

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**EL SERVICIO ELECTRICO EN CHILE: UNA NOCIÓN
FUNCIONAL DE SERVICIO PÚBLICO**

PABLO ALEJANDRO DE LA TORRE YAVAR

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: JAVIER MILLAR SILVA

VALDIVIA - CHILE

2014

Sr.
José Á. Fernández
Director Instituto de Derecho Público
Pte.

Estimado Director,

Junto con saludarlo atentamente, tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales del Sr. **Pablo Alejandro de la Torre Yavar**, titulada *El Servicio Eléctrico en Chile. Una noción funcional de servicio público*.

A partir de los años ochenta del siglo pasado, coincidiendo con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República actualmente vigente, se produce en el país un desplazamiento en la operación y gestión de gran parte de actividades productivas y prestacionales que, por su importancia para el desarrollo vital de las personas y de acuerdo con la evolución histórica de la organización política chilena, estaban antes en manos del Estado.

Así, impulsada por las concepciones políticas, ideológicas y económicas impuestas en el país, se da paso a una profunda liberalización y privalización de actividades vinculadas a la salud, educación, previsión, transportes, producción y abastecimiento de servicios básicos para la población, entre los que se encuentran el agua potable y los servicios de electricidad. Se pasa así desde un modelo de Estado prestacional, más activo en la generación de las condiciones vitales en las que se desenvuelve la vida en sociedad, a un modelo de Estado subsidiario, obviamente más abtencionista en lo social y económico, el que, de acuerdo con las concepciones que protegen el mercado y la libre competencia, verá reducidas sus funciones a las meramente reguladoras y fiscalizadoras.

De esta forma, las transformaciones que vive el país no son sólo económicas o políticas, sino que también –entre otros ámbitos- abarcan lo jurídico. Y esto, desde un doble punto de vista. Por un lado, en lo normativo, fue necesario adecuar las instituciones jurídicas de manera de reflejar dichas transformaciones, expresadas en la desaparición y creación de entidades administrativas estatales, así como en la regulación de sus funciones y atribuciones, acordes con las nuevas concepciones del Estado y su Administración. Y, por otro lado, pero ahora desde un punto de vista conceptual, la evolución que durante el siglo XX se venía dando en torno a las nociones orgánica y funcional de servicio público se verá derechamente resuelta a favor de lo orgánico, tal como lo define, en 1986, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En este contexto, más allá de la opción por lo orgánico que sigue el legislador chileno para definir un servicio público –asociada al carácter público o estatal de la entidad que realiza la actividad-, el memorista se pregunta legítimamente si es posible advertir, desde una óptica funcional, basada en la actividad de interés público que realiza una entidad privada dedicada a la prestación de servicios eléctricos, ciertos rasgos de servicio público. A continuación, una vez que resuelve su primera interrogante, da paso a la segunda pregunta que aborda el trabajo que se informa, la que se refiere a las consecuencias jurídicas de ello.

De esta forma, el primer capítulo de la Memoria que se informa está centrado en la base conceptual sobre la que se sustenta el trabajo. Se abordan y analizan los conceptos orgánico y funcional de servicio público que históricamente ha dado la doctrina. Luego, en el mismo capítulo y siempre de la mano de los autores que han estudiado el tema, se

exponen las características que debe tener un servicio público, para pasar, luego, a analizar la noción de servicio público en el sistema jurídico chileno.

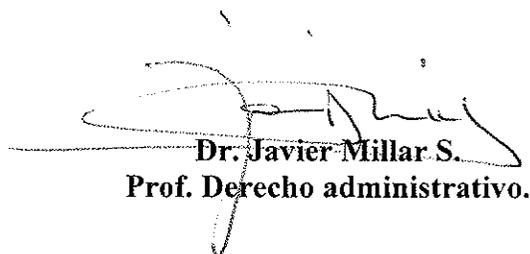
Posteriormente, en el segundo capítulo, se expone la evolución normativa del servicio eléctrico en Chile, comenzando con las primeras regulaciones aisladas, hasta las leyes generales que regulan la materia, dictadas durante el siglo XX, llegando a la actual regulación del sistema eléctrico, a partir de lo que extrae sus principales características.

Finalmente, en el tercer capítulo, se aboca al análisis normativo del sistema eléctrico, para adoptar una posición respecto de la pregunta por la naturaleza jurídica de la actividad: servicio público o actividad económica liberalizada. A partir de ello, analiza la compatibilidad, a la luz de los principios y normas constitucionales, de la idea de aplicar los principios y normas de servicio público a los servicios eléctricos operados por particulares.

En sus aspectos formales, la Memoria que se informa sigue una estructura lógica, plantea adecuadamente sus objetivos e hipótesis de trabajo y hace uso de un lenguaje adecuado a este tipo de trabajos jurídicos.

En síntesis, en opinión de este informante, la Memoria del Sr. De la Torre Yavar cumple sobradamente los requisitos normativos de la Universidad Austral de Chile para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo que soy de la opinión de calificarla con nota 6,5 (seis coma cinco), salvo el mejor parecer de usted, y autorizo, desde ya, su empaste.

Sin otro particular, le saludo atentamente,



Dr. Javier Millar S.
Prof. Derecho administrativo.

Valdivia, diciembre de 2014.

Índice

Índice	1
Introducción	2
Primer Capítulo: El Servicio Público	
I. Noción orgánica de Servicio Público	4
II. Noción funcional de Servicio Público	7
III. Elementos y Características de los Servicios Públicos	9
1. Identificación Doctrinal de los Elementos que Configuran un Servicio Público	10
2. Las Principales Características de los Servicios Públicos en la Doctrina Administrativa	15
IV. El Servicio Público en Chile	16
Segundo Capítulo: El Servicio Eléctrico en Chile	
I. Historia de la Regulación Jurídica del Sector Eléctrico en Chile	22
II. La Actual Regulación del Régimen Jurídico Eléctrico en Chile	24
Tercer Capítulo: El Servicio Público y el Servicio Eléctrico	
I. El Servicio Eléctrico Como Servicio Público Funcional	
1. Marco General	28
2. El Servicio de Distribución de Energía Eléctrica	29
3. Los Servicios de Generación y Transporte de Energía Eléctrica	32
II. El Servicio Público y la Constitución	38
Conclusiones	42
Bibliografía	45

Introducción

El servicio eléctrico en Chile ha tenido cambios durante toda su historia. La manera en que es concebido actualmente, puede distar en distintos rasgos a cómo se consideraba hace unos 50 años. No solo ha habido un cambio en las tecnologías y la importancia de la electricidad en el mundo contemporáneo, sino que también ha sufrido una serie de cambios en su regulación normativa. Así, desde una época de nuestra historia en la que la generación, transmisión y distribución de electricidad estaba mayoritariamente en manos de la Administración o de empresa estatales, se llegó a la situación actual, en la que, dichas actividades están completamente bajo control de empresas privadas.

El cambio antes indicado, viene dado por un nuevo paradigma económico, social y político, que no solo se ha implantado en nuestro país, sino que se ha presentado a nivel global, especialmente, después del término de la guerra fría. Esto es, la disminución de la acción e iniciativa estatal, para dar paso a la acción de los privados. Dicho cambio, ha hecho que ciertas instituciones tengan que ser revisadas, como es el caso, de los servicios públicos.

La doctrina, manteniendo la noción de servicio público, evolucionó desde una idea orgánica de este, propia de una época en la que el Estado se identifica con todos los servicios públicos, a una idea funcional, por la cual, se mantiene la noción del servicio público, en la que estos ya no necesariamente deben pertenecer a la Administración del Estado, sino que también pueden ser otorgados por privados. Sin embargo, esta noción funcional no es tan pacífica, puesto que los criterios para identificar a un servicio público, cuando ya no es parte de la Administración, no siempre son tan claros.

El caso del servicio eléctrico en Chile, en cuanto a su generación, transporte y distribución, es de iniciativa privada. Para ciertos autores, esta situación no ha hecho que deje de tener la calidad de servicio público. En cambio, para otros, su privatización también conllevó la pérdida de la calidad de servicio público. Una y otra visión tiene distintas consecuencias. Pues, como se expondrá, existen distintos órganos de la Administración que tienen distintas competencias sobre estos servicios. Si la idea de servicio público subyace respecto de ellos, la interpretación y la forma de aplicar las normas tendrá que ser conforme a la de un servicio público, es decir, prevalecerá la idea de interés general y los principios propios de estas instituciones. Por el contrario, negar su calidad de servicio público, conllevaría dar una aplicación e interpretación de estas instituciones desde otro enfoque, que corresponda con la definición que se les otorgue, en este caso, como actividades liberalizadas, sometidas a las leyes del mercado.

Otra consecuencia, está relacionada con las normas que se les puedan aplicar. Si son considerados como actividades liberalizadas, debería prevalecer el derecho común, viéndose incluso el legislador limitado a crear ciertas normas, las que no podrían cambiar

sustancialmente la situación de estos servicios respecto de otras actividades liberalizadas. Por el contrario, si son considerados servicios públicos, el legislador podría dictar normas que sean necesarias para el cumplimiento de los fines propios de los servicios públicos, sin las limitaciones del derecho común o de las normas constitucionales que protegen la libre actividad económica.

Esta investigación propondrá que los servicios eléctricos: generación, transporte y distribución; son servicios públicos, llegando a esta conclusión a través del estudio de una noción funcional de servicio público presente en la doctrina chilena. Con las consecuencias que conlleva considerarlos como servicios públicos: la aplicación de principios propios de dicha institución.

El primer capítulo de esta investigación, se centrará en el servicio público de modo general, primero se hará una revisión y análisis de los conceptos de servicio público que se han dado por la doctrina, que son el orgánico y funcional. Posteriormente, se expondrán las características que debe tener un servicio público. Y, finalmente, se analizará la noción del servicio público en el sistema jurídico chileno.

En el segundo capítulo, se expondrá la historia del servicio eléctrico en Chile. Desde las primeras leyes que lo regularon de forma aislada, hasta las leyes generales eléctricas promulgadas durante el siglo XX. Igualmente, se señalará la actual regulación del sistema eléctrico, mencionando las principales características que la definen.

En el tercer capítulo, se analizarán las normas legales y reglamentarias que regulan el sistema eléctrico, estudio que nos permita definir si tiene la calidad de servicio público o de actividad económica liberalizada. Posteriormente, y para finalizar, se verá si es compatible la idea de aplicar los principios y normas de servicio público a los servicios eléctricos, con los principios y normas constitucionales.

Capítulo I

El Servicio Público

I. Noción orgánica de Servicio Público

Una de las bases fundamentales para desarrollar esta investigación, es la construcción de un concepto de servicio público que sea coherente con la doctrina y el derecho nacional vigente. Dentro de esta conceptualización, igualmente se verá que es determinante la posición política o ideológica que inspiró la norma fundamental, puesto que a partir de sus disposiciones, especialmente a través de los principios constitucionales, es posible llegar a determinar la naturaleza de una institución. En este caso en particular, la de verificar si una determinada actividad, como son los servicios eléctricos, son o no servicios públicos.

Lo mencionado anteriormente es de importancia, puesto que en la concepción orgánica y funcional de servicio público, no solo existe una construcción doctrinal de carácter científico para reconocer y caracterizar un servicio público, sino que también existe un trasfondo histórico, y un contexto político que influye transcendentamente en la creación, desarrollo, modificación y evolución del concepto.

Para entender la concepción orgánica de servicio público, es necesario determinar, en primer lugar, el momento histórico en que aparece el servicio público, como acción política real; y en segundo lugar, el momento en que los teóricos hacen la elaboración conceptual sobre este fenómeno.

En el Antiguo Régimen, existía una actividad estatal que se limitaba a la justicia, defensa y las relaciones exteriores. Para Santamaria Pastor, estos no pueden ser clasificados de la misma manera que los servicios públicos surgidos en el siglo XIX, esencialmente por 2 razones: en primer lugar, porque estas actividades se llevaban a cabo a través de un espíritu más limitador y coactivo; antes que uno servicial. En segundo lugar, porque tales actividades pertenecían a la categoría de los denominados servicios *uti universo*, esto quiere decir, que no están dirigidos a proporcionar servicios a personas concretas, sino que servir a necesidades abstractas de la comunidad política.¹

Dejando atrás la etapa del Antiguo Régimen, y entrando a los siglos XIX y XX, aparecen los servicios públicos de los cuales se teorizará posteriormente. Para el mismo autor antes citado, estos se diferencian de las actividades prestacionales del antiguo régimen por su carácter *uti singuli*, es decir, que están destinados a prestar utilidad a personas concretas y determinadas. En la aparición de estos servicios, este autor distingue 3 etapas: En un primer momento, la asunción de servicios asistenciales, como por ejemplo la sanidad o la educación;

¹ Cfr: Santamaria Pastor, J., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2009, p. 303.

en un segundo momento, la creación de infraestructuras; y por último, la realización de actividades empresariales.²

Respecto a la categorización doctrinal de estos servicios, la primera teoría que se desarrolló respecto a estos, fue la del servicio público orgánico. Así lo explica Silva Cimma, al señalar que “[E]l servicio público se identifica con los órganos o entes que integran la Administración del Estado, y a la actividad que tales órganos realizan, cualquiera que ella sea.”³

Esta primera construcción doctrinal se desarrolla a principios del siglo XX, y tiene como principal expositor a Leon Duguit. Su teoría nace y se enfrenta a la de otro autor, que igualmente busca una noción para el Estado y el Derecho Administrativo, quien es Maurice Hauroiou. Para este último, el concepto clave para determinar al Estado y la Administración era el de poder y soberanía, dicha visión estaba influenciada por el poderío del imperio alemán, del cual el autor fue contemporáneo.⁴

Leon Duguit propiciaba una concepción del Estado en la que estuviera ausente la noción de soberanía, siendo reemplazada por la de servicio público. Por lo tanto, de esta forma, el Estado se transformaría en un aparato prestador de servicios públicos a los ciudadanos.⁵ Posteriormente, esta noción, que de acuerdo a Silva Cimma sería más bien sociológica, es tomada por otro autor, Gastón Jeze, quien la trasladaría al Derecho Administrativo, indicando que al hablar de servicio público, se debe aplicar los procedimientos de derecho público, y que además, las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que se pueda oponer a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.⁶

Siguiendo esta concepción orgánica de servicio público, en Chile, Guillermo Varas, a mediados del Siglo XX, establece 3 elementos que denotan la existencia de uno: 1. Una función considerada como obligatoria, en un momento determinado, por el Estado; 2. Un número de agentes jerarquizados o disciplinados instituidos para realizar esta función y; 3. Una cierta cantidad de recursos destinados al funcionamiento del servicio.⁷ De igual manera, este autor indica una serie de características que debe cumplir, como sistema legal: 1. El servicio público debe ser modificable en todo instante, y para ello, solo debe depender de la ley o de disposiciones reglamentarias; 2. El personal que presta sus servicios queda sometido al régimen legal del servicio público, esto significa que se somete a servir al Estado, anteponiendo el fin del servicio a su propio interés; 3. los fondos del servicio público son

² Ibid, p.304-306.

³ Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p.27.

⁴ Cfr: Op. Cit., Santamaria Pastor, J., p.309.

⁵ Cfr: Ibidem.

⁶ Cfr: Op. Cit. Silva Cimma, E., p. 27-28.

⁷ Cfr: Varas, G., *Derecho Administrativo*, Nascimento, Santiago, 1948, p.287.

fondos públicos, por lo que se someten al régimen especial de autorizaciones, contabilidad, inversiones y control de caudales públicos; 4. Las obras que realiza el servicio son obras públicas sometidas al régimen especial de esta clase de obras y; 5. Los actos jurídicos realizados por el agente, son actos administrativos, como tales, actos del servicio, por lo tanto son responsabilidad del Estado.⁸

De acuerdo a los elementos y características que indica el autor anterior, no es posible concebir el servicio público si no es a través de la acción estatal, y de forma más precisa, de la Administración. Es importante destacar que la fecha del libro citado, corresponde a un par de años antes de la mitad del siglo pasado, época en la que la tesis orgánica del servicio público aún no se veía mayormente controvertida, a pesar de que en dicha fecha ya era común que los Estados presten ciertos servicios a través de concesiones.⁹ El mismo autor, indica la existencia de los servicios públicos atendidos por concesionarios. En estos casos, el concedente, Estado o Municipalidad, no se despoja de sus facultades soberanas ni del deber que tiene de atender las necesidades públicas en las condiciones que esas necesidades lo exijan. Siempre debe prevalecer los fines públicos por sobre los particulares del concesionario.¹⁰ En términos generales, estas concesiones funcionan con un estatuto especial, pero siempre el Estado mantiene sus facultades exorbitantes respecto al servicio, puesto que en aquél se ha establecido la obligación originaria de satisfacerlo.

Siguiendo con los elementos esenciales del servicio público, Bermúdez Soto indica tres, que no coinciden de forma absoluta con los dados por Guillermo Varas, pero no por esto los contradice, sino que se pueden considerar como un complemento para un mayor entendimiento de esta teoría. En primer lugar, establece la necesidad de interés general, esto quiere decir, la existencia de una necesidad colectiva, que una vez asumida por el Estado, pasa a ser de interés general. Para este autor, que sea una necesidad de interés general significa que es una suma de intereses individuales y no es necesario que corresponda a la totalidad de los individuos de una sociedad, sino que solo a una mayoría. En segundo lugar, indica que la prestación del servicio debe ser otorgada por parte de la Administración. En este sentido, indica que hay que distinguirla de la actividad jurisdiccional y legislativa. También se debe mencionar que no toda la actividad de la Administración Pública constituye servicio público, sino solo una parte de ella. En este sentido, la tesis de Duguít en la que toda actividad del Estado es de servicio público, es atenuada, y al igual que Guillermo Varas, indica que ciertos servicios pueden ser prestados de forma indirecta por la Administración, a través de un tercero que será, normalmente, un concesionario. Por último, para este autor, es necesaria la existencia de un

⁸ Ibidem

⁹ Nota: Guillermo Varas indica que servicios públicos como el transporte colectivo, el alumbrado público, el agua potable, entre otros, eran concesiones otorgados por el Estado o la Municipalidad.

¹⁰ Cfr: Ibid., p. 293-294.

régimen jurídico especial respecto de dicha prestación, es decir, que la prestación de un servicio suponga un estatuto especial que lo regule.¹¹

Se puede observar que la concepción orgánica de servicio público posee un conjunto de características que hace fácil su identificación. Quizás esto podría verse afectado al momento en que se acepta las concesiones de ciertos servicios públicos. Dicha cuestión es solo aparente, puesto que la base de esta teoría es que la actividad a realizar está encomendada al Estado, es decir, que a través de la Constitución o la ley se ha determinado que dicho servicio público es de obligación de la Administración o Municipalidad, a esto se le llama *publicatio*.¹² En las concesiones, esto no cambia, ya que se sigue identificando al Estado como el principal obligado en el cumplimiento del servicio, solo que este decide otorgarlo a través de un tercero, pero no por ello deja de ser responsable. Por lo tanto, mantiene amplias facultades de intervención en el servicio, y en último término, puede poner fin a la concesión, y volver a hacerse cargo de forma directa de dicho servicio, sin la necesidad de cambios legales.

II. Noción funcional de Servicio Público

Hasta el momento se ha expuesto la concepción orgánica del servicio público, que se caracteriza por estar asociada de forma directa o indirecta a la Administración. Por lo tanto, en esta concepción, no se puede considerar que existan servicios públicos más allá de los determinados a satisfacer por el Estado, indistintamente que este los otorgue a través de sí mismo o los encomiende a un privado a través de una concesión.

En la teoría del servicio público funcional, se verá, en primer lugar, las críticas a la fundamentación de Duguit, que establece que toda acción del Estado es de servicio público. En segundo lugar, se analizará, como rasgo principal de esta teoría, que para la identificación y caracterización de los servicios públicos, lo primordial es su función, antes que su pertenencia a la Administración. Y en tercer lugar, de manera complementaria y necesaria para el punto anterior, las características que definen al servicio público en esta concepción.

A pesar de la aceptación que tuvo la escuela del servicio público orgánica en Francia, y su influencia en distintos países, como España y Chile, ella no tardó en ser cuestionada. Santamaria Pastor indica que una de las primeras y principales críticas viene dada por su utilidad práctica como teoría, ya que según la definición de servicio público, este podía ser toda posible actividad pública desempeñada bajo un régimen jurídico especial, por lo tanto, la

¹¹ Cfr: Bermúdez, J., *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 161.

¹² Cfr: : Soto Kloss. E., *Derecho administrativo: Temas Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 475.

expresión resultaba inútil para delimitar conceptualmente una parte de esa actividad, que era la de carácter prestacional.¹³

Otra de las críticas emitidas por la doctrina, es que la idea orgánica peca por su extensión. Al respecto, Silva Cimma indica que no siempre que el Estado crea un órgano estará gestionando un servicio público, ya que puede que éste no tenga por qué perseguir como finalidad una satisfacción de un interés o cometido que importe a la generalidad o mayoría de la población.¹⁴ Este defecto queda en evidencia, especialmente, en los años 30 del siglo pasado. Santamaria Pastor indica que en esta fecha, en Francia, el Estado comienza a asumir ciertas actividades económicas, financieras e industriales. Esto expone la artificialidad de la teoría, por lo menos en una de sus aristas; puesto que deja en evidencia, que en ciertos casos, la actividad desarrollada por la Administración, no siempre debe otorgarse en régimen de Derecho Administrativo, sino que a veces se somete a un régimen de derecho privado.¹⁵ De igual manera, Bermúdez Soto indica dentro de sus puntos sobre la crisis del servicio público, el hecho de que algunos órganos públicos asuman actividades de particulares, resultando difícilmente calificadas de servicios públicos, al ser actividades empresariales.¹⁶

Desde otra arista, no solo existe una aplicación del Derecho privado a la actuación de los órganos de la Administración, sino que también existen órganos privados a los que se les aplica el Derecho Administrativo. Así, como indica Santamaria Pastor, en Francia, el Estado encomienda ciertas tareas públicas a organismos privados, como el caso de las Corporaciones profesionales, que se deben sujetar a las normas del Derecho Administrativo.¹⁷ En este mismo ámbito, Bermúdez Soto indica como las autoridades públicas, al querer satisfacer necesidades de interés general, pero al no confiar que esta pueda ser satisfecha por los órganos públicos, se lo encomienda a particulares, sin necesidad de que exista una concesión de por medio, pero reservándose un control sobre su ejercicio.¹⁸ Este mismo autor indica 2 ejemplos más que demuestran lo insostenible que resulta la tesis orgánica del servicio público. En primer lugar, indica el caso de las actividades de interés general que son asumidas por órganos públicos, utilizando instrumentos de Derecho privado. A estas se les denomina Administración Invisible del Estado, y está compuesta por sociedades anónimas y/o corporaciones de Derecho privado. El segundo caso, son los particulares que, sin realizar actividades de interés general, deben regirse en ciertas situaciones por procedimientos de Derecho Público.¹⁹

Vidal Perdomo explica que, al igual que la concesión en que se entrega a un particular la atención de un servicio de cargo de la Administración, aparecen otras actividades, que a pesar

¹³ Cfr: Op. Cit., Santamaria Pastor, J., p. 309.

¹⁴ Cfr: Op. Cit., Silva Cimma, E., p.28.

¹⁵ Cfr: Op. Cit. Santamaria Pastor, J., p.309.

¹⁶ Cfr: Op. Cit. Bermudez Soto, J., p. 161.

¹⁷ Cfr. Op. Cit. Santamaria Pastor, J., p.309-310

¹⁸ Cfr: Op. Cit. Bermudez Soto, J., p. 161.

¹⁹ Ibidem.

de estar a cargo de particulares, recibían un tratamiento de servicio público por su vinculación al interés general. El autor indica que en Francia se hace el camino para que se le reconozca el carácter de servicio público a actividades puramente privadas, sin darle importancia a la calificación de la organización responsable del servicio, pública o privada, mirando exclusivamente su carácter de servicio.²⁰

Por los procesos antes descritos, se gesta lo que sería la concepción funcional del servicio público, que no se fija en el carácter estatal o particular del servicio para definirlo, sino que en su función. Silva Cimma nos entrega una definición de servicio público de acuerdo a esta concepción: “Será entonces servicio público una actividad que persiga un fin de interés general, bien que sea ella realizada por una entidad o cuerpo estatal, bien por personas privadas, sean jurídicas o aun naturales”.²¹ Este mismo autor, siguiendo al autor francés Marcel Waline, indica que habrá un servicio público, cuando la actividad pública sea cumplida de forma directa por algún órgano de la Administración, o cuando la autoridad tome la iniciativa en orden de realizar tal actividad, aun cuando sea cumplida por un particular, pero reservándose siempre un control superior sobre su ejercicio.²²

Para Vidal Perdomo, este cambio en el paradigma de lo que es un servicio público, es positivo, puesto que se extiende a campos que antes no comprendía: pero manifiesta que igualmente hay una pérdida, puesto que al desvincularse orgánicamente de la Administración, se volverá muy difícil precisar e identificar qué es un servicio público.²³ Bermúdez Soto tiene una opinión similar, indicando que el concepto de servicio público se convierte en un concepto difuso, cuya definición requerirá una serie de precisiones.²⁴

Por las consideraciones anteriores, como ya no basta para identificar un servicio público su simple pertenencia a la Administración, se han establecido un conjunto de elementos que ayuden a identificar los servicios públicos, los que no siempre son los mismos en todos los autores, por lo que se hace necesario analizar las distintas posiciones, para llegar a la caracterización más coherente con nuestro sistema jurídico.

III.- Elementos y características de los servicios públicos

Al establecer los elementos de los servicios públicos, hay que diferenciarlos de sus características. Los primeros son criterios que ayudan a determinar cuándo se está en presencia de un servicio público. Las segundas, en cambio, son aspectos que deberían cumplir por el

²⁰ Vidal, J., *Derecho Administrativo*, Legis, Bogota, 2004, p.290.

²¹ Op. Cit. Silva Cimma, E., p.28.

²² Cfr. Ibidem.

²³ Cfr: Op. Cit., Vidal Perdomo, J., p.290.

²⁴ Cfr: Op. Cit. Bermúdez Soto, J.,p.161.

hecho de ser considerados como servicios público²⁵ Por lo tanto, la falta de una de las características no significa que el órgano deje de ser servicio público, a diferencia de la falta de un elemento. Pese a esta advertencia, se verá que los elementos no siempre serán suficientes para poder identificar un servicio público, o que la falta de alguno de estos, no acarrea necesariamente su exclusión como servicio público. Por ello, es posible que en determinados casos, se deba recurrir al examen de las características de un órgano, para ayudar a determinar si se está en presencia de un servicio público, pero siempre contando con la presencia de ciertos elementos.

1. Identificación doctrinal de los elementos que configuran un servicio público

Silva Cimma indica como elementos para caracterizar a un servicio público, los siguientes: 1. Una función considerada como obligatoria por el Estado en un momento determinado, es decir, la satisfacción de una necesidad pública; 2. Un cierto número de agentes jerarquizados o disciplinados, instituidos para realizar la función; 3. Una cierta cantidad de recursos afectos al cumplimiento de la misma y; 4. Un régimen jurídico especial.²⁶ Se puede observar que estos elementos son los mismos que indica Guillermo Varas cuando caracteriza a los servicios públicos dentro una concepción orgánica. Por lo tanto, respecto a los puntos 2 y 3, no serán analizados ni descritos en profundidad, ya que ellos pertenecen de forma necesaria a una categoría orgánica de servicio público. A pesar de esto, será necesario desarrollar los puntos 1 y 4, puestos que estos aún pueden servir como elementos caracterizadores de un servicio público que esté fuera de la Administración.

En primer lugar, uno de los elementos determinantes, es la idea de que la necesidad a satisfacer es una necesidad pública y que el Estado la considera obligatoria. Para Silva Cimma, este es uno de los elementos fundamentales del servicio público, ya que constituye la finalidad del mismo, y una de las finalidades primordiales del Estado. Este autor define como *necesidad pública* algo que es indispensable y común a todo el pueblo²⁷ A pesar de ser una de las características fundamentales para la definición, este autor da un concepto poco concreto y escasamente desarrollado de lo que debería estimarse como una necesidad pública, y su consideración obligatoria por el Estado. Respecto a esto, es preferible la clasificación de Bermúdez Soto, que divide en dos este primer elemento dado por Silva Cimma, distinguiendo entre: 1. La existencia de una necesidad de interés general y; 2. Una necesidad que el Estado decide satisfacer.²⁸

Bermúdez Soto hace lo correcto al distinguir entre la necesidad de interés general, que podría clasificarse como una cuestión de hecho o material, y la necesidad que el Estado decide satisfacer, que es más bien una cuestión política y jurídica. Respecto a lo primero, este autor

²⁵ Cfr: Ibid. p. 162-166.

²⁶ Cfr: Op.Cit. Silva Cimma, E., p.67.

²⁷ Ibidem

²⁸ Cfr: Op. Cit., Bermudez Soto, J., p.162.

indica que es uno de los elementos de la noción tradicional del servicio público, y lo importante en él, es determinar cuándo una necesidad privada pasa a ser una necesidad colectiva, y cómo, posteriormente, a través de una decisión política, se establece que sea satisfecha por el Estado.²⁹ Uno de los criterios indicados por este autor para determinar cuándo una necesidad privada pasa a ser colectiva, es atender al número de personas que tiene dicha necesidad, por ejemplo, en la educación. Sin embargo, advierte que este criterio no siempre es aplicable, puesto que puede existir una necesidad que no afecte a muchas personas, pero que aun así exista un interés público en hacerse cargo de ella, como por ejemplo, los planes de implementación y mejoramiento de las personas con VIH.

Otro criterio indicado por Bermúdez, es el del principio de subsidiariedad, en virtud del cual se entiende que son los particulares quienes satisfacen sus necesidades, y solo cuando ellos no pueden satisfacerlas por sí mismos, el Estado se encargará de ello. Al igual que el criterio anterior, este también merece ciertas críticas, ya que para este autor, solo es útil cuando hay posibilidades de lucro, cuestión que no siempre se condice con la satisfacción de las necesidades generales de la población, ni tampoco asegura una cobertura general de los servicios. Un ejemplo de lo anterior, es el sistema de salud, donde existe iniciativa privada y un sistema público.³⁰ De esta manera, este autor indica que este criterio está en crisis, ya que no sirve para caracterizar al servicio público en un plano teórico estable, pues no se trata de un aspecto objetivamente apreciable.³¹

Respecto al elemento de necesidad general, no parece que se deba descartar por completo, sino que aceptar que no es un elemento de tan fácil apreciación, y que es esencialmente dinámico. Por lo tanto, es posible identificarlo, siendo útil para la caracterización de un servicio público. Especialmente, este elemento puede servir para identificar servicios que históricamente han sido considerados de carácter público, como es el caso de los servicios eléctricos.

Ahora, respecto al elemento de *necesidad que el Estado decide satisfacer*, Bermúdez establece que las necesidades de interés general o colectivo son determinadas por la misma Administración, por lo tanto, son los poderes públicos quienes establecen cuál es la necesidad colectiva que se procederá a satisfacer, pasando entonces a ser prestada o asumida como servicio público.³² Esta tesis es similar a la de Boloña Kelly, que asegura que la idea de *necesidad colectiva* es una noción de orden político y de carácter relativo, que varía según ideologías y las circunstancias de tiempo y lugar.³³

²⁹ Ibidem

³⁰ Cfr: Ibidem.

³¹ Cfr: Ibidem.

³² Cfr: Ibid., p.163.

³³ Boloña, G., *Organización Administrativa*, Lexis Nexis, Santiago, 2008, p. 256.

Respecto a lo anterior, Bermúdez, siguiendo a Pierry, indica que este criterio, al depender de una caracterización por parte de la autoridad pública, dificulta la identificación del servicio público como tal, y deja de ser un criterio tan claro. Agrega que la autoridad pública a veces no afirma expresamente su voluntad de crear el servicio o de elevar una actividad a dicha categoría. Este punto es de importancia, y hace que la opinión de Boloña pueda tener distintas consecuencias en comparación a la de Bermúdez. Para este último, al aceptar que la autoridad pública no afirme *expresamente* la creación de un servicio público o la elevación a esa categoría de una actividad, está aceptando que pueden existir servicios públicos que sean tales, sin la necesidad de una calificación expresa por parte de la autoridad pública. De lo contrario, no afirmaría que es un criterio poco claro, sino que simplemente lo descartaría como tal.

En cuanto al régimen jurídico especial que debe regir al servicio público, Silva Cimma y Bermúdez dan descripciones similares, el primero está de acuerdo en caracterizar este elemento como: “(..)[E]l conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que dictan los poderes del Estado –con competencia para ello- cuando comprenden que una determinada necesidad general debe satisfacerse mediante el procedimiento de servicio público. Se trata, generalmente, de un régimen de Derecho Público.”³⁴ Para Bermúdez, estas necesidades se satisfacen a través de procedimientos de Derecho Público, derogatorios de Derecho común. Al estar sujetos a un régimen jurídico especial, implica que pueda, por vía legal, modificarse su organización, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo de orden jurídico. Este autor indica que dicha característica se fundamenta para asegurar la continuidad, uniformidad, regularidad y generalidad, que son características propias del servicio público.³⁵

Una vez más, Bermúdez menciona que este elemento está en crisis, ya que lo que distingue es el sometimiento a un régimen de Derecho público, cuestión que no siempre se cumple, ya que existen ocasiones en las que la Administración decide satisfacer necesidades generales sin regirse por el Derecho público, sino que por el Derecho privado. Coherente es esto con una posición funcional del servicio público, pero solo si existen potestades de control por parte de la Administración respecto de ese servicio. De lo contrario, no podría diferenciarse de una actividad económica liberalizada.

Otros elementos mencionados por Bermudez son: 1. La determinación de los órganos que prestan el servicio público y; 2. La vinculación del servicio público con la autoridad pública. El primero de los puntos es de gran trascendencia, ya que de acuerdo con la tesis orgánica del servicio público, toda la actividad de la Administración era de servicio público. En la práctica, la actividad de la Administración no siempre es de servicio público, por lo tanto, es importante distinguir cuales son las de servicio público, de las que no. Esto es más necesario cuando se acepta que existan servicios públicos fuera de la Administración. Sin embargo, por lo

³⁴ Op. Cit. Silva Cimma, E., p.72.

³⁵ Op. Cit. Bermúdez, J., p.165.

mencionado anteriormente, respecto a que no siempre el poder público menciona cuando se está frente a un servicio público, se hace necesario establecer un conjunto de elementos que permita, especialmente en los servicios fuera de la Administración, determinar la voluntad del legislador, en cuanto a erigir a ciertas actividad como servicio público. Entre estos elementos, Bermúdez menciona: 1. La existencia de una vinculación al poder central. 2. La presencia de interés general. 3. La existencia de un financiamiento estatal o la existencia de leyes especiales que se lo otorguen, o incluso ciertas franquicias en determinadas condiciones. 4. La existencia de prerrogativas de imperio público otorgadas por ley.³⁶

Respecto al punto de la *vinculación del servicio público con la autoridad*, este dice relación con la vinculación entre la autoridad pública y la gestión del servicio público, que puede depender de la autoridad directamente en todo ámbito, o bien sólo en algunos aspectos.³⁷ Esto último es coherente con lo mencionado en el párrafo anterior, aplicándose principalmente en los casos en que la actividad es prestada por un servicio ajeno a la Administración.

Otro autor, Santamaria Pastor, en el intento de caracterización de los elementos del servicio público, ya no da un catálogo de características, sino que indica 3 puntos que se tratan de una manera incorrecta al momento de teorizar sobre el servicio público, los cuales, según este autor; son importantes cuando se trata de llegar a una definición del servicio público. Es necesario y útil exponer las ideas de este autor respecto a esta materia, puesto que de alguna manera, logra reivindicar ciertos elementos antes mencionados, los cuales parecía que no servían como criterios para una categorización de los servicios públicos.

En primer lugar, Santamaria Pastor indica que es indiferente que las prestaciones se dirijan a satisfacer primariamente necesidades colectivas o también llamadas *uti universo*; o satisfacer necesidades individuales o también llamada *uti singuli*. Para este autor, aparte de que todos los servicios satisfacen al mismo tiempo necesidades individuales y colectivas, lo que en verdad es relevante, es que en un grado u otro puedan ser objeto de utilización individualizada por uno o más sujetos.³⁸

El segundo punto, más trascendente en lo que respecta a esta investigación, indica que la asunción de estos servicios por los poderes públicos no precisa de un acto formal de calificación como tales, ni de afirmación de la responsabilidad pública sobre los mismos. Este autor indica que la existencia de un servicio público no precisa de un acto solemne de *publicatio* o publicación de una actividad antes privada.³⁹ Esta cuestión es bastante importante, puesto que viene a reforzar la idea de que el Estado no siempre indica expresamente cuando se está frente a una actividad que pueda ser catalogada como servicio público, pero que dicha cuestión no obsta a que no pueda ser considerado como tal, pero a

³⁶ Ibid. P.164

³⁷ Ibidem

³⁸ Cfr. Op. Cit. Santamaria Pastor, J., p.312.

³⁹ Cfr: Ibidem.

partir de otros elementos. Por lo tanto, asegurar que unos de los elementos esenciales para identificar a un servicio público, es que el Estado lo considere como tal mencionándolo de forma expresa a través de la Constitución o la ley, es erróneo.

Como tercer y último punto, que para Santamaria Pastor es el equívoco más importante y frecuente, radica en la suposición de que la calificación de una actividad como servicio público; necesariamente conlleva su desempeño directo en régimen de exclusividad por empresas o entes públicos. Para este autor, la asunción por parte de un ente público de la responsabilidad sobre determinada actividad supone solamente la voluntad de que tales actividades se realicen efectivamente, pero no necesariamente por él mismo.⁴⁰ Por lo tanto, se acepta que actividades de servicio público puedan ser otorgados por privados, sin que dejen de ser tales; siempre y cuando exista un control y dirección por parte de la Administración. Este control y dirección supone como mínimo 3 puntos: 1. La regulación intensiva de la actividad, esto es, no limitada a sus aspectos externos, sino que afectante a su mismo desarrollo en condiciones de normalidad; 2. La potestad pública de selección de los sujetos privados. Esto conlleva indicar cuales están habilitados, limitar su número, su necesidad, y la exigencia de especiales requisitos de idoneidad y rigor; 3. La vigilancia continua del desarrollo del servicio, con facultades de dirigir el desempeño de la actividad, de sancionar sus comportamientos no satisfactorios e incluso de privarles de la habilitación de que disfrutaban.⁴¹

Ya concluyendo la conceptualización del servicio público desde un punto de vista funcional, siguiendo a Bermúdez, se puede definir al servicio público como: “Una actividad que el Estado desarrolla con miras a satisfacer intereses generales de la comunidad, de manera inmediata, cumpliendo así con los fines propios de todo Estado. (...) [L]a Administración Pública no es el conjunto de servicios públicos, sino que va más allá de dicha conceptualización y que los servicios públicos pueden prestarse o existir al margen de la Administración propiamente tal.”⁴²

Es pertinente mencionar que con la llegada de las tesis económicas neoliberales, se buscó una forma de disminuir el ámbito de aplicación del servicio público. Al acogerse muchas de las premisas neoliberales en normas jurídicas, se eliminó formalmente la caracterización de servicio público; de esta manera, se llevó a la liberalización y desregulación de varios sectores. Santamaria Pastor indica que el surgimiento de estas nuevas teorías y formas de ver el servicio público, han hecho un aporte al estudio del servicio público, pero no necesariamente uno positivo. Este autor indica que ha “envenenado” el problema con ingredientes ideológicos y académicos, y sobre todo, por sus errores de enfoque. Por lo tanto, puede que ciertos autores

⁴⁰ Cfr: *Ibid.*, p. 313.

⁴¹ Cfr: *Ibid.*, p.313-314.

⁴² Op. Cit. Bermúdez Soto, J., p.165.

aboguen por el carácter despublicado de un servicio, más bien por razones ideológicas, antes que por una construcción doctrinal objetiva.⁴³

2. Las principales características de los servicios públicos en la doctrina administrativa

A pesar de no existir acuerdo unánime en cuanto a los elementos y principios que permiten identificar un servicio público, sí existe mayor acuerdo doctrinario en cuanto a las características que debe tener un servicio público como tal. Esto puede ser de gran importancia, especialmente, cuando los antiguos criterios para su identificación han entrado en crisis, como se ha expuesto en el análisis anterior. De hecho, parecería que desde un punto de vista funcional, habría que analizar precisamente cómo está regulada la forma en que la Administración otorga sus servicios, para identificarlo como servicio público. Sin embargo, no es correcto prescindir de todos los criterios analizados en el apartado anterior. La solución que se plantea, en cambio, es que para poder identificar a los servicios públicos, hay que valerse tanto de los elementos, como de sus características. Esta sería la mejor forma de tratar el tema, cuando no existe una sistematización clara y expresa por parte de la legislación que nos permita identificarlos.

Una de las principales características del servicio público, que aparece en todos los autores que analizan el servicio público, es el principio de continuidad. Este significa que la actividad de servicio público no puede interrumpirse o paralizarse, ya que su función es pública, y ha sido establecida en beneficio de la comunidad.⁴⁴ Para Hugo Caldera, esta característica es un reflejo del deber del Estado de cumplir sus objetivos y fines de manera ininterrumpida. Lo relaciona con el art. 1° de la CPR, respecto al fin del Estado, que es promover el bien común.⁴⁵ Por su parte, Santamaria Pastor advierte que no debe interpretarse de forma literal el concepto de continuidad, sino como regularidad en la prestación, la cual debe tener lugar sin otras interrupciones que las previstas de antemano de acuerdo con la naturaleza de las necesidades a satisfacer.⁴⁶

Otra característica, es el principio de regularidad. Este lo define Bermúdez como: “[L]a sumisión del servicio público a reglas positivas preestablecidas y con la exacta observancia por parte de sus agentes de todas esas reglas y normas.”⁴⁷ Camacho indica que tanto este principio, como el de continuidad, no solo vinculan a la Administración, sino que también al concesionario, cuando este último sea directamente responsable de la prestación del servicio.⁴⁸

⁴³ Cfr. Op. Cit. Santamaria Pastor, J., p.310-311.

⁴⁴ Op. Cit. Bermúdez Soto, J., p.167.

⁴⁵ Cfr: Caldera, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Parlamento Ltda, Santiago, 2001, p.278-279.

⁴⁶ Cfr: Santamaria Pastor, J., Op. Cit. P. 340.

⁴⁷ Op. Cit. Bermudez Soto, J., p.167.

⁴⁸ Cfr: Camacho G., “La Actividad Sustancial de la Administración del Estado”, en Pantoja, R. (coord.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Legal Publishing, Santiago, 2010. P.287.

Otro principio unánime entre la doctrina, es el de igualdad. Boloña Kelly lo define como “[E]l derecho de ser tratados uniformemente por el servicio público, el que no puede establecer, arbitrariamente, diferencias en el tratamiento.”⁴⁹ Camacho lo trata junto a la idea de *universalidad* del servicio público, relacionándolo para el caso de Chile, con el artículo 1° y 19 N°2 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), que establecen la igualdad y proscriben la existencia de grupos o personas privilegiadas y del establecimiento de diferencias arbitrarias.⁵⁰ Bermúdez, por su parte, menciona la idea de *uniformidad* que es similar a la de igualdad, indicando que: “Establecido en beneficio o interés de toda la colectividad, sus prestaciones deben ser iguales para todos aquellos habitante que, dentro de un mismo orden, se encuentran en condiciones de solicitar beneficios.”⁵¹

Otros principios y características son nombrados por los autores, como el principio de mutabilidad o adaptación, que significa que el servicio público debe armonizar con las mutaciones y cambios que puedan experimentar las necesidades públicas. Por lo tanto, como indica Santamaria Pastor: “[S]u régimen debe hallarse diseñado de manera que las condiciones de su prestación puedan variarse sin que a ello se opongan obstáculos de orden jurídico.”⁵² También son mencionados por Boloña Kelly el principio de neutralidad, y el de acceso. El primero indica que el servicio no puede funcionar si no es teniendo en cuenta consideraciones de interés general, excluyendo intereses particulares o relativos a una determinada ideología. El segundo principio, quiere decir que todo administrado, cumpliendo ciertas condiciones, tiene el derecho a usar el servicio público, sin que la autoridad pueda negárselo.⁵³ Por último, Bermúdez también indica la idea de *permanencia*, que implica que el servicio se mantendrá, mientras subsistan las necesidades públicas para el cual fue creado.⁵⁴

IV. El Servicio Público en Chile

El análisis del servicio público en Chile nace y se desarrolla de forma más tardía que en Francia, y Europa en general. Pese a esto, recibe una gran influencia por parte de las teorías que surgen en dicho continente. En este apartado, se analizará el desarrollo de la teoría del servicio público en nuestro Derecho, atendiendo principalmente a los cambios que ha experimentado desde su surgimiento, a mediados del siglo XX, hasta la actualidad, donde la evolución que ha sufrido, especialmente desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, se ha caracterizado por la complejización de la materia, dificultando la identificación y estudio de los servicios públicos en Chile.

⁴⁹ Boloña, G., Op. Cit. p.258.

⁵⁰ Cfr: Camacho, G., Op. Cit P.288.

⁵¹ Bermudez, J., Op. Cit., p.167.

⁵² Santamaria Pastor, J., Op. Cit. P. 340.

⁵³Cfr: Boloña, G., Op. Cit.

⁵⁴ Cfr: Bermudez,, J., Op. Cit.

El surgimiento de la doctrina y elaboración conceptual sobre el servicio público en Chile, viene determinado por el Estado social de mediados del siglo XX, donde existe una fuerte actuación por parte del Estado y la Administración en la economía y servicios del país. Como indica Camacho, en esta primera etapa había una fuerte influencia por parte de la escuela francesa de Duguit, la cual resaltaba lo social.⁵⁵ De esta manera, en coherencia con los escritos de Guillermo Varas, los que datan del año 1948, que al analizar el servicio público en el Derecho chileno se guía principalmente por los escritos de Duguit y Jeze⁵⁶, podemos indicar que la doctrina nacional siguió una teoría orgánica del servicio público.

Respecto de la jurisprudencia, Camacho indica que la Corte Suprema, a través de 2 sentencias, primero en 1950, y posteriormente en 1959, viene a aportar elementos para la caracterización de un servicio. Así, en el año 1950, la Corte Suprema indica cuáles deben ser los atributos de una persona de Derecho público: 1. Que la persona jurídica esté dotada de potestades públicas; 2. Que esté destinada a fines de interés colectivo; 3. Que para dicha realización disponga de recursos materiales que deben ser proporcionados por la colectividad cuyos intereses va a servir; 4. Que esté sujeta a un régimen jurídico especial en su organización, administración y funcionamiento y; 5. Que tenga representante legal que intervenga en su nombre, judicial y extrajudicialmente. Luego, en el año 1959, se refiere a los 4 elementos clásicos de la conceptualización orgánica del servicio público: 1. Que haya una necesidad pública que se trata de satisfacer en forma regular y continua; 2. Que se instituya para realizar esa función el número necesario de agentes jerarquizados; 3. Que disponga de bienes o recursos económicos destinados a cumplir su cometido, y; 4. Que se rija por un sistema jurídico especial.⁵⁷

A partir de lo anterior, Camacho sostiene que en Chile, el servicio público: “[D]esde el punto de vista orgánico-formal, lo constituyen las organizaciones del Estado destinadas a satisfacer necesidades públicas, de manera regular y continua, bajo la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República y conforme a un régimen de derecho público.”⁵⁸ Para esta autora, la doctrina nacional está de acuerdo en su mayoría en esta tesis, citando a Aylwin y Silva Cimma. Este último autor, indica que: “[D]esde un ángulo legalista o positivo, creemos que en Chile el servicio público ha sido tomado desde un prisma preferente, si bien no exclusivamente, orgánico”.⁵⁹ Sin embargo, la posición de este autor no es tan categórica en este punto, ya que merece ciertas distinciones y análisis, cuestiones que se retomaran más adelante.

La idea de servicio público orgánico quedó plasmada en el art. 28 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE),

⁵⁵ Cfr: Camacho, G., Op. Cit. p. 271.

⁵⁶ Vease: Varas, G., *Derecho Administrativo*, Nascimento, Santiago, 1948.

⁵⁷ Cfr: Op. Cit. Camacho, G., p.270.

⁵⁸ Ibid. p.271.

⁵⁹ Op. Cit., Silva Cimma, E.,p.48.

que establece: “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”. De esta manera, los servicios públicos quedan limitados solo a los órganos administrativos, por lo tanto, a una concepción orgánica de ellos. Sin embargo, dicha cuestión no fue tan pacífica, puesto que a pesar de que esta norma existe hasta el día de hoy, los cambios políticos, sociales y económicos, hacen que sea necesaria una visión distinta del servicio público, cuestión que se verá reflejada en la doctrina.

Para Camacho, la idea de servicio público orgánico-formal sufre una profunda transformación, principalmente por 2 situaciones, que son propias de la crisis de la noción orgánica del servicio público. La primera de ellas, corresponde a que el Estado, al asumir nuevas responsabilidades socioeconómicas, hace surgir organismos de la Administración que actúan como particulares. Un ejemplo de esto, mencionado por la autora, es un dictamen de Contraloría de 1960, respecto a la Corporación de Ventas de Salitre y Yodo, en el que se establece que este organismo pertenece a un servicio de la Administración, pero que es regido por el derecho común.⁶⁰

La segunda situación que para esta autora quiebra la idea orgánica de servicio público en Chile, es que en la misión de satisfacer necesidades colectivas el Estado recurre a la actividad o gestión privada. De esta manera, da como ejemplo el dictamen N°55.270 de 1969 de la Contraloría General, que establece la existencia de 2 tipos de servicios públicos, el primero, de carácter orgánico o institucional. El otro, desde un punto de vista funcional, que considera la naturaleza de la actividad o función que un organismo o entidad efectúa, definiéndolo como toda actividad que persigue un fin de interés general, bien sea ella realizada por una entidad o cuerpo estatal, bien por personas privadas, sean jurídicas o aun naturales.⁶¹

Posteriormente, en 1972, en el dictamen N°77.285, Camacho indica que: “[L]a Contraloría sostiene que la concesión de un servicio público conllevaba el ejercicio por parte de un particular de una determinada actividad pública, en que por regla general éste sustituía a la Administración en la prestación del servicio, sin que por ello la prestación perdiera su carácter de pública.”⁶²

Camacho indica que en la década de 1970 se comienza a volver a posiciones más bien orgánicas, y posteriormente, a partir de 1980, por el proceso de liberalización de las actividades antes públicas, vuelve a cambiar la noción de servicio público. Respecto a los servicios de utilidad, se introduce una desagregación de las actividades económicas en las que se estructuran estos servicios, reservándose la titularidad pública de la actividad sólo en algunos

⁶⁰ Cfr: Op. Cit. Camacho, G., p.271.

⁶¹ Ibid., p.272.

⁶² Ibid., p.273.

casos, en los que se ha de requerir la concesión, mientras que en los demás segmentos de la actividad, solo se implementarán técnicas de policía que conllevan la imposición de obtener permisos o licencias.⁶³

Por lo anterior, la autora citada indica que se hace propicia la aparición de una noción funcional de servicio público en la legislación de los servicios de utilidad pública, pero esta vez asociada, exclusivamente, a ciertas actividades de los mismos que son calificadas como servicio público. Un ejemplo de esto, es la Ley General de Servicios Eléctricos, que en su art. 7, dispone que: “es servicio público eléctrico el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales” y “el transporte de electricidad por sistemas de transmisión troncal y de subtransmisión.”. Para la autora, esta calificación de servicio público: “[E]xplica que la regulación de la actividad imponga obligaciones de servicio público a las empresas privadas que atienden estas necesidades, con el objeto de garantizar que la actividad sea prestada bajo unos estándares mínimos de calidad, precio, e igualdad de acceso a los usuarios. Ello deberá cumplirse aun cuando no sea económicamente rentable, si bien, en algunos casos (telefonía y distribución eléctrica), el legislador faculta a la empresa operadora para que solicite a los usuarios interesados a contribuir con aportes reembolsables orientados a financiar las obras de conexión.”⁶⁴

De acuerdo a esta exposición, podemos ver que en nuestro Derecho, a pesar de que legalmente se establece un régimen de servicio público orgánico, desde el punto de vista doctrinal, se ha llegado a aceptar una visión funcional. Esto como una necesidad por parte de algunos autores, para explicar ciertas instituciones y órganos, que solo es posible entender si se analizan como servicios públicos. Así, para Camacho, son servicios públicos desde el punto de vista funcional, aquellos que la ley indica que lo son. Esta es una visión que contrarresta la idea orgánica, ya que acepta que puedan existir servicios públicos que no pertenezcan a la Administración del Estado, aunque mantiene un criterio positivo, puesto que está condicionada a una indicación explícita por parte de la ley. Dicha cuestión ha sido controvertida, puesto que autores como Bermúdez Soto, indica que hay instituciones u órganos que califican como servicio público, pero que el legislador no siempre los menciona expresamente.

La idea antes mencionada, tiene consecuencias al momento de la identificación de los servicios públicos en Chile. De esta forma, Camacho, al momento de clasificar las formas de prestación de los servicios públicos, identifica a la prestación directa y la prestación indirecta. Dentro de esta última, distingue entre los convenios, los contratos, la concesión de explotación de servicio público y la concesión de actividades cuasi-despublificadas. Respecto a esta última clasificación, es importante detenerse, puesto que en este apartado se refiere a la concesión de servicio público, que para esta autora no debería considerarse como tal. Según su posición, las

⁶³ Cfr: *Ibid.* p-274.

⁶⁴ *Ibid.*, p.275.

concesiones eléctricas, sanitarias, etc. Obedecerían más bien a un permiso o licencia para realizar dichas actividades, ya que no existe una relación entre la Administración y los usuarios. Justifica esta posición, indicando que: “[E]l presupuesto de una titularidad pública se ha morigerado de tal modo que prácticamente no existe de modo suficiente que permita constituir una relación de titular-concesionario entre la Administración y la empresa operadora. Más bien, en estos supuestos la relación es general y objetiva entre regulador-regulado, estructurada sobre la base del marco regulatorio definido por el Ordenamiento Jurídico, en lugar de derivada de un contrato de concesión.”⁶⁵

La posición tomada por Camacho va en la misma línea que la de Soto Kloss. Este autor indica que en los casos de la distribución eléctrica, de agua potable, gas, etc. no serían concesiones de servicio público, puesto que faltaría la *publicatio*, que significa que dicha actividad el legislador la haya puesto a cargo de la Administración. Por ello, por ser un requisito esencial e ineludible según su posición, no existiría ninguna concesión, sino que solo una actividad liberalizada que corresponde desarrollar a los particulares. En conclusión, para Soto Kloss, estas *pseudo concesiones* como las llama, más bien serían autorizaciones, coherentes con la Constitución de 1980 y su principio subsidiario que privilegia la iniciativa privada por sobre la Estatal.⁶⁶

En una posición distinta, Bermúdez clasifica en 2 a los servicios públicos que no son prestados directamente por la Administración: Privatización de servicio público y concesión de servicio público. El primero de ellos encasilla a los servicios eléctricos y sanitarios. Podría pensarse que la posición de este autor es idéntica a la de Camacho y Soto Kloss, ya que niega el carácter de concesión de estos servicios, al igual que dichos autores. Sin embargo, Bermúdez mantiene la idea de servicio público de estas actividades, no considerándola como una simple actividad liberalizada. Por lo cual, para este autor, por seguir teniendo el carácter de servicio público, la Administración debe velar por la correcta y continúa satisfacción de las necesidades que abarcan. Para cumplir con lo anterior, la Administración conservará los poderes de regulación, fiscalización y sanción propios del Estado, ejerciéndolos, orgánicamente, a través de superintendencias.⁶⁷

Una posición similar a la de Bermúdez, es la de Boloña Kelly. Este autor, en su clasificación de los servicios públicos, se refiere a los concesionados, indicando entre estos a los eléctricos. Este autor se refiere al carácter mixto que tiene la concesión de servicio público en la actualidad, teniendo una parte contractual y otra reglamentaria. En la primera, se establece el plazo de concesión y las ventajas financieras otorgadas al concesionario; en la segunda, se refiere a la organización y funcionamiento del servicio, regulando aspectos como las condiciones de explotación, las tarifas, etc. A pesar de que muchas de las actividades de

⁶⁵ Ibid., p.293.

⁶⁶ Cfr: Soto Kloss. E., *Derecho administrativo: Temas Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 475 – 477.

⁶⁷ Cfr: Op. Cit., Bermúdez, J.,p.172.

estos servicios están sometidos al Derecho privado, como las relaciones entre el servicio y su personal, o del servicio y los usuarios, este autor indica que la aplicación del Derecho común no es integral, ya que la naturaleza misma del servicio público exige, en determinadas materias, la sumisión al derecho público, dando como ejemplos el establecimiento de servidumbres administrativas y el recurso de procedimiento expropiatorio.⁶⁸

En síntesis, pese a que el ordenamiento jurídico nacional establece un régimen orgánico del servicio público, esto no correspondencia con la realidad. Por esto son importantes los aportes de la doctrina en orden a identificar a los servicios públicos que no están considerados como tales por la legislación. La existencia de estos es un hecho, por su naturaleza y características, lo que se evidencia en la doctrina analizada anteriormente, la que está de acuerdo en la existencia de servicios públicos que están fuera de la Administración, ya sea en manos de privados, o a través de empresas estatales. La cuestión controvertida versa sobre si todas las actividades que alguna vez fueron consideradas como servicios públicos, mantienen dicho carácter al pasar a manos de privados, como es el caso del servicio eléctrico. Para abordar una respuesta a esta interrogante, se analizará en particular la regulación de este servicio, a través de lo que se espera verificar si cuenta o no con las características y elementos básicos, que nos permitan calificarlo como un servicio público.

⁶⁸Cfr: Op. Cit., Boloña, G., p.260.

Capítulo II

El Servicio Eléctrico en Chile

I. Historia de la regulación jurídica del sector eléctrico en Chile

Para analizar la legislación actualmente aplicable al régimen eléctrico en Chile, se efectuará una breve mención de la regulación a la que ha sido sometido este servicio durante su existencia. Con esto se espera no solo comprender las razones políticas e históricas de la regulación actual de este servicio, sino que también demostrar lo mencionado en el capítulo anterior respecto de la evolución del concepto de servicio público, cuestión que se visualiza de forma concreta en la regulación de este servicio. Por ello, se verá cómo ha evolucionado, desde una breve regulación, en la que no existe mayor intervención ni interés del Estado, a una legislación más desarrollada, caracterizada por un rol determinante del Estado; para llegar, finalmente, a la situación actual, en la cual la iniciativa estatal desaparece, limitándose a la regulación y control.

La electricidad, desde mediados del siglo XIX, se desarrollaba de forma incipiente en Chile, limitándose solamente a laboratorios; por ello, el Código Civil nada dijo acerca de ella.⁶⁹ Posteriormente, en 1904, se dictó la ley N°1.665, sobre: “Prescripciones para la concesión de permisos para la instalación de empresas eléctricas en la República”. En términos generales, esta ley otorga al Presidente de la República las potestades para otorgar concesiones en la materia.⁷⁰ Esto, a pesar de que la actividad en esos tiempos se realizaba mayoritariamente por el sector privado, lo que demuestra el interés que hubo desde un principio por parte del Estado de radicar la función del servicio eléctrico en él, estableciendo que solo se podía desarrollar a partir de concesiones.

En el año 1925, se dicta la primera ley general eléctrica, a través del Decreto Ley N°252, de ese mismo año. Esta ley se caracteriza por un mayor detalle y sistematización en la regulación del sector eléctrico. Durante esa época, el sector eléctrico era desarrollado mayoritariamente por el sector privado, por lo que esta ley vino a dar mayor libertad de acción a los concesionarios.⁷¹ Sin embargo, no se puede afirmar que esta nueva regulación tendió a la liberalización del servicio, puesto que el Presidente de la República seguía teniendo las potestades de otorgar la concesión y de otorgar un permiso especial para usar los terrenos fiscales. Por lo tanto, la mayor parte de las atribuciones a privados que otorga este nuevo cuerpo legal, están más bien dirigidas a desarrollar de una mejor manera el servicio, lo que demuestra el interés público que existía respecto al desarrollo de esta actividad.

⁶⁹ Cfr: Vergara, A., “Régimen Jurídico De La Energía Eléctrica. Aspectos Generales y Problemas Actuales”, *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, Vol. I, N°1, Enero-junio, 1999, p.143.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

La siguiente ley general eléctrica, dictada a través del DFL N°244 de 1931, sigue en lo medular a la ley anterior, manteniendo un esquema exclusivamente privado.⁷² Sin embargo, el Estado aumenta su control a través de la creación de la Dirección de Servicios Eléctricos, y aumentando sus facultades en cuanto a la fijación de las tarifas que podían cobrar.⁷³ En el periodo de esta nueva ley, el Estado entra a participar con mayor preponderancia, especialmente por el decaimiento de la iniciativa privada, provocada por la gran crisis económica que sufrió el país en la década de 1930. Es así como a través de la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, se creó la empresa ENDESA, con el objeto de producir, transmitir y distribuir energía eléctrica, como de ejecutar el plan de electrificación nacional.⁷⁴

La tercera ley general eléctrica, dictada a través del DFL N°4 de 1959, no realizó mayores cambios en la legislación anterior. La principal modificación fue respecto al uso de terrenos públicos, que en la ley anterior se debía solicitar al Presidente de la República, en cambio, en este nuevo cuerpo legal, se entendía que su uso venía autorizado con la concesión misma. Nuevamente, esta reforma es coherente con la idea de brindar un mejor servicio público, antes que con su privatización. El contexto histórico confirma esta afirmación, ya que en esa época, la participación por parte del Estado era cada vez más fuerte, tanto a través de la empresa ENDESA, como del plan de electrificación nacional, en el cual también participaba la empresa privada CHILECTRA, que hasta ese momento, era la más grande del sector eléctrico. Por lo tanto, la acción privada estaba determinada por un plan de carácter público. Esta intervención llega a su momento cúlmine, con la estatificación de la empresa CHILECTRA, en 1970. Con ello, en esa época, CHILECTRA y ENDESA, dos empresas públicas, eran responsables del 90% de la generación eléctrica, del 100% de la transmisión y del 80% de la distribución.⁷⁵

La situación mencionada se mantuvo hasta el siguiente gran cambio en la legislación, que se realizó a partir de 1980. Es importante mencionar que, durante la historia de este servicio en Chile, fue siendo asumido cada vez más por el Estado, llegando casi a un control total del mismo. De igual forma, es destacable que cuando estaba en manos privadas, su ejercicio era posible solo a través de concesiones, lo que demuestra que desde un principio se consideró a este servicio como público.

No obstante, la influencia de la noción orgánica del servicio público está presente en la regulación de este servicio, y se va acentuando justamente a través del transcurso del siglo XX, tanto en el aumento de la participación directa del Estado, como en la mayor regulación del sector privado, aumentando las potestades de la Administración para intervenir en dichos

⁷² Ibid. p.144.

⁷³ Cfr: Bernstein, S., "Sector Eléctrico", en *libertadydesarrollo*, <http://www.libertadydesarrollo.cl/biblioteca/libros/soluciones/electrico.pdf> (8 de septiembre del 2014)

⁷⁴ Cfr., VVAA., "Efectos de la Privatización de Servicios Públicos en Chile", en *dii.uchile*, 2014, en: http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/?page=view_publicaciones&langSite=es&agno=2004&id=20040527142057 (9 de octubre de 2014).

⁷⁵ Cfr., Ibid.

servicios. Esto sufrirá cambios, especialmente en cuanto a la participación estatal, aunque no necesariamente en cuanto a las potestades de la Administración, especialmente de control, cuestión que será analizada en los siguientes apartados, ya que en último término, esto podría indicar el carácter de servicio público de estas actividades. Por lo tanto, será necesario exponer las principales características de la última ley general de electricidad y de sus distintas reformas hasta el día de hoy.

II. La actual regulación del régimen jurídico eléctrico en Chile

El cambio en la legislación eléctrica viene dado de forma directa por la nueva política económica instaurada por la dictadura militar, la cual queda plasmada en la Constitución de 1980, estableciendo el principio de subsidiariedad del Estado, el cual justifica las reformas que privatizan y liberalizan los servicios y empresas que antes pertenecían al Estado.

El primer cambio legal posterior al golpe militar de 1973, que tiene influencia en la normativa eléctrica, no es la cuarta ley general eléctrica de 1982, que viene a cambiar todo lo anterior, sino que es la creación de la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE), a través del Decreto Ley N°2.224, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de junio de 1978. En su texto original, dicho Decreto establece que la CNE estará dirigida por un Consejo Directivo compuesto por seis ministros de Estado, y un representante del Presidente de la República, quien lo presidirá. Entre otras funciones y atribuciones, a este Consejo corresponde proponer al Presidente de la República las políticas sectoriales que después son implementadas a través de leyes y reglamentos. La CNE, asimismo, calcula las tarifas reguladas, y desarrolla semestralmente un plan indicativo de inversiones para el sector.

La discusión de cómo debería ser el nuevo marco regulatorio eléctrico, llegó a la conclusión que la nueva ley que regulara el sector eléctrico debía cumplir especialmente con 3 objetivos: 1. Armonía con el sector económico en general, expresado especialmente en una regulación objetiva y clara, que no deje muchos espacios para la discrecionalidad estatal, para así incentivar la participación del sector privado; 2. Otorgar al Estado instrumentos de control, regulación y normativas necesarias y suficientes para un funcionamiento racional del sector y; 3. Desburocratizar el sector, a través de la eliminación de controles y regulaciones excesivas.⁷⁶

Como resultado de los objetivos propuestos, se creó la cuarta ley general eléctrica, llamada “Ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica” (en adelante LGSE) a través del DFL N°1 de 1982. Como características generales de esta nueva ley, se puede indicar: 1. Distingue en tres actividades al sector: generación o producción, transmisión o transporte y distribución; 2. Permite el libre acceso a los privados al negocio eléctrico, especialmente a la generación y transmisión de energía eléctrica; 3. En cuanto a la

⁷⁶ Cfr: Op. Cit. Vergara, A., p.146-147.

distribución, se indica que tiene carácter de servicio público, y debe ser desarrollada previa concesión; 4. Certeza jurídica, concretizando una regulación general para el mercado eléctrico nacional, delimitando las reglas a seguir por los particulares; y, 5. Acceso al uso del suelo ajeno, para imponer servidumbres, y de esa forma posibilitar la construcción de las instalaciones eléctricas. En cuanto al procedimiento, servidumbres y ocupación de terrenos públicos, no se varió significativamente.⁷⁷

En 1985, en coherencia con la reforma, se crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (en adelante SEC) a través de la ley N°18.410. Este servicio se creó con la finalidad de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y de las normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad. Y también, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas.⁷⁸

De esta manera, se inició un proceso de privatización de las empresas eléctricas, que hasta ese momento pertenecían al Estado, que eran la mayoría. En primer lugar, se vendieron 2 filiales de distribución de energía que pertenecían a ENDESA, las cuales fueron Saesa y Frontel. Se terminó de privatizar completamente esta empresa a fines de 1989. La empresa CHILECTRA, por su parte, fue dividida y privatizada en 1981, posteriormente, en 1983, se inició un proceso de reprivatización, que culminó en 1987. Así, en la década de los noventa, solo cuatro empresas eléctricas continuaban siendo estatales: Edelnor, Colbún, Edelaysen y Tocopilla. Edelnor inició su privatización en 1991, pasando a control de privados en 1994 y quedando completamente las acciones en manos privadas en 1999. En 1995 Tocopilla fue licitada por Codelco, ya que era una división de esta última empresa. En 1996 privados adquieren acciones de Colbún y para el año 2001 ya no existía participación estatal en dicha empresa. Edelaysen fue vendida en 1998 a través de una licitación pública.⁷⁹

Esta regulación se mantuvo sin modificaciones por un periodo de tiempo significativo, hasta que en 1999 hubo reformas, tanto de la LGSE, como de la SEC, a través de la Ley N° 19.613. Vergara Blanco resume en 3 puntos esos cambios: 1. Aumentar y fortalecer las facultades de fiscalización de la Superintendencia; 2. Aumentar considerablemente el monto de las multas, y modificar el procedimiento de reclamo de las mismas; y, 3. Eliminar la sequía o fallas de centrales eléctricas como causales de fuerza mayor o caso fortuito que posibiliten a las empresas excluirse de los efectos de la dictación de decretos de racionamiento.⁸⁰

⁷⁷ Cfr: Vergara, A., "A treinta años de la Ley General de Servicios Eléctricos. Orígenes y desafíos", en *vergarablanca*, 2012, <http://www.vergarablanca.cl/wordpress/uploads/2014/08/AVB-ENER-2012-A-30-a%C3%B1os-de-la-LGSE.-Or%C3%ADgenes-y-desaf%C3%ACos.pdf> (10 de octubre de 2014)

⁷⁸ Cfr: Bravo Rivera, P., "Nueva Institucionalidad Jurídica del DFL N°1 de 1982", en *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, V.3, N°3, 2001, p. 658.

⁷⁹ Cfr: Op.Cit. VVAA.

⁸⁰ Cfr: Op.Cit. Vergara, A., "A treinta años..." p.279.

Estas reformas son paralelas a la casi total privatización del sector eléctrico. Dicha situación no es casual, puesto que el Estado muestra interés en dichas empresas, a pesar de que estén en manos de privados. Esto exhibe, como será analizado de forma más profunda en el próximo capítulo, la idea de servicio público que subyace detrás del servicio eléctrico. Todas estas reformas vienen a aumentar obligaciones a las empresas, y amplían los controles sobre ellas, cuestión que en principio, es contraria a una idea de una actividad liberalizada. En la práctica, esta reforma generó un desincentivo en la inversión, por lo que en los años 2004 y 2005 vinieron otras.

La reforma del 2004, se creó con el objetivo de establecer variadas modificaciones a la regulación eléctrica, se dictó a través de la Ley N° 19.940, denominada: “Regula sistemas de transporte, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos”. En términos generales, lo que se reguló a través de esta ley, fue: 1. Los sistemas de transporte de energía eléctrica, los cuales se definen y regulan en un nuevo título de la LGSE. En este sentido, el legislador estableció tres subsistemas, a saber, transmisión troncal, subtransmisión y sistemas adicionales. 2. En los distintos segmentos del mercado eléctrico de los sistemas cuya capacidad instalada sea superior a 1.500 Kw e inferior 200 Mw, denominados como sistemas eléctricos medianos, se establece un nuevo régimen de tarifas. 3. Se establece un procedimiento nuevo para la tarificación del segmento de transmisión, por el cual se modifica el concepto de área de influencia y el mecanismo de determinación de los peajes. 4. Se crea el Panel de Expertos (en adelante PEX), una instancia especializada de resolución de conflictos; 5. Relacionadas con las anteriores, se introducen varias adecuaciones a la LGSE, entre ellas: la transferencia de concesiones; la desaparición (por vía derogatoria del tipo) de la servidumbre de paso de energía eléctrica, la que es reemplazada por el “régimen de acceso abierto”; entre otras.⁸¹

Antes de pasar a las modificaciones del año 2005, es necesario mencionar someramente la función y competencia del PEX. De acuerdo al artículo 1 del reglamento de esta institución, contenido en el DS N°181 del 2004, del Ministerio de Economía, se lo define como: “[U]n órgano creado por ley, con competencia acotada, integrado por profesionales expertos, cuya función es pronunciarse, mediante dictámenes de efecto vinculante, sobre aquellas discrepancias y conflictos que susciten con motivo de la aplicación de la legislación eléctrica que le deben ser sometidos conforme a la ley, y sobre las demás que dos o más empresas del sector eléctrico, de común acuerdo, sometan a su decisión”. Sin entrar a analizar en detalle esta institución, es necesario mencionar, siguiendo la opinión Salinas Bruzzone, que esta institución no se vincula con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la SEC, sino que solamente a cuestiones de carácter técnico, propios del mercado eléctrico. Por lo tanto, carece de competencias para pronunciarse sobre materias referidas al régimen sancionador eléctrico,

⁸¹ Ibidem.

quedando dichas materias en exclusiva competencia de la SEC y tribunales ordinarios de justicia.⁸² Esto es importante, puesto que no se pretende afectar las atribuciones de control que tiene la SEC.

Un año después, a través de la ley N° 20.018, de 2005, hay otra reforma, que tiene por principal objetivo crear condiciones de estabilidad suficientes para los inversionistas en generación, sustituyendo el sistema de venta a precios de nudo por uno que refleje precios estables, determinados mediante procedimientos competitivos de mercado, parecido al aplicado a los grandes clientes industriales y mineros a precio libre. Igualmente, se establece que los propietarios de los medios de generación no convencional (tales como geotérmicas, eólica, solar, etc), cuyos excedentes de potencia suministrada al sistema sea inferior a 20.000 kilowatts, quedan exceptuados del pago total o de una porción de los peajes por el uso de los sistemas de transmisión troncal.⁸³ Estas modificaciones, junto a las del 2004, vinieron a palear el efecto que desincentivó la inversión en la anterior regulación. Sin embargo, no cambiaron las facultades de control de la Administración, ni las mayores obligaciones que se establecieron en la reforma de 1999.

Entre las últimas modificaciones destacables, está la creación del Ministerio de Energía. Igualmente, en consideración a estas y otras modificaciones, fue dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción el DFL N° 4 del 2007, cuya finalidad consiste en conferir una mayor sistematización a la LGSE. Sin embargo, dicho DFL no viene a derogar la anterior ley, contenida en el DFL N° 1, de Minería, de 1982, sino que solo a reordenarla y hacerla coherente con las últimas modificaciones.⁸⁴

⁸² Cfr: Salinas Bruzzone, C., *Derecho Administrativo Sancionador El régimen sancionador eléctrico en Chile*, Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2010, p.239.

⁸³ Cfr: Op.Cit

⁸⁴ Cfr: Op.Cit. Vergara, A., "A treinta años..." p.280.

Capítulo III

Servicio Público y Servicio Eléctrico

I. El servicio eléctrico como servicio público funcional

1. Marco General

El servicio eléctrico en Chile, como se pudo apreciar en el capítulo anterior, está regulado de una manera bastante pormenorizada, cuestión que no solo es una demostración de la complejidad de la materia, sino que también, de la importancia que el legislador le otorga, dejando escasos ámbitos de discreción y libertad al privado. Sin embargo, esto no basta para poder afirmar que se está frente a un servicio público, sino que se debe hacer un análisis respecto a la forma en que está regulado; y si esa regulación es propia de un servicio público. Por ello, será necesario analizar tanto las características de los servicios públicos presentes en la actividad eléctrica, como las potestades que la Administración tiene respecto de estos.

De acuerdo a las actuales normas que regulan el servicio eléctrico en nuestro país, éste se divide en 3 sub-servicios: generación, transporte y distribución. Mencionar esto es importante, ya que respecto a la distribución de energía eléctrica, la ley indica explícitamente que tiene la calidad de servicio público. Esto podría dar por zanjada la respuesta que se busca en esta investigación, sin embargo, ello parece insuficiente, a pesar de que sí da ciertas respuestas a las preguntas planteadas. Respecto a esto último, el hecho de que la ley, considere como servicio público al suministro otorgado por las empresas de distribución eléctrica, estando actualmente todas en manos de privados, es una prueba de que una noción funcional de servicio público en nuestra legislación es una realidad. Por otra parte, no basta con aceptar la declaración de servicio público que hace la ley, puesto que, como se analizó en el primer capítulo, hay casos en los que, a pesar de estar presentes los elementos y características de servicio público, no se declara de forma explícita que lo sea. De una forma similar, podría ocurrir que exista esta declaración expresa, pero que dicho servicio no cuente con los elementos y características de un servicio público, funcionando en la práctica como una actividad liberalizada. Por lo tanto, será necesario analizar las características del servicio eléctrico de distribución.

Respecto a la generación y distribución, al no ser consideradas legalmente como servicios públicos, se considerarían, a contrario sensu, como actividades liberalizadas. En este aspecto, toma importancia la hipótesis de esta investigación, ya que en este caso, no existe una declaración expresa por parte de la ley de que tienen la calidad de servicios públicos, y por esto mismo, los sectores de la doctrina que declaran que la actividad eléctrica no es servicio público, sino que cuasi publicada o liberalizada, se justifican, precisamente, por la regulación de la generación y distribución de electricidad.

No solo hay que analizar la actividad de generación y distribución de manera específica, para determinar si cumplen o no con los elementos y principios de servicio público; sino que

también es pertinente analizar, de forma crítica, la distinción entre generación, transporte y distribución, ya que, a pesar de que el legislador no haya otorgado la calificación de servicio público a las dos primeras, estas son necesarias para el funcionamiento de la tercera. Por lo tanto, cabe preguntarse, si es posible no considerar la generación y transporte como servicios públicos, sin que esto afecte la calidad de servicio público de distribución. Respecto a esta interrogante, podrían darse tres respuestas. La primera, es la idea de que se *irradie* el carácter de servicio público de la distribución, a la generación y transporte. La segunda es la idea contraria, que el carácter liberalizado de estas dos actividades sea el que se irradie a la distribución. Por último, que las dos primeras funcionen como actividades liberalizadas y la tercera como servicio público, sin afectarse mutuamente.

2. Servicio de Distribución de Energía Eléctrica

La distribución de energía eléctrica está considerada como servicio público, lo establece así el inc. 1º del art. 7º de la LGSE: "Es servicio público eléctrico, el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros." Sin embargo, la misma ley, en su art. 8º, establece ciertos casos de distribución que no se consideran servicios públicos: "No se considerarán servicio público: los suministros efectuados desde instalaciones de generación, la distribución de energía que hagan las Cooperativas, no concesionarias, o bien la distribución que se realice sin concesión."

Al hablarse de distribución de energía eléctrica considerada como servicio público, se menciona que se debe realizar a través de una concesión. Es decir, que para que un privado pueda realizar esta actividad, es necesaria la voluntad de la Administración, que se expresa a través de un acto concesional. Para Vergara Blanco, esto lo convertiría en una actividad publicitada.⁸⁵ Esta es una de las cuestiones que la diferencia de la actividad de generación y transporte, que no necesitan de una concesión para poder ser desarrolladas, estando sujetas a la libre iniciativa de los privados.

La ley no solo establece la concesión como requisito para la actividad de distribución como servicio público, también exige que este servicio sea destinado a: "[U]suarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros". Respecto a los usuarios en la zona de concesión, es importante distinguir entre los que están sujetos a fijación de precios, y los que no. Los primeros, son los usuarios cuya potencia conectada es baja, los cuales se ven sometidos al monopolio natural. Los segundos, son los

⁸⁵ Cfr: Vergara, A., "Régimen Jurídico De..." Op. Cit. P.152.

usuarios cuya potencia de conexión es alta, y pueden fijar libremente los precios. Vergara Blanco explica que solo respecto al primer tipo de usuario se da la relación de servicio público, ya que la ley no exige concesión para poder otorgar electricidad a usuarios finales que no se les regula el precio. Por lo tanto, en esta última situación, no se les puede exigir las obligaciones y derechos propios de los servicios públicos, sino que se rigen por lo que diga el contrato en particular.⁸⁶

Las obligaciones y derechos mencionados anteriormente, que son propios de la distribución de energía eléctrica como servicio público, son esencialmente los mismos indicados por la doctrina, respecto a los servicios públicos en general. En el caso de este servicio, los que están indicados de forma expresa en la ley son: regularidad, obligatoriedad, calidad y seguridad. Vergara Blanco indica como estos principios están presentes de forma difusa, tanto en la LGSE, como en la ley de Superintendencia de Electricidad y Combustible (en adelante LSEC). De esta forma, respecto a la LGSE, la calidad y seguridad está mencionada en los art. 2 N° 6; art. 40 letra A; y art. 79. Sobre la obligatoriedad: en el art. 74, respecto a la obligación de dar suministro, y en el art. 81, sobre la obligación de interconexión; y en el art. 80 sobre la “extensión del servicio”. El principio de continuidad está en el art. 83. Y la calidad es mencionada en los arts: 86, 87, 88 y 89. En la LSEC, en art. 3A inc. 40 se menciona la: “continuidad, calidad, regularidad y seguridad de los servicios eléctricos”. Igual mención se hace en el art. 15 inc 30 N° 4 e) inc. 40 N° 3. Por último, en el art. 16B se menciona la interrupción del suministro, y compensaciones.⁸⁷La importancia de los principios antes mencionados no es meramente declarativa, sino que, como se verá en el próximo párrafo, su no cumplimiento es causal de caducidad de la concesión.

La caducidad de la concesión está reglada en los art. 38 y siguientes de la LGSE. Existen 2 tipos, la primera, se puede aplicar antes de entrar en explotación, pero que para fines de esta investigación, no es relevante analizar; y la segunda, es la caducidad del derecho de concesión una vez que se encuentren en explotación. Cuando ocurre esta última situación, la SEC debe intervenir, determinando quien se hará cargo de la explotación, y de la administración provisional del servicio, mientras se licita los bienes afectos a él. Esto está regulado entre el art. 40 al art. 44 de la LGSE. Dentro de las causales de caducidad, se encuentran: 1. La falta de calidad en el servicio; 2. Por falta de la obligatoriedad del servicio y; 3. Por falta de continuidad del servicio. Vergara Blanco indica que: “Estas causales de caducidad, como se aprecia, están dirigidas a proteger las condiciones esenciales del servicio público, de donde surgen los “principios generales de derecho” más visibles de esta materia: continuidad,

⁸⁶ Cfr: Vergara, A., “Concepto, elementos y principios del servicio público eléctrico”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Vol. 212, 2002, p.576-577.

⁸⁷Cfr: *Ibid.* p.584.

regularidad y obligatoriedad del servicio público eléctrico. El principio de la seguridad es relevante, pero su infracción origina multas (art. 82 LGSE).”⁸⁸

Otra cuestión relevante para ver la calidad de servicio público que tiene la distribución de energía eléctrica, es su relación con la Administración. Cuando se hablaba de los elementos del servicio, se mencionaba entre estos, a la vinculación al poder central, vinculación a la autoridad, y prerrogativas de imperio público otorgadas por la ley. El principal organismo vinculado a los servicios eléctricos es la SEC. Ya se vio anteriormente como podía intervenir cuando el servicio público no cumplía con sus objetivos, sin embargo, sus competencias y potestades no se limitan solo a ello, y son más diversas. Entre las que están relacionadas con el servicio público de distribución, indicadas en la ley 18.410, se encuentran: 1. Requerir a los concesionarios de servicio público de distribución de recursos energéticos que se encuentre en explotación, para que adecuen la calidad del servicio a las exigencias legales, reglamentarias o estipuladas en los decretos de concesión (art.3°N°4); 2. Fijar los plazos máximos para la extensión de servicio en las zonas de concesión, pudiendo aplicar a los concesionarios de servicio público de distribución, una multa de hasta cinco unidades tributarias mensuales por cada día de atraso (art.3°N°10); 3. Amonestar, multar e incluso, administrar provisionalmente el servicio a expensas del concesionario, si la calidad de un servicio público de distribución de recursos energéticos es reiteradamente deficiente. (art. 3°N°12); 4. Fiscalizar en las instalaciones y servicios eléctricos, de gas y de combustibles líquidos, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los decretos de concesión.(art. 3°N°13); etc.

Las atribuciones que tiene la SEC respecto a los servicios públicos de distribución eléctrica demuestran cómo se cumple uno de los principales elementos de un servicio público funcional; esto es, que a pesar de estar en manos de privados, la Administración del Estado mantiene el control y dirección.

Como se puede apreciar de lo antes examinado, la distribución de energía eléctrica funciona como servicio público cuando es otorgada a través de una concesión. A pesar de que existan excepciones, estas son coherentes con la idea funcional de servicio público. Ya que no todo tipo de distribución, concuerda con la idea de servicio público. En este aspecto, por ejemplo, la distinción entre usuarios finales conectado a potencia baja o alta, resulta coherente con la idea de *interés general*, que es un elemento que determina a un servicio público. La mayoría de las personas e instituciones que usan del suministro de energía, son las conectadas a la red de baja potencia, las cuales tienen precios regulados, por el carácter de monopolio natural. Por el contrario, los usuarios de grandes cantidad de energía, son grandes empresas, que pueden optar por más de una opción al momento de determinar qué fuente de energía usar. Por lo tanto, en este segundo caso, son un grupo pequeño, lo que hace difícil que sus pretensiones sean de *interés general*, y por otra parte, no necesariamente están sometidos a un

⁸⁸ Ibid. p.580.

monopolio natural, puesto que por su poder económico, pueden optar por otras fuentes de energía o complementar la eléctrica.

El siguiente paso es analizar si la generación y transporte de energía eléctrica son servicios públicos, dicha cuestión parece ser más compleja. Ya que, a lo menos legalmente, tienen una regulación distinta a la de la distribución. Sin embargo, también es un hecho que no todo servicio público es idéntico, por lo tanto, no se pretenderá que la generación y transporte sean considerados servicios públicos de la misma manera que lo es la distribución, como no se busca que el servicio de distribución sea servicio público de la misma manera que lo es un servicio que depende directamente de la Administración. Por lo tanto, será muy importante analizar las características de estos servicios, y especialmente, las potestades que tienen organismos públicos respecto a ellos.

3. Servicios de Generación y Transporte de Energía Eléctrica

La generación y transporte de energía eléctrica en el Derecho chileno, estuvo publicada hasta la última gran reforma del año 1982. A partir de la nueva norma, pasa a ser una actividad que no necesita concesión para poder ser desarrollada por los privados. Por otra parte, el legislador omite calificarla como un servicio público. Es preciso aclarar que, aunque una actividad necesite concesión para ser desarrollada, ello no la convierte en un servicio público. De la misma manera -siguiendo una idea funcional del servicio público- este puede existir sin la necesidad de una concesión para poder desarrollarse. Lo que sí puede indicar la necesidad de una concesión, es la importancia que el Estado otorga a dicha actividad, por lo tanto, este factor serviría como un elemento que indica el control y dirección por parte del Estado sobre una determinada actividad, que junto a la identificación de otros elementos y características, pueden llevar a la conclusión de que es una actividad que tiene el carácter de servicio público.

La concesión para generar energía a través de centrales hidráulicas, como la creación de subestaciones eléctricas y la instalación de líneas de transporte de la energía eléctrica, están indicadas en el art.2 N°1 de la LGSE. Respecto a la generación de energía eléctrica, el art. 3 N°1 de la misma ley, indica que no están sometidas a concesión las que sean distintas a las mencionada en el N°1 del art. 2. Por su parte, el art. 4, en su inciso final, indica que las actividades indicadas en el art. 2 N°1 de la LGSE podrán desarrollarse sin la necesidad de la concesión, si así lo desean. Esto significa que, en el caso de la generación, hay ciertos casos en que pueden ser desarrollado por vía de concesión, y en el caso del transporte, siempre puede ser a través de concesión. Ahora, existen diferencias en desarrollar la actividad con o sin concesión. En el primer caso, como indica Vergara Blanco, se reciben los beneficios de utilidad pública que conlleva la concesión. En primer lugar, respecto a los bienes públicos, crea el derecho a ocuparlos (arts. 18 d., 24 e. y 28 inc. 2°) y atravesarlos (art.54) sin la necesidad de ningún otro permiso o autorización de la autoridad, aparte de la concesión misma. En el caso de los bienes privados, la concesión definitiva otorga y constituye servidumbre (arts.14 y 50).

En casos que no se cuente con la concesión, las servidumbres deben realizarse de la forma convencional (art.14).⁸⁹

Lo anterior resulta de interés, puesto que existe un trato especial respecto de este tipo de actividad, que es la posibilidad de desarrollarla a través de concesión. Cuesta encontrar otro caso de actividad liberalizada, que pueda optar a desarrollarse a través de una concesión, recibiendo beneficios por ello. Esto indica que la actividad de generación y transporte, no son similares a cualquier otro tipo de actividad económica en manos de privados. Sino que tienen un tratamiento especial, porque existe un interés público en que sean desarrolladas de la mejor manera posible. Sin embargo, podría decirse que la posibilidad de concesión existe para fomentar la inversión de los privados en esta materia, puesto que de esa manera podrían desarrollar esta actividad con menos obstáculos. Ambas opciones, parecen plausibles, por lo que será necesario analizar otras características de la generación y transporte que nos puedan ayudar a sostener que son actividades más cercanas al servicio público, que a actividades liberalizadas.

Una de las reformas a la LGSE, la del año 1999, contempló entre sus principales cambios la eliminación de la sequía o fallas de centrales eléctricas como causales de fuerza mayor o caso fortuito. Esta norma tenía como precedente la ley N° 18.959 de 1990, que establecía la obligación de las empresas generadoras de indemnizar a sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precios por la no satisfacción de sus consumos normales, todo ello de producirse déficit de generación eléctrica derivados de fallas prolongadas de centrales termoeléctricas o bien de sequías, que lleven a la dictación de un decreto de racionamiento. Como indica Carlos Martín; en ese mismo año, Endesa interpone un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, alegando que la ley invadía los contratos celebrados por Endesa sobre suministros de energía eléctrica, sustituía a los tribunales de justicia en la fijación de las indemnizaciones e imponía un incumplimiento contractual que no se había producido. Este recurso de inaplicabilidad fue acogido por la Corte Suprema, basándose en que se transgredían el art. 19 N°22 de la CPR respecto a la no discriminación arbitraria en materia económica, y el 19 N°24 de la CPR, en cuanto al derecho de propiedad.⁹⁰

La reforma de 1999, vino de alguna forma a evitar la inconstitucionalidad de la reforma anterior, sin embargo, para Carlos Martín, fue todo lo contrario, agravando dicha inconstitucionalidad, al eliminar la única exención de responsabilidad que tenían las empresas generadoras. Para este autor, no solo se desnaturaliza una institución del derecho civil, que es el caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad, sino que al hacer esto, establece una discriminación respecto a estas empresas, infringiendo el art. 19 N° 22 de la

⁸⁹ Cfr: Vergara, A., "Régimen Jurídico De..." Op. Cit. p.155.

⁹⁰ Cfr: Martín Vergara, C., "Causas De La Crisis Eléctrica 1998/1999, Reacción Legislativa y Consecuencias En La Inversión En El Sector Eléctrico", en Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales, V.3, N°3, 2001, p. 682-683.

CPR. Concluye respecto a esta reforma que: “[L]a legislación se dictó precisamente en plena crisis eléctrica y con el claro propósito que las empresas eléctricas generadoras tengan que compensar a los clientes de las empresas distribuidoras por los déficit de generación que produzcan en periodos de racionamiento (...).⁹¹

La reforma, y las críticas realizadas a esta, resulta un punto importante a analizar, en cuanto se aplican nuevas reglas a las generadoras. La crítica que realiza Carlos Martín, resulta coherente si la naturaleza de las generadoras de energía fuera la de una actividad liberalizada, en la cual se diera preponderancia a la libertad contractual, la propiedad y a los principios del derecho común. Sin embargo, la voluntad del legislador en esta reforma, es absolutamente contraria a dichos principios y características. Cambia las reglas que normalmente se usan en el derecho común sobre exención de responsabilidad, y además, viene a imponer nuevas obligaciones que no estaban contempladas en los contratos. Asimismo, las personas que se verán beneficiadas con estas obligaciones, no son ninguna de las partes del contrato, sino que son los usuarios de las empresas de distribución de energía eléctrica.

Carlos Martín, en el mismo texto citado, expone otro caso, ocurrido en el año 2001, que a su juicio, igualmente infringe normas legales y constitucionales. Esto fue una divergencia en el Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central (en adelante CDEC-SIC), que es un organismo creado por ley encargado de determinar y coordinar la operación del conjunto de instalaciones del sistema eléctrico central. Esta divergencia venía dada por los casos de las empresas distribuidoras sin contrato. El Ministerio de Economía, a través de la resolución N°88, dispuso que el suministro a una empresa distribuidora que no tenga contrato con una generadora, no puede ser suspendido por esa causa, sino que debe ser proporcionado por todas las empresas generadoras del CDEC-SIC a prorrata de sus respectivas energías firmes.⁹²

La anterior resolución se hace cargo de diversos detalles respecto a esta obligación de suministrar energía a una distribuidora son contrato, como los precios y plazos. Martín critica que solo las distribuidoras tienen, por su carácter de servicio público, la obligación de suministrar energía a quien se lo solicite, y solo en ciertos casos. Sin embargo, no debería aplicarse a las generadoras dicha regla, ya que no están obligadas a proporcionar la energía que generan, si esta obligación no cuenta en un contrato que hayan pactado voluntariamente.⁹³

De esta manera, vemos dos situaciones en las cuales, tanto a través de una decisión legislativa y otra administrativa, se ve afectado el carácter de actividad liberalizada del servicio de generación eléctrica, aplicándose reglas y principios, que corresponderían más bien a un servicio público. Para ciertas posiciones, como la del autor antes citado, dichas decisiones son

⁹¹ Ibid. p. 686.

⁹² Cfr: Ibid. p. 687.

⁹³ Cfr: Ibid.p.688.

incorrectas, y atentan contra la naturaleza de la actividad, como contra diversos textos normativos. Sin embargo, desde otro punto de vista, dichos actos son coherentes con una idea de servicio público presente en el servicio eléctrico, ya no solo en la distribución, como lo indica expresamente en la ley, sino que visto de una forma general. Esto es lo que se mencionaba al principio de este capítulo, que a pesar de que la ley distinga entre generación, transporte y distribución, éstas son directamente interdependientes, por lo que indudablemente el carácter, liberalizado o de servicio público, afectara al otro. Por lo analizado anteriormente, es el carácter de servicio público el que se *irradia* hacia los otros, especialmente, el de generación, aplicándose reglas y principios propios de los servicios públicos.

Otro caso en que se aplican principios y reglas de servicio público, en el sector de generación, es el citado por Blanca Palumbo, quien analiza diversos casos en los cuales considera que se ha transgredido los principios de libre mercado que deberían aplicarse al sector de generación de energía eléctrica. Expone cuatro situaciones, una de las cuales ya fue analizada anteriormente, que es la Resolución N°88 del Ministerio de Energía. Entre las otras, se menciona una intervención de la autoridad administrativa, a mediados de la década de los noventa, en la fijación de precios, llevándolos a precios artificiales.⁹⁴ Igualmente, se menciona la dictación, en plena de época de crisis de abastecimiento, de una ley que estableció el racionamiento parejo en casos de escasez eléctrica.⁹⁵

El último caso que menciona la autora antes citada, el que considera paradigmático, es quizás uno de los más demostrativos en lo que respecta a la aplicación de normas y principios de servicio público, en actividades que supuestamente son liberalizadas. Este corresponde a una resolución administrativa que sostuvo que ciertas normas administrativas, en especial las del reglamento de la LGSE, eran aplicables a contratos de privados celebrados por una empresa generadora, cuando afectaba a clientes no regulados.⁹⁶ Lo más trascendente de la resolución anterior fue su fundamentación, que expuso que a pesar de que los contratos vincularan a empresas y privados, se estaba sujeto igualmente a fiscalización pública, porque la actividad de generación era una actividad regulada por ley en sentido lato, y que al operar en el sistema interconectado, no era posible distinguir entre la energía que suministran los distintos generadores, por lo que las normas de calidad de servicio que se les impuso no podían ser arbitrarias. Esto fue llevado a una instancia judicial, que confirmó la postura de la Administración.⁹⁷

La exposición de los casos anteriores nos permite ahora realizar un examen de los elementos de servicio público presentes en la generación y transporte de energía. Respecto a

⁹⁴Cfr: Palumbo Ossa, B., "Libertad en el Mercado de la Generación Eléctrica en Chile. De la Teoría a la Realidad", en *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, V.3, N°3, 2001, p.788-789.

⁹⁵ Ibid. p.789.

⁹⁶ Ibid. p.790.

⁹⁷ Ibidem.

este último, al ser regulado en la misma ley, teniendo los mismos órganos de control y ser interdependiente de la generación y distribución, se analizará de la misma manera que la generación, en cuanto a su carácter de servicio público.

Los elementos de servicio público presentes en la generación y transporte de energía eléctrica son los suficientes para poder afirmar que cumplen con el carácter de servicio público. El primero a destacar, sería la idea de una *necesidad de interés general*. En este caso, viene dada por un hecho histórico y material, que es la importancia de la energía eléctrica para la población desde que se pudo generar a nivel masivo, y la dependencia que se tiene de esta, por parte de otros servicios, empresas, particulares, etc. Respecto al elemento que establece que debe ser una *necesidad que el Estado decide satisfacer*, claramente no la satisface de forma directa, pero si tiene un rol de dirección, supervisión y control. También es pertinente reiterar en este punto, como se indicaba en el primer capítulo, que el Estado no siempre indicaba expresamente su voluntad de crear el servicio o de elevar una actividad a dicha categoría. La situación de la generación y transporte puede ser una de ellas, ya que a pesar de no ser considerados servicios públicos, se les aplica e interpreta las normas como si lo fueran.

Otro elemento presente es el régimen jurídico especial. Lo que identifica a este elemento, descrito en el capítulo I, es satisfacer las necesidades a través de procedimientos de Derecho Público, derogatorios de Derecho común. Esto tiene como consecuencia, por ejemplo, que puede modificarse su organización, por vía legal o administrativa, sin que pueda oponerse ningún obstáculo de orden jurídico. La reforma del año 1999, respecto a eliminar el caso fortuito o fuerza mayor como causal para eximirse de responsabilidad, es un ejemplo de la aplicación de este elemento, al dejar sin aplicación a una norma del derecho común, para imponer la aplicación de una norma especial. Además, esta misma reforma se hizo con la finalidad de asegurar la regularidad del servicio eléctrico para la población, por lo tanto, es una decisión legislativa encaminada a asegurar una de las características del servicio público, que es la regularidad y continuidad.

Siguiendo con los elementos, también se mencionó el de la determinación de los órganos que prestan el servicio público y la vinculación del servicio público con la autoridad. Respecto a lo primero, al no estar explícitamente indicados como servicios públicos la generación y transporte, no podría indicarse qué órganos prestan el servicio. Sin embargo, la LGSE describe detalladamente los órganos a los cuales se les aplica sus normas.

Respecto a la vinculación del servicio con la autoridad, claramente la SEC sería el mayor ejemplo, ya que sus funciones de inspección, regulación y sanción, lo convierten en el principal órgano de control. Sin embargo, también existe el Ministerio de Energía, el cual tiene entre sus funciones elaborar, coordinar, proponer y dictar normas aplicables al sector energía, que sean necesarias para el cumplimiento de planes y políticas energéticas de carácter general, así como para la eficiencia energética, la seguridad y el adecuado funcionamiento y desarrollo del

sistema en su conjunto. Otro órgano de la Administración que también tiene potestades respecto a los servicios eléctricos es el PEX, que fue mencionado en el capítulo II.

De acuerdo con el elemento analizado, se mencionaba que una de las características para determinar que el servicio público estaba vinculado con la autoridad, era la existencia de financiamiento estatal, o la existencia de leyes especiales que se le otorguen, o la existencia de ciertas franquicias en determinadas condiciones. Respecto a esto, un ejemplo sería la posibilidad de desarrollar la actividad de generación a través de una concesión, puesto que con ella se otorgaban mayores facilidades en el uso de los terrenos. Sin embargo, por las características de estos servicios, al ser desarrollados por privados, existiendo lucro detrás del desarrollo de estas actividades, sería improcedente un financiamiento estatal o franquicias.

Por último, dentro de las características que menciona Santamaria Pastor, para determinar que existe un servicio público, se mencionó la regulación intensiva de la actividad, cuestión presente en toda la reglamentación eléctrica, en la que existen normas legales y reglamentarias que no dejan prácticamente nada a la iniciativa privada.

Respecto a la potestad pública de selección de los sujetos privados, esta solo se da en el caso del servicio de distribución; en la generación y transporte no existe. Aunque en la ley, y a través de los órganos de control, sí se cumple con la idea de que existan mecanismos para exigir ciertos requisitos de idoneidad y rigor. Respecto a la vigilancia continua del desarrollo del servicio, ya fue analizado anteriormente como se daba a través de los órganos de control.

En términos generales, la idea de que la generación y transporte de energía eléctrica son servicios públicos, se justifica en los análisis anteriores. Es necesario mencionar que no siempre se cumplen de forma absoluta los elementos y características de los servicios públicos. Esto no obsta a que se dejen de considerar como tales, sino que son diferencias que vienen dadas por ser desarrollados por privados. Por otra parte, no existe un servicio público ideal, sino que solo elementos y características que hay que analizar de forma conjunta, para que de ese modo se pueda llegar a determinar la naturaleza del órgano. En el caso del servicio eléctrico de generación y transporte, se llega a dicha conclusión a través de un análisis de su regulación, y la forma en que los órganos administrativos y jurisdiccionales han interpretado dicha regulación.

Como último punto a analizar, será necesario buscar un fundamento más profundo respecto a la interpretación y fin de servicio público que tienen los servicios eléctricos. Como se vio anteriormente, existían críticas por parte de la doctrina, las cuales analizaban normas, como acciones de la Administración, cuestionando su constitucionalidad. Por lo tanto, hay que ver cómo se justifica una visión de servicio público de los servicios eléctricos, que sea coherente con las normas y principios constitucionales.

II. Servicio Público y Constitución

Como se analizó en los capítulos anteriores, la aplicación de principios y normas de Derecho público, específicamente de servicio público, a actividades desarrolladas por privados, que al no necesitar concesión, se clasifican como liberalizadas, resulta contradictorio para algunos autores. Se afirma que al ser actividades privadas, deben predominar los derechos a la libertad económica, igualdad y propiedad. Por lo tanto, la aplicación de ciertas normas legales del servicio público eléctrico, serían inconstitucionales. Esta interpretación tiene como sustento no solo las normas sobre derechos fundamentales del art. 19 de la CPR, sino que también la idea del Estado subsidiario, contemplada en el primer artículo de la CPR.

A pesar de que cierto sector de la doctrina constitucional chilena afirma el carácter subsidiario del Estado a partir del art. 1° de la CPR, y ocupa dicha interpretación para justificar la liberalización de servicios públicos y de actividades económicas que estaban a cargo del Estado⁹⁸; existe otro sector de la doctrina que no da el mismo significado a dicho artículo, o que dándole el mismo significado, estima que hay ciertos principios y fines que deben guiar la actuación del Estado y de los privados.⁹⁹

Como se mencionó al comienzo de esta investigación, desde una óptica más liberal, el Estado debe intervenir lo menos posible, dejando a la iniciativa privada la satisfacción de las necesidades de la población y que el control venga dado, preferentemente, por el libre mercado y no por órganos administrativos. Todo esto tiene base constitucional en el art.1° y en la regulación de los derechos económicos y de propiedad del art. 19 de la CPR. Esta visión es coherente con las críticas que se realiza a la aplicación de principios y reglas de servicio público al sector eléctrico.

Por lo anterior, para afirmar que los servicios eléctricos de generación, transporte y distribución son servicios públicos, con la consecuencia de aplicarles normas y principios coherentes con dicha naturaleza, se debe justificar no solo en la ley o la doctrina, sino que también en el ámbito constitucional.

Se ha sostenido que la visión del Estado a través la cual se justifica su no intervención en las actividades privadas, es cercana a la idea decimonónica de lo que debería ser el hombre y la sociedad. Como indica Pantoja, dicha idea se caracteriza principalmente por la división de la sociedad, asignando roles diferentes al Estado y al individuo; situando a cada uno dentro de un determinado territorio jurídico y social, sujetándolos a principios y normas características específicas. El Estado representaba al bien común y tenía como misión el cuidado del orden público y de la seguridad exterior del país, por medio de potestades públicas; el individuo, en cambio, guiado por sus intereses privados actuaba movido por su voluntad, activando sus

⁹⁸ Por todos: Soto Kloss. E., *Derecho administrativo: Temas Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2009.

⁹⁹ Por todos: Pantoja Bauza, R., *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

derechos subjetivos. Por lo tanto, Estado e individuo actuaban en su propio ámbito de actuación, sometidos a su propio y exclusivo régimen jurídico, cada uno regido por sus propias y exclusivas normas de clausura.¹⁰⁰

Para Pantoja, la visión decimonónica del Estado y la sociedad no está presente en la CPR de 1980. Por el contrario, para este autor, la CPR de 1980: “[C]ontiene regulaciones que obligan por igual al Estado, a los organismos del sector público, a la nación ciudadana y a los particulares; habilita un amplio campo de autodeterminación administrativa y contractual, incluso para transferir atribuciones públicas de un servicio a otro; impone deberes sociales a los privados y confía a los particulares la prestación de servicios de utilidad pública y de servicios públicos concedidos, en una fuerte interacción social que apunta a concretar la razón de ser del Estado: estar al servicio de la persona humana, y a lograr que se alcance su finalidad: promover el bien común (...).”¹⁰¹

Es importante destacar los fines que la Constitución encomienda al Estado y a la sociedad. Para Pantoja, el *plan maestro* de la CPR es: “Establecer una sociedad solidaria, basada en el respeto a la persona humana y al derecho, objetivo y subjetivo”.¹⁰² Este autor se basa en los preceptos del art. 1º, específicamente del inc. 4, donde se establece que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Este autor considera que esta visión se acentúa sobre todo desde la reforma constitucional del año 2005. Esta visión es importante, puesto que contradice, en cierto sentido, la idea subsidiaria del Estado, al incluirse una visión solidaria de la sociedad y, además, por afirmar que la Constitución actual obliga por igual al Estado y a la sociedad, imponiendo de esa manera, ciertos principios y directrices que afectan el ámbito de acción de los privados.

Por lo descrito anteriormente, Pantoja indica que la actividad pública y privada converge en la común preocupación de servir a las personas, lo que lleva a ambas a alcanzar altos puntos de coincidencia sustancial; materializándose la actividad privada en la prestación de bienes y servicios a la comunidad. Aunque se hace bajo distintas motivaciones, los privados impulsados por el incentivo económico y la Administración por alcanzar fines de país, proyectándose en una dimensión distinta la privada.¹⁰³ A partir de esta visión, se justificaría, y daría legitimidad, la aplicación de ciertas normas y principios de servicio público, a entes en manos de privados.

Este mismo autor indica que la función Administrativa no puede solo asimilarse a la ejecución de la ley o solo a una actividad de servicio público, sino que a la prestación de servicios públicos y a la promoción del desarrollo, tanto social, cultural y económico

¹⁰⁰ Cfr: Pantoja Bauza, R., *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p.268.

¹⁰¹ *Ibid.* p.269.

¹⁰² *Ibid.* p.168.

¹⁰³ Cfr: *Ibid.* p.172-173.

sustentable del país y las regiones. Lo que es más importante, afirma que su actividad no solo se limita a acciones asistenciales y promocionales, sino que hacer efectiva de mejor manera la finalidad espiritual y material, social, cultural y económica a que apuntan las nuevas políticas públicas, todo para mejorar y respetar las condiciones medioambientales, posibilitar la igualdad de posibilidades, superar los estándares de vida de la población y alcanzar una sociedad fuerte y saludable en los términos de la CPR.¹⁰⁴

Como consecuencia de la visión de la Administración antes descrita, se justifica la intervención por parte de los organismos de control de los servicios públicos eléctricos, ya no solo motivados por el cumplimiento a la ley, sino que como una acción encaminada a obtener la finalidad social y de políticas públicas que existe detrás de todo el sector eléctrico y, también, por la gran influencia que el servicio eléctrico tiene en la vida diaria de toda la población; como una forma de mantener y superar los estándares de vida de las personas. Todo esto, en coherencia con el art. 1° de la CPR.

Como complemento a lo anterior, Sandra Alvarez indica que la idea del Estado neoliberal, que conllevaba la liberalización de los mercados, privatización de empresas y servicios públicos, reducción del tamaño y funciones del Estado, presente a partir de las reformas posteriores al golpe de Estado de 1973, y teniendo como punto cúlmine la Constitución de 1980, se ve afectada por la crisis de 1982. En ese año, se deja sin validez muchas de las premisas y planteamientos antes mencionados, debiendo intervenir activamente el Estado para poder salvar la economía. Para esta autora, surge un intervencionismo administrativo-económico necesario en un sistema donde existe gran cantidad de servicios privatizados. Dentro de la intervención administrativa, menciona la planificación, el fomento, la fiscalización y el control. La necesidad de esta intervención viene dada, entre otras, para alcanzar objetivos de política económica y política pública, satisfacción de interés público, social y sectorial.¹⁰⁵

Por lo anterior, podría llegar a concluirse que pese que la intención original del legislador, al momento de crear la LGSE, era liberalizarlos completamente, dejándolos fuera de la calificación de servicio público, pero debido a ciertas situaciones materiales como la crisis de 1982, esto debió ser revertido, a través de la creación de un organismo de control como la SEC en 1985. Y posteriormente, a través de las decisiones de organismos administrativos, y los cambios normativos, que fueron analizados anteriormente.

¹⁰⁴ Pantoja, R., "La Tipología Asumida por la Administración Pública Como Función Estatal, En Su Proceso Adaptativo A La Evolución Experimentada Del Estado Moderno Constitucional: Desde La *Summa Potestas* A La Concreción Humanista De La Solidaridad, En Pantoja, R., *Derecho Administrativo. 120 Años de Catedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p.218-219.

¹⁰⁵ Cfr: Alvarez Torres, S., "Intervencionismo Económico, al Compás del Vaivén", en Pantoja, R. (coord.), *Derecho Administrativo. 120 Años de Catedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p.233-235.

En síntesis, los servicios eléctricos están regidos por normas que son coherentes con un régimen de servicio público, antes que de actividades liberalizadas. Igualmente, están controlados y fiscalizados por instituciones administrativas que tienen amplias potestades para asegurar el cumplimiento de sus funciones. Ambas situaciones anteriores, no son meros caprichos del legislador y la Administración, sino que por el contrario, son coherentes con la idea de Estado y sociedad que hay detrás de la Constitución, y del rol actual que debe tener la Administración, en un sistema donde los servicios públicos, necesarios para el funcionamiento armónico de una sociedad, están en manos de entes privados.

Conclusiones

La noción de servicio público en Chile ha sufrido grandes cambios a través de su historia, especialmente en los últimos 30 años. La idea orgánica del servicio público en Chile, presente desde mediados del siglo pasado, era compatible con las normas legales de ese tiempo, no existiendo mayores problemas en cuanto a su identificación y características.

En coherencia con lo anterior, el servicio público de energía eléctrica, que en un primer momento estaba en manos privadas, a medida de su crecimiento y del aumento de su importancia y relevancia en la sociedad, paso a estar bajo el control del Estado. Y con ello, a ser regulado por el derecho público, no cabiendo dudas de su carácter de servicio público.

Los grandes cambios normativos posteriores al golpe de Estado de 1973, especialmente la nueva constitución de 1980 y la nueva ley general de electricidad de 1982, respecto al sistema eléctrico, cambió sustancialmente la forma en que se concebía este servicio, pasando de forma progresiva al control de empresas privadas, disminuyendo la participación del Estado, hasta que esta desapareció a finales de la década de 1990.

Por lo analizado en este trabajo, la noción de servicio público orgánico venía en crisis desde antes del golpe de Estado, apareciendo progresivamente la idea funcional de servicio público, no solo propuesto por la doctrina, sino que también por la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República.

La idea funcional de servicio público se hace más importante a partir de 1973, puesto que por el nuevo sistema económico y político que se impuso, muchos servicios públicos, que históricamente fueron considerados como tales, y estando bajo control de la Administración, pasaron a estar en manos de privados.

Por lo expuesto en esta investigación, respecto al servicio eléctrico, la primera reforma trató de quitarle la calidad de servicio público, a lo menos a la generación y transporte, dejando solo la distribución como servicio público, aunque esto último, con una regulación que se acercaba más bien a una actividad liberalizada, antes que una de servicio público. Sin embargo, esto no tardó en cambiar, ya en 1985, con la creación de la SEC. A partir de la creación de este órgano de control, tanto la distribución, como la generación y transporte, fueron concebidas de una manera distinta; especialmente, por la forma en que la SEC veía esta actividad, y la manera en que aplicaba e interpretaba la ley.

Ya con las reformas de 1999, la balanza que tenía en sus opuestos, por un lado, la idea de que el servicio eléctrico era liberalizado, y en el otro, de que era un servicio público, se inclinó mucho más por este último, otorgándose más potestades y competencias a la SEC, y creándose normas que resultan absolutamente incompatibles con un servicio liberalizado.

Considerar al servicio eléctrico como un servicio público funcional tiene consecuencias tanto en la forma en que los organismos Administrativos les aplican la ley, como en los fines que deben conseguir estos servicios. A pesar de que estén en manos de privados, y el lucro sea parte de la motivación de estos para otorgar estos servicios, existe un fin superior, que viene inspirado por el artículo 1° de la Constitución, el cual es servir a la población, en torno a la idea del bien común, y al carácter servicial del Estado.

Sin duda alguna, el hecho de que esté en manos de privados hace que el servicio público eléctrico sea distinto a cualquier servicio público que está bajo la Administración. Sin embargo, lo que no debe cambiar, es que ambos, buscan los mismos objetivos y fines, que son servir a la población, y satisfacer necesidades generales. Por ello, al considerar al servicio eléctrico como servicio público, incluyendo a la generación y transporte, no solo se está justificando una forma de aplicar la ley a estos servicios, sino que también, puede servir como una propuesta para mejorar ciertos aspectos legales y constitucionales, que aun permiten a ciertos sectores negar el carácter de servicio público de estos servicios, con las consecuencias negativas que ello conlleva, que sería percibirlos como actividades liberalizadas, donde el lucro y la libertad económica, estén por encima de los fines serviciales y de bien común. Cuestiones que en el caso de un servicio tan importante y relevante para la sociedad, resultaría perjudicial para esta, y además, incompatible con los mandatos del art.1° de la Constitución

Bibliografía

1. Álvarez Torres, S., “Intervencionismo Económico, al Compás del Vaivén”, en Pantoja, R. (coord.), *Derecho Administrativo. 120 Años de Catedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
2. Bermúdez, J., *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago, 2010.
3. Berstein, S., “Sector Eléctrico”, en *libertadydesarrollo*, <http://www.libertadydesarrollo.cl/biblioteca/libros/soluciones/electrico.pdf>
4. Boloña, G., *Organización Administrativa*, Lexis Nexis, Santiago, 2008
5. Bravo Rivera, P., “Nueva Institucionalidad Jurídica del DFL N°1 de 1982”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, V.3, N°3, 2001.
6. Caldera, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Parlamento Ltda, Santiago, 2001
7. Camacho G., “La Actividad Sustancial de la Administración del Estado”, en Pantoja, R. (coord.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Legal Publishing, Santiago, 2010
8. Martín Vergara, C., “Causas De La Crisis Eléctrica 1998/1999, Reacción Legislativa y Consecuencias En La Inversión En El Sector Electrico”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, V.3, N°3, 2001.
9. Palumbo Ossa, B., “Libertad en el Mercado de la Generación Eléctrica en Chile. De la Teoría a la Realidad”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, V.3, N°3, 2001
10. Pantoja, R., “La Tipología Asumida por la Administración Pública Como Función Estatal, En Su Proceso Adaptativo A La Evolución Experimentada Del Estado Moderno Constitucional: Desde La Summa Potestas A La Concreción Humanista De La Solidaridad, En Pantoja, R., *Derecho Administrativo. 120 Años de Catedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
11. Salinas Bruzzone, C., *Derecho Administrativo Sancionador El régimen sancionador eléctrico en Chile*, Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2010.
12. Santamaría Pastor, J., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2009.
13. Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
14. Soto Kloss. E., *Derecho administrativo: Temas Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
15. Varas, G., *Derecho Administrativo*, Nascimento, Santiago, 1948.
16. Vergara, A., “Régimen Jurídico De La Energía Eléctrica. Aspectos Generales y Problemas Actuales”, *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, Vol. I, N°1, Enero-junio, 1999.
17. Vergara, A., “A treinta años de la Ley General de Servicios Eléctricos. Orígenes y desafíos”, en *vergarablanca*, 2012, <http://www.vergarablanca.cl/wordpress/uploads/2014/08/AVB-ENER-2012-A-30-a%C3%B1os-de-la-LGSE.-Or%C3%ADgenes-y-desaf%C3%ACos>.
18. Vergara, A., “Concepto, elementos y principios del servicio público eléctrico”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Vol. 212, 2002,
19. Vidal, J., *Derecho Administrativo*, Legis, Bogota, 2004

20. VVAA., “Efectos de la Privatización de Servicios Públicos en Chile”, en *dii.uchile*, 2014, en: http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/?page=view_publicaciones&langSite=es&agno=2004&id=20040527142057