA 2003, 566.

<sup>73</sup> Cabe agregar que, como es fácilmente constatable de la realidad ordinaria, la autoridad impone a los operadores de servicios de esta naturaleza, la obligación-carga de hacer accesible la prestación a zonas o usuarios aun cuando ello suponga un costo significativo, el que de todos modos recupera al obtener la misma contraprestación pero esta vez de sectores altamente rentables. Acá, la regulación pública se produce para garantizar unas exigencias básicas desde la perspectiva del interés general o colectivo que tutela la autoridad administrativa. ESTEVE 2011, 480.

<sup>74</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ 1997, 249.

En efecto, en el marco del sistema general de abastecimiento de agua potable y saneamiento en Chile, se ha estimado pertinente analizar un tipo de servicio de agua potable –el que se realiza a nivel rural– escasamente tratado, y que es prestado o administrado por los propios beneficiarios del mismo.

En Chile, esta situación se encuentra concretada en organizaciones de particulares que forman un sistema de agua potable rural (conocidos por su acrónimo APR) conformados en su mayoría a partir de comités formados al alero de la Ley de Juntas de Vecinos, y también por medio de cooperativas al alero esta vez de la Ley General de Cooperativas, a través de las cuales se posibilita la prestación de estos servicios en áreas calificadas como rurales conforme con los respectivos instrumentos de planificación territorial (del Plan Regulador)<sup>75</sup>.

Como bien se sabe, sobre todo a fines de los años 80 y comienzos de los 90 del siglo XX, se produce una transformación jurídica de relevancia en el país, primeramente al dictarse una serie de cuerpos legales que produjeron la “privatización” de numerosos servicios públicos; siendo el específico aplicable a este caso el D.F.L. N° 382 que establece

<sup>75</sup> Los APR encuentran su origen en el año 1964, a raíz de un encuentro internacional de Ministros de Salud de países latinoamericanos realizado tres años antes en la ciudad de Punta del Este, Uruguay, a partir de lo cual se adoptó en nuestro país la decisión política de iniciar la construcción a escala de sistemas de Agua Potable Rural, implementando un saneamiento que abarcara la totalidad del territorio nacional, cuyos objetivos eran básicamente dos: por un lado, aumentar las expectativas de vida de la población; y por otro, disminuir drásticamente la mortalidad y morbilidad infantiles, cuyos índices a la sazón eran notoriamente altos. Para realizar dicha tarea, se comenzó con la instalación de sistemas de agua potable en poblaciones rurales concentradas, cuya supervisión en sus comienzos fue radicada en el antiguo Servicio Nacional de Salud (SNS) a través de la Oficina de Saneamiento Rural (OSR).

Luego, a mediados de los años 70 del siglo XX y como consecuencia del inicio de profundos cambios a la Administración del Estado en Chile, se determinó que toda la actividad relacionada con los sistemas de agua potable rural y saneamiento sanitario, pasaran a depender ahora de la Dirección de Obras Sanitarias (DOS) del Ministerio de Obras Públicas, configurando dentro de dicha Dirección un área denominada Sección de Agua Potable Rural la cual tuvo como función la supervisión de todos los sistemas de agua potable existentes a la fecha en el país. Para ello dicho organismo debía realizar los estudios, proyectos y construcción de los sistemas de agua potable rural, prestando la posterior asesoría a la comunidad organizada, junto con el Departamento de Sección de Higiene Ambiental del mismo ministerio, que supervigilaba el abastecimiento de agua a la población rural dispersa. Posteriormente este servicio fue elevado a la categoría de departamento.

En el año 1977 mediante la dictación del D.L. N° 2.050 se crea el Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS), continuador legal de la Dirección de Obras Sanitarias, pasando a constituir una dirección del Ministerio de Obras Públicas, cuestión que reforzaba su organicidad. Esta época representa un avance sustancial en la implementación de los sistemas de abastecimiento de agua potable y saneamiento rural, pues que se da inicio a un planeamiento estructural a nivel general, que cuenta con una fuente de financiamiento segura y estable –la estatal–, además se avanza notoriamente en las soluciones de carácter técnico, y se presta asesoría y capacitación a las organizaciones comunitarias que operan el sistema.

la Ley General de Servicios Sanitarios, y seguidamente la Ley N° 18.885 por medio de la cual se autorizó al Estado –más bien a empresas estatales– para desempeñar algunas actividades empresariales.

En su virtud se crearon seguidamente once sociedades anónimas abiertas las que quedaron sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, transformándose en las sucesoras legales del Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS), lo que implicó que el antiguo sistema de agua potable y sanitario pasara de tener un carácter estatalizado, a transformarse en una actividad desarrollada por empresas estatales originalmente aunque configuradas como sociedades anónimas con capital accionario, y luego –en virtud de la venta de dichas acciones– a ser empresas principalmente privadas, conservando el Estado de Chile una mínima de participación a través de CORFO, produciéndose de este modo la privatización o liberalización de dicha industria.

Sin embargo, en una tónica que se mantiene hasta nuestros días, el legislador olvidó –voluntaria o involuntariamente– regular e incluir dentro de dicho sistema, a los sistemas de agua potable y saneamiento rural que quedaron primeramente bajo la tuición de la Dirección de Planeamiento del Ministerio de Obras Públicas, quien ejerció el control y administración de los créditos otorgados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que financiaron el área; situación que se mantiene hasta el día de hoy solo que en la actualidad quien ejerce dicha tuición es la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH) del Ministerio de Obras Públicas<sup>76</sup>.

Como se ve, aparentemente el legislador de la época avizorando que los sistemas de agua potable rural y el saneamiento correspondiente no constituían una actividad lucrativa sino meramente social, decidió excluir esta actividad de la regulación legal, dejando radicado en la Administración Pública la iniciativa para llevar a cabo los proyectos, situación que en el transcurso de los años creó un déficit jurídico de importancia y radicó en los privados, específicamente los comités y cooperativas de agua potable rural, la responsabilidad sobre la administración de los sistemas, obligando a estos ejecutores –los aludidos comités y cooperativas–, a la Contraloría General de la República y a los demás participantes a realizar una actividad “creacionista” y verse forzados a importar de la legislación existente –la cual en términos generales solo regula las cuestiones sobre agua potable y saneamiento urbano–, una serie de normas para seguir desarrollando su actividad en un marco jurídico sostenible, a fin de permitirle desarrollar la actividad en el tiempo de manera normalizada. Abunda a lo anterior, la consideración que los Gobiernos Regionales configurados actualmente a partir

<sup>76</sup> DIRECCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS (s/f) “Historia del programa de Agua Potable Rural (APR)”. Disponible en <http://www.doh.gov.cl/APR/AcercadeAPR/Paginas/Historia.aspx> [30 de noviembre de 2012]

de la Ley 19.175, pasaron a tener un papel preponderante en materia sistemas de agua potable rural al actuar conforme dicha regulación como cofinanciadores y fiscalizadores indirectos de los proyectos realizados, los que durante la última década ascendían a casi 1.500 sistemas con una población beneficiada cercana al millón y medio de personas.

A través de este sistema se han construidos los sistemas de agua potable y saneamiento rural –por más de 40 años en Chile–, en cuya virtud se ha implementado una infraestructura considerable que ha otorgado un servicio permanente a prácticamente el 98% de la población rural concentrada, beneficiando a más de 500.000 familias que representan aproximadamente 1.600.000 personas, que equivale a casi un 10% de la población total del país. Se constata, asimismo, que su operación ha sido efectuada por privados organizados bajo las formas de comité y cooperativas, los primeros representado un 90% de las organizaciones comunitarias, mientras que el 10% restante corresponde a la segunda forma de organización reguladas por normativas jurídicas distintas, presentado resultados bastante heterogéneos, de suerte que de acuerdo a un diagnóstico de competencia para la sustentabilidad, solo un 17% de las casi 1.500 organizaciones existentes sería sustentable y estaría en condiciones de acometer desafíos mayores en términos de calidad de los servicios, fortalecimiento institucional mediante el establecimiento de una nueva normativa legal, capacidad de gestión y administración.

Quedan sin embargo, abiertas demasiadas interrogantes a la luz de lo descrito. Claro, el sistema ha funcionado especialmente a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Servicios Sanitarios, sin embargo ello ha ocurrido más en virtud de gasfitería jurídica que de una organicidad y sería actividad legal, antes por la buena voluntad que por la regularidad; ambas consideraciones absolutamente ajenas a la justificación jurídica. De todas maneras, es justo destacar que en este tiempo se ha actuado con generosidad con el fin de solucionar el problema de acceso al vital elemento, que esa es la finalidad en cualquier caso.

Como se verá, sin perjuicio de esta crítica esencial, detrás de esto aparece una idea aun no normada adecuadamente, la que de todos modos es correcta desde el punto de vista dogmático. Es intención de esta parte por un lado, analizar y construir o reconstruir el régimen jurídico de los APR; y, por otro, caracterizar adecuadamente esta actividad como un servicio privado de interés público, lo que tiene una serie de consecuencias como se pasará a analizar.

#### 1. La administración pública vinculada, en sentido amplio

a) *Ministerio de Obras Públicas (MOP)*. Nuestro tema se conecta con el MOP, en específico, a través del Programa Nacional de Agua

Potable Rural Chileno. Este programa nace en 1964 a partir de la Resolución de la XII Asamblea Mundial de la Salud (1959) y el Acuerdo "Carta de Punta del Este" (1961) firmada por los Ministros de Salud de América Latina. En esta última, se establece como prioritario abastecer con agua potable al menos al 50 % de la población rural concentrada en la década del sesenta.

Este es impulsado desde 1990 por el Ministerio de Obras Públicas y, a partir de 1994, es administrado por el Departamento de Programas Sanitarios de dicho ministerio, cumpliendo la tarea de planificar, coordinar y controlar las actividades que la Ley de Presupuestos encomienda para la ejecución del Programa de Fondos de Inversión Sectorial de Asignación Regional (ISAR-MOP), en especial, las acciones convenidas con las Unidades Técnicas para la proyección, construcción, mantenimiento, asistencia técnica y asesoría comunitaria de los sistemas de agua potable y saneamiento rural. El Programa es gestionado desde ese mismo año por el Departamento de Programas Sanitarios, dependiente a partir del año 2001 de la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH).

El Programa de Agua Potable Rural ha contribuido al fortalecimiento de la organización comunitaria, desde el momento en que es el propio Comité o Cooperativa de agua potable rural quien administra, opera y mantiene su servicio, siendo este modelo de autogestión y participación comunitaria, la base sobre la cual se han asentado emprendimientos de proyectos sociales y de infraestructura básica en beneficio de la comunidad.

Para cumplir con los objetivos de este Programa, las Direcciones Regionales de Obras Hidráulicas (DOH) del Ministerio de Obras Públicas, ejercen las funciones normativas, de planificación y control de la inversión en cada región del país. Junto al Ministerio, intervienen además otros órganos administrativos de carácter regional quienes actúan como Unidades Técnicas, instancias que licitan y supervisan, por medio de un mandato con este Ministerio, la ejecución de obras y la asesoría integral para los usuarios<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Resulta paradigmático de las falencias de este "sistema", que en la misma página web de la DOH y al revisar el Marco Jurídico del Programa de Agua Potable Rural MOP, se señale lo que sigue: "Los servicios rurales de agua potable están definidos como aquellos que se prestan en zonas no urbanas, de acuerdo con el Plano Regulador, por lo tanto, no tienen el carácter de servicios públicos. sanitarios. En su calidad de servicios particulares, su fiscalización queda entonces sometida a los respectivos Servicios de Salud del Ambiente y se rigen, para todos los efectos, por las normas que establece el Código Sanitario. Los Servicios de Agua Potable Rural deben cumplir con las normas del D.F.L. N° 382, relativas a la prestación de los servicios sanitarios, en cuanto a garantizar la calidad y la continuidad del servicio de agua potable. Como servicios particulares, estos sistemas no se rigen por Ley de Tarifas que se aplica a los servicios públicos sanitarios". DIRECCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS (s/f) "Marco jurídico". Disponible en <http://www.doh.gov.cl/APR/Acerca-de-APR/Paginas/MarcoJuridico.aspx> [30 de noviembre de 2012].

b) *Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)*. La Superintendencia de Servicios Sanitarios es aquella administración pública especializada que se encarga de la fijación de tarifas por los servicios de agua potable y alcantarillado de aguas servidas que prestan las empresas sanitarias; el otorgamiento de concesiones de servicios sanitarios; la fiscalización de las empresas sanitarias, particularmente respecto de la calidad del servicio prestado; la fiscalización de los establecimientos industriales generadores de residuos industriales líquidos. Adicionalmente, participa en el establecimiento de normas y estándares en el ámbito de su competencia, y se preocupa de la difusión de información sobre el mercado, relativa al sector sanitario nacional.

Sin embargo, pese a la directa vinculación con la temática, la SiSS carece de atribuciones para intervenir en el manejo administrativo o técnico de los servicios de APR, ni tiene injerencia para la constitución y fiscalización de los sistemas de APR, como tampoco para la determinación de las tarifas o cobros que a este respecto se realicen.

c) *Competencia de las concesionarias de servicios sanitarios, respecto de los APR*. Las empresas concesionarias de servicios sanitarios de conformidad con lo establecido en el artículo 2° Transitorio de la Ley N° 19.549 de 1998 –modificatoria del D.F.L. 382 de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios–, se encuentran obligadas a prestar asesoría técnica y administrativa a los sistemas de APR, en los términos y condiciones que dicho cuerpo legal dispone<sup>78</sup>.

A su turno, el artículo 52 bis de la Ley General de Servicios Sanitarios (LGSS) establece prestaciones en el ámbito rural, disponiendo que en forma excepcional se permite a las concesionarias de servicios públicos sanitarios suministrar prestaciones en el ámbito rural, bajo la condición de no afectar o comprometer la calidad y continuidad de los servicios públicos sanitarios que son de su responsabilidad. En este caso, tales prestaciones se enmarcan en el ámbito de prestaciones relacionadas no obligatorias y se rigen por las normas del Derecho privado, no están sujetas a tarifas fijadas por la autoridad y los derechos y obligaciones de los usuarios y las concesionarias no les son aplicables las normas que rigen la prestación de los servicios públicos sanitarios.

<sup>78</sup> "Artículo 2° transitorio. Las concesionarias de servicios sanitarios en las que, a la fecha de publicación de esta ley, el Estado, directamente o por intermedio de sus empresas o instituciones descentralizadas, fuere controlador, estarán obligadas, si así las requiere el Ministerio de Obras Públicas, a prestar asistencia técnica y administrativa a los servicios de Agua Potable Rural de sus respectivas regiones, así como llevar a cabo las actividades necesarias para la ejecución de obras de rehabilitación, mejoramiento y construcción de nuevos servicios. Para dicho efecto se considerará que estas actividades son las contenidas en el artículo 24 del decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas. Tales actividades se formalizarán a través de convenios con el Ministerio de Obras Públicas".

De esta forma, hay una presencia tangencial de las concesionarias en este ámbito, sea prestando asesoría, sea haciendo prestación directa, condicionada en todo caso como se señaló.

## 2. Características operativas de los APR

Como fue explicado, a través del Programa de Agua Potable Rural de la DOH ha contribuido al fortalecimiento de la organización comunitaria, desde el momento en que son los propios Comités o Cooperativas de agua potable rural quienes administran, operan y mantienen su servicio.

En general, puede señalarse que los Sistemas de APR no cuentan con una regulación jurídico-institucional propia o integral, contenida en un solo cuerpo normativo, y no están sujetos al cumplimiento del régimen de concesiones sanitarias. Se forman y constituyen como un servicio particular, bajo la forma de un Comité o Cooperativa u otra figura jurídica que acuerden los interesados, obteniendo los permisos de funcionamiento del Ministerio de Salud, a través de los respectivos Servicios de Salud del Ambiente.

No obstante, como se explicará con mayor atención más adelante, estos sistemas rurales deben cumplir con las normas sobre calidad de los servicios y las normas técnicas respectivas. Asimismo, su régimen tarifario se regula por las disposiciones estatutarias de cada comité o cooperativa. Y, finalmente, la fiscalización de la calidad de los servicios corresponde a los Servicios de Salud del Ambiente del Ministerio de Salud.

## 3. Modalidad de constitución de los sistemas de APR

Las formas o modalidades de constitución de las organizaciones particulares encargadas del servicio se pasan a explicar a continuación.

a) *Comités de Agua Potable Rural*<sup>79</sup>. El Comité es una organización comunitaria funcional, definida en la Ley sobre Juntas de Vecinos y demás organizaciones comunitarias (LJV)<sup>80</sup> como aquella organización con personalidad jurídica y sin fines de lucro, que tiene por objeto representar y promover valores e intereses específicos de la comunidad, dentro del territorio de la comuna o agrupación de comunas respectiva<sup>81</sup>.

La forma como se conforma un comité de agua potable rural se basa en lo dispuesto en el art. 7 de la LJV, en virtud de lo cual la constitución de cada junta de vecinos y de cada una de las demás organi-

<sup>79</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. *Programa de Agua Potable Rural*. Disponible en <http://apr.mop.cl/documentacion.htm> [en línea] [30 de noviembre de 2012]

<sup>80</sup> El Decreto N° 58 de 1997, del Ministerio del Interior, contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias.

<sup>81</sup> Artículo 2 Letra c) de la LJV.

zaciones comunitarias será acordada por los interesados que cumplan con los requisitos que establece esta ley, en asamblea que se celebrará ante un funcionario municipal designado para tal efecto por el alcalde, ante un oficial del Registro Civil o un Notario. Todo ello a elección de la organización comunitaria en formación.

La voluntad de incorporarse a una organización de esta clase se debe expresar formalmente mediante la inscripción en un registro de asociados. En todo caso, para que estas organizaciones sesionen válidamente y tomen acuerdos se requerirá que estén presentes a lo menos una cuarta parte del mínimo de constituyentes establecido en el art. 40. No obstante los quórum especiales exigidos por la ley, los acuerdos propios de la asamblea se adoptarán por la mayoría de los socios presentes en una sesión válida.

En la asamblea constitutiva deben ser aprobados los estatutos de la organización y debe ser elegido el directorio provisional. Corresponde levantar acta de los acuerdos mencionados, en la que deberán incluirse la nómina y la individualización de los asistentes.

Debe destacarse que las juntas de vecinos y las demás organizaciones comunitarias gozan de personalidad jurídica por el solo hecho de constituirse en la forma señalada en esta ley, una vez efectuado el depósito a que se refiere el art. 8 de la misma Ley. Conforme dicha disposición, el Comité de APR deberá depositar una copia autorizada del acta constitutiva en la secretaría municipal respectiva, dentro del plazo de treinta días contado desde aquel en que se celebró la asamblea constitutiva; y luego de efectuado el depósito, la organización comunitaria gozará de personalidad jurídica propia.

De todas maneras, el Secretario Municipal debe expedir una certificación en la que se consignarán, a lo menos, los siguientes antecedentes:

- a) Fecha del depósito;
- b) Individualización de la organización comunitaria, de los integrantes de su directorio provisional y del ministro de fe que asistió a la asamblea constitutiva;
- c) Día, hora y lugar de la asamblea constitutiva, y
- d) Individualización y domicilio de la persona que concurrió a la realización del trámite de depósito.

Esta certificación deberá emitirse por dicho funcionario a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes a la realización del depósito y será entregada al presidente de la respectiva organización. El secretario municipal dentro del plazo de treinta días contado desde la fecha del depósito de los documentos, podrá objetar la constitución de

la junta de vecinos y de las demás organizaciones comunitarias, si no se hubiere dado cumplimiento a los requisitos que esta ley señala para su formación y para la aprobación de sus estatutos, o se hubiera faltado a alguno de dichos requisitos por error u omisión, todo lo cual será notificado al presidente del directorio provisional de la respectiva organización, personalmente o por carta certificada dirigida a su domicilio.

La junta de vecinos y cada una de las demás organizaciones comunitarias que se pueden constituir en base a la LJV –entre ellas los Comités de APR– deberán subsanar las observaciones formuladas dentro del plazo de noventa días, contado desde su notificación, para lo cual podrán requerir asesoría de la municipalidad, la que deberá proporcionarla. Si la organización no diere cumplimiento a este trámite, su personalidad jurídica caducará por el solo ministerio de la ley.

Subsanadas las observaciones dentro del plazo establecido en esta ley, el secretario municipal debe dejar constancia de este hecho. Asimismo, a petición del presidente de la respectiva organización, y dentro del plazo de 3 días hábiles contado desde que se formuló la solicitud, se emitirá una certificación en la que constará tal diligencia.

Por otra parte, si la constitución de la organización no hubiere sido objetada, el directorio provisional debe convocar a una asamblea extraordinaria, en la que se elegirá, en la forma que disponen los arts. 19 y 32 de la LJV, el directorio definitivo y la comisión fiscalizadora de finanzas, sin que en estos casos sea aplicable el requisito previsto en la letra b) del art. 20. Tal acto tendrá lugar entre los treinta y los sesenta días posteriores a la fecha de obtención de la personalidad jurídica. En caso contrario, la asamblea a que se refiere el inciso anterior se realizará entre los treinta y sesenta días siguientes a la recepción de la comunicación que el secretario municipal deberá remitir por carta certificada, dirigida al directorio provisional, informando que han sido subsanadas las observaciones pertinentes.

Debe destacarse finalmente que el ingreso a cada Comité es un acto voluntario, personal e indelegable y, en consecuencia, nadie podrá ser obligado a pertenecer a ella ni impedido de retirarse de la misma. Tampoco podrá negarse el ingreso a la respectiva organización a las personas que lo requieran y cumplan con los requisitos legales y estatutarios. Asimismo, los estatutos no podrán contener normas que condicionen la incorporación a la aprobación o patrocinio de personas o instituciones<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Art. 5 LJV.

b) *Cooperativas de Agua Potable Rural*<sup>83</sup>. Son cooperativas aquellas organizaciones o empresas que de conformidad con los principios de la autoayuda, autoadministración y autorresponsabilidad, tienen por objeto mejorar las condiciones económicas de sus socios. Las cooperativas se rigen por sus disposiciones y presentan las características fundamentales siguientes:

i) Las mismas representan un modelo de organización empresarial, que persigue fines económicos y sociales. Lo anterior implica que los aportes de sus asociados en el patrimonio de las cooperativas están representados por cuotas de participación, que por definición son transferibles y rescatables. En el evento que la gestión de la cooperativa sea exitosa, el remanente del ejercicio puede destinarse a constituir e incrementar reservas voluntarias, pagar intereses al capital social, y su excedente distribuirse entre los asociados, capitalizándose en sus respectivas cuentas personales, o pagándose en dinero, de la forma dispuesta en sus estatutos o la ley. Lo anterior, no obsta para que la cooperativa realice dentro de sus actividades, aportes dirigidos a instituciones de apoyo local, como escuelas o grupos culturales, o mantenga servicios de bienestar para sus socios y familias.

ii) Las cooperativas disponen de un marco regulatorio propio, constituido por la ley del ramo<sup>84</sup> y un reglamento, además de normas e instrucciones de carácter contable y administrativo, dictadas por el Departamento de Cooperativas del Ministerio de Economía, para perfeccionar el funcionamiento de las cooperativas.

Cabe señalar en esta parte que el Departamento de Cooperativas, es la entidad encargada del fomento y supervisión de las cooperativas, en resguardo de los intereses de los asociados para que el sistema sea menos riesgoso y más transparente.

Conforme lo dispuesto en la Ley General de Cooperativas, las cooperativas que se organicen con arreglo a la misma gozarán de personalidad jurídica.

iii) A partir de la entrada en vigencia de la modificación de la LGC en 2002, las cooperativas, incluyendo las campesinas se constituyen de manera similar a las sociedades anónimas, esto es deben reducir a escritura pública el acta de la Junta General Constitutiva, deben inscribir el extracto de la misma en el registro de comercio del Conservador de Bienes Raíces correspondiente a su domicilio social y publicarlo en el *Diario Oficial*. La Ley contempla al efecto en sus art. 12 y ss., las

<sup>83</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. *Programa de Agua Potable Rural*. Disponible en <http://apr.mop.cl/documentacion.htm> [en línea]

<sup>84</sup> El DFL N° 5 de 2003 del Ministerio de Economía, contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Cooperativas (LGC).

menciones mínimas que deben contener los estatutos y los extractos<sup>85</sup>. Adicionalmente, las cooperativas deben inscribir su constitución en el Registro de Cooperativas que lleva el Departamento de Cooperativas, conforme a las deposiciones que dicte al efecto. Eventualmente, podrá este Departamento objetar el contenido del acta de constitución o sus extractos, cuando en su tenor quede en evidencia la infracción a normas legales o reglamentarias.

Con el objetivo eficacia y eficiencia siempre presentes en toda clase de organización, a partir del 2002 se introdujeron una serie de modificaciones a su regulación, de lo que resultó:

i) Se eliminó el concepto según el cual las cooperativas son entes sin fines de lucro, liberalizando la repartición de los excedentes entre los socios, lo que se hará en proporción a las actividades del socio con la cooperativa o a su aporte de capital, según el origen de esos excedentes.

ii) Se modificó el sistema de obtención de personalidad jurídica, reemplazando el sistema de concesión de personalidad jurídica, por uno de obtención por la vía de la inscripción en el Registro de Comercio, similar al de las sociedades comerciales;

iii) Se eliminaron las limitaciones al objeto de la cooperativa, dejando libertad a la empresa para realizar cualquier tipo de actividad lícita, sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales que regulan determinadas actividades.

iv) Se eliminó la prohibición de constituir cooperativas entre comerciantes.

v) Se reconoció una mayor autonomía para darse su propio estatuto y organización interna, contemplando mecanismos automáticos de actualización del capital social y del valor de la cuota de cada socio, flexibilizando la constitución de fondos especiales de reserva, educación u otros, dando libertad a los socios para decidir al respecto.

vi) Se rebajó el número mínimo de socios de 20 a 10 socios para la constitución de la cooperativa, excepto para las de trabajo, caso en que se rebaja de 10 a 5 socios.

Junto a la LGC, se contempla la existencia de un Reglamento que da operatividad a la ley. Este reglamento fue elaborado por el Departamento de Cooperativas, previa consulta a las cooperativas más repre-

---

<sup>85</sup> Se exceptúan de lo anterior cooperativas de ahorro y crédito y las abiertas de vivienda, las que previo a su constitución, deben someter a la aprobación del Departamento de Cooperativas un estudio socioeconómico sobre las condiciones, posibilidades financieras y planes de trabajo que se proponen desarrollar.

sentativas de cada rubro y entidades del sector público relacionadas con el sector cooperativo.

En fin, en algo que puede interesar especialmente a este trabajo se contempla la posibilidad de transformar un Comité en Cooperativa, lo que revisten varias formas o alternativas que se pasan a explicar.

Puede hacerse por medio de la agrupación de varios comités y otras personas jurídicas y naturales con un mínimo de 10 miembros, en una cooperativa. También procede por medio del traspaso del 100% de sus activos y pasivos a una cooperativa, formada por los mismos socios, y disolviendo posteriormente el comité. Adicionalmente puede revisarse la opción para que los comités puedan transformarse directamente en cooperativas (contemplando su personalidad jurídica), pero en la actualidad no existe normativa que contemple esta operación; sin perjuicio de todo lo anterior, por tratarse de entidades regidas por distintas legislaciones, debiera hacerse la consulta a Contraloría dados los eventuales problemas de legalidad que pudieran derivarse y la tutela estatal de ambas clases de entidades.

Sin perjuicio de todas estas “modernizaciones”, el modelo chileno de cooperativas aun mantiene un sello organizacional marcadamente mutualista<sup>86</sup>.

### III. El servicio privado de interés público, realizado por los comités o cooperativas de APR

#### 1. Consideraciones iniciales de aplicación de esta categoría a la actividad desarrollada por los sistemas de APR

Al atraer esta categoría jurídica a la actividad que realizan los sistemas de APR en Chile, y desde su régimen jurídico se pretende explicar cómo debe ejercer el conjunto de atribuciones de que es titular. Y por ello, anteriormente, se afirmó que se sigue la noción *funcional* de servicio público.

Así, *por un lado* noción funcional del servicio público, concretada en un servicio privado de interés público; y *por otro* actividad administrativa de los sistemas de APR, constituye una forma de explicar cómo hacen los APR, es decir, bajo qué condiciones y características realizan o desarrollan sus funciones.

Luego, a partir de la consideración de las *reglas de funcionamiento* de los servicios públicos, estas claramente se aplican a la actividad realizada por los Sistemas de APR a este respecto, como son las rela-

<sup>86</sup> AEDO BARRENA 2007, 21-52.

tivas a la continuidad, regularidad, igualdad y universalidad; todos los que se cumplen en este caso, como se verá enseguida.

## 2. Concreción en cargas u obligaciones de servicio público para los APR

Pues bien, ocurre que en el caso de los Sistemas de APR –en virtud de las competencias asignadas–, estamos ante la clara presencia de una actividad concretada en prestaciones de tipo específico que pasamos a desarrollar en los siguientes acápite.

a) *Generales*. Cabe aclarar que esta actividad es prestada *ab initio* de manera libre, sin habilitación administrativa más que en lo relativo al sancionamiento por medio de registro de las formas organizativas –comité o cooperativa–, que se haya elegido en esta específica organización privada. De todas maneras se encuentra sujeta a su supervigilancia aunque con algunas particularidades, como ya fue analizado a propósito de la *actividad inspectiva* de la Dirección de Obras Hidráulicas, del Ministerio de Salud o de la Superintendencia de Servicios Sanitarios General de Aguas, dependiendo del área.

En dicha virtud, a lo menos en este sentido y respecto de las actividades que realiza, desarrollan dichas acciones con claros caracteres del servicio privado de interés público.

Así pues, y como punto de partida de análisis de este específico ejemplo de servicio privado de interés general, cabe afirmar que existe en la actividad desarrollada por los APR claros caracteres y aplicación de las reglas de funcionamiento de los servicios públicos, previamente vistas, aunque por su naturaleza, cabe calificarlas desde la función que realizan más específicamente como *servicio privado de interés general*, por lo que las actividades que realizan debe sujetarse del mismo modo que en el caso antes visto de las juntas de vigilancia, a las reglas de funcionamiento de todo servicio público –como son la continuidad, regularidad, igualdad y universalidad–, los que en cada caso adquirirán sus especificidades propias.

Luego, es de enorme relevancia probatoria de lo afirmado el hecho al dictarse el D.F.L. 382, Ley General de Servicios Sanitarios, fue excluido particularmente de los concesionarios sujetos a las obligaciones de la ley, a los sistemas de agua potable rural, pues en el art. 1° transitorio (inc. 3°, segunda parte) de ese cuerpo legal se dispone que: “A los sistemas rurales de agua potable en tanto no cumplan con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 5°, no les será aplicable esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, estarán obligados a dar cumplimiento a las normas relativas a la prestación de servicios sanitarios”.

b) *Especiales*. Y allí mismo, se obliga a los APR a cumplir las normas relativas a la prestación de servicios sanitarios. Eso es de lo más relevante para este trabajo.

Es decir, por un lado excluye a las empresas de su obligación prestacional, pero obligando al mismo tiempo a los sistemas de APR –constituidos en comités o cooperativas por los mismos usuarios, como ya se ha explicado–, a cumplir con las reglas de funcionamiento de dicho sistema, obligándolos a responder con las cargas de carácter prestacional propias de un servicio público.

A su respecto el art. 5° de la LGSS consideraba como servicio público de distribución de agua potable, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación. Dado que en las zonas rurales no existía urbanización, estos prestadores se encontraban entonces excluidos de ella, lo que ocurre hasta el día de hoy.

Lo anterior se concreta en una serie de disposiciones referidas específicamente a este servicio.

En efecto en general, en materia de Universalidad, conforme lo establece el art. 33: “El prestador estará obligado a prestar servicio a quien lo solicite, sujeto a las condiciones establecidas en la ley y su reglamentación, y, en su caso, en el respectivo decreto de concesión. En caso de discrepancias entre el prestador y el interesado en lo que se refiere a dichas condiciones, estas serán resueltas por la entidad normativa, a través de resolución fundada, pudiendo incluso modificar el programa de desarrollo del prestador sin que ello represente daño emergente para este”.

Y luego, más específicamente, en materia de calidad el art. 34 dispone lo que sigue: “El prestador estará obligado a controlar permanentemente y a su cargo, la calidad del servicio suministrado, de acuerdo a las normas respectivas, sin perjuicio de las atribuciones de la entidad normativa y del Ministerio de Salud”.

Sin perjuicio de dicha disposición, referida a calidad, en materia de continuidad y calidad, se establece en el art. 35 lo que sigue:

“El prestador deberá garantizar la continuidad y la calidad de los servicios, las que solo podrán ser afectadas por causa de fuerza mayor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, podrá afectarse la continuidad del servicio, mediante interrupciones, restricciones y racionamientos, programados e imprescindibles para la prestación de este, los que deberán ser comunicados previamente a los usuarios”.

De este modo, considerando en todo caso la naturaleza de las aguas que permiten precisamente el abastecimiento de poblaciones y demás deberes asociados, se concretan operativamente las reglas de universalidad o generalidad, unido a los otros principios de continuidad, regularidad y no discriminación.

En particular, la titularidad de los sistemas de APR por comités o cooperativas concreta en los propios operadores –que al mismo tiempo son los usuarios organizados y constituidos al efecto–, unas claras obligaciones o cargas de servicio público general de carácter legal como las vistas, lo que de manera irredargüible permite sostener la naturaleza jurídica de servicios privados de interés públicos de estos sistemas, gestionados por los propios beneficiarios.

## Conclusiones

1° La actual configuración de los servicios públicos dista mucho de categorizaciones organicistas, sino que actualmente atiende más bien a concepciones cada vez más funcionalistas, de la mano sobre todo de las elaboraciones realizadas por el Derecho de la regulación económica, antes que de un Derecho Administrativo tradicional marcadamente subjetivista.

Ello, antes que ser un desmedro para los ciudadanos, constituye su garantía en la medida que la extensión del Derecho Administrativo a esas áreas privatizadas constituye, sobre todo, su garantía.

Lo anterior, de todos modos tiene repercusiones en el reconocimiento y configuración de unos servicios públicos de variado tipo, destacando en este trabajo el reconocimiento de la categoría de los servicios privados de interés público (SPIP), los que se encuentran sujetos de todos modos a las reglas generales aplicables a todos los servicios públicos.

2° El caso en análisis es el de los sistemas de agua potable rural (APR), que constituyen organizaciones privadas que agrupan a usuarios-beneficiarios de servicios tanto de abastecimiento como de saneamiento de agua, en las áreas no urbanas y excluidos del servicio general. Dichos sistemas tienen una muy escasa regulación, a los que sin embargo se les aplican completamente las reglas de los servicios públicos debiendo cumplir las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes, generales del sistema en el que inicialmente se encuentran excluidos.

Se configura, de este modo un ejemplo claro de SPIP.

3° Con ello se prueba, claramente a partir de los casos analizados, la existencia plena de la categoría de los Servicios Privados de Interés Público (SPIP), tanto fáctica como normativamente en nuestro Derecho.

## Bibliografía citada

- AEDO BARRENA, C. (2007): "Algunos aspectos del régimen jurídico de las cooperativas en Chile: comparación con el sistema español" en: *RDUCN* Año 14 N° 2 (Coquimbo, Universidad Católica del Norte), pp. 21-52.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1993): *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público* (Madrid, Marcial Pons), 422 pp.
- \_\_\_\_ (2004): *Principios de Derecho Público Económico* (Granada, Comares), 1.089 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2007): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 285 pp.
- \_\_\_\_ (2010): *Derecho Administrativo General* (Santiago, AbeledoPerrot - LegalPublishing), 700 pp.
- BRACONNIER, S. (2003): *Droit des services publics* (Paris, Presses Universitaires de France - PUF), 640 pp.
- CAMACHO CEPEDA, G. (2007): "La actividad administrativa de servicio público" en: PANTOJA BAUZÁ, R. [Coord.] *Derecho Administrativo chileno* (México, Porrúa).
- \_\_\_\_ (2010): *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV La actividad sustancial de la Administración del Estado* (Santiago, AbeledoPerrot -LegalPublishing).
- CASSAGNE, J. C. (1992): *La intervención administrativa* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot), 262 pp.
- \_\_\_\_ (2002): *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, LexisNexis - AbeledoPerrot), T II. 2.688 pp.
- CAZOR ALISTE, K. / CORTÉS MORENO, G. (2012): "Las indefiniciones teóricas y dogmáticas del derecho de huelga en Chile" en: AGUILAR CAVALLO, G. [Coord.] *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* (Santiago, Librotecnia), 606 pp.
- CHEVALIER, J. (2003): *Le service public* (Paris, PUF), 128 pp.
- DE LA CUÉTARA, J. M. (1983): *La actividad de la Administración* (Madrid, Tecnos), 608 pp.
- DE LA CUÉTARA, J. M. (1997): "Tres postulados para el nuevo servicio público" en: ARIÑO, G. / DE LA CUÉTARA, J. M. / MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. *El nuevo servicio público* (Madrid, Marcial Pons), pp. 157-167.
- DIRECCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS (s/f) "Historia del programa de Agua Potable Rural (APR)". Disponible en: <http://www.doh.gov.cl/APR/AcercadeAPR/Paginas/Historia.aspx> [30 de noviembre de 2012]
- \_\_\_\_ (s/f) "Marco jurídico". Disponible en: <http://www.doh.gov.cl/APR/AcercadeAPR/Paginas/MarcoJuridico.aspx> [30 de noviembre de 2012]
- ENTRENA CUESTA, R. (1958): "El servicio de taxis" en: *RAP* N° 27 (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 29-62.
- ESTEVE PARDO, J. (2010): "La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)" en: *RAP* N° 183 (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 295-307.
- \_\_\_\_ (2011): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Madrid, Marcial Pons), 574 pp.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M<sup>a</sup>. Y. (2003) *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red* (Madrid, Ciudad Argentina-INAP), 650 pp.
- GARRIDO FALLA, F. (2002): *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Tecnos) T I, 480 pp.
- JÉZE, G. (1928): *Los principios generales del Derecho Administrativo* (Trad. C. García Oviedo, Madrid, Editorial REUS).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. (1997): "La regulación económica en España" en: ARIÑO, G. / DE LA CUÉTARA, J. M. / MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *El nuevo servicio público* (Madrid, Marcial Pons).
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. *Programa de Agua Potable Rural*. Disponible en: <http://apr.mop.cl/documentacion.htm> [en línea]

- MUÑOZ MACHADO, S. (1997): *Servicio público y Mercado. I.- Los fundamentos* (Madrid, Civitas), 328 pp.
- NALLAR DERA, D. (2010): *Regulación y control de los servicios públicos* (Buenos Aires, Marcial Pons), 520 pp.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (1998): *La organización administrativa del Estado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 477 pp.
- PARADA, R. (2005): *Derecho Administrativo II: Organización y empleo público* (Madrid, Marcial Pons), 600 pp.
- PAREJO ALFONSO, L. (2003): *Derecho Administrativo* (Barcelona, Ariel), 928 pp.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2004): *Principios de Derecho Administrativo General II* (Madrid, Iustel), 744 pp.
- SARMIENTO GARCÍA, J. (1994): "Noción y elementos del servicio público" en: GONZÁLEZ DE AGUIRRE, M. [Coord.] *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual* (Buenos Aires, Depalma).
- SENDÍN GARCÍA, M. A. (2003): *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos* (Granada, Comares), 188 pp.
- SILVA CIMMA, E. (1995): *Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 323 pp.
- VERGARA BLANCO, A. (2004): "El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional" en: RDAE N° 12 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 23-49.
- ZEGARRA VALDIVIA, D. (2005): *El servicio público. Fundamentos* (Lima, Palestra), 369 pp.
- ZÚÑIGA URBINA, F. / SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, E. (2010) "La Huelga en la Constitución. El caso de los trabajadores de empresas de servicio" en: NOGUEIRA ALCALÁ, H. [Coordinador] *Dogmática y aplicación de los derechos sociales* (Santiago, Librotecnia), pp. 401-422.