

NOTAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO COMO PRESTACIÓN EN LA *PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN* PARA CHILE

*Luis Alfonso Herrera Orellana**

SUMARIO: Introducción. 1. Las disposiciones de *La Propuesta* que aluden al servicio público como prestación: 1.1. Los artículos 175 y 176 y la gestión y provisión de los servicios públicos. 1.2. El artículo 178, los reglamentos autónomos y la calificación de prestaciones como servicio público. 2. Posible impacto jurídico de la aplicación de los artículos de *La Propuesta* antes examinados sobre el servicio público como prestación en Chile. 3. Un cambio de raíz: de derechos de aprovechamiento a “meras” autorizaciones en *La Propuesta* y su posible incidencia en la prestación de servicios públicos. Fuentes bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La Propuesta de Nueva Constitución preparada por la Convención Constitucional¹ contiene veinte menciones a la categoría jurídica “servicio público”. En catorce oportunidades se refiere a ella en sentido orgánico y en las seis restantes en sentido prestacional. La Constitución en vigor contiene solo seis menciones a dicha figura, y siempre la aborda en su sentido orgánico.

Tal aumento en el número de disposiciones que aluden al servicio público, y en particular al sentido prestacional de esta categoría del derecho administrativo, permite suponer que para los redactores del borrador esta materia deberá recibir una mayor atención desde el Estado, siendo la pregunta fundamental entonces, ¿desde qué perspectiva o visión se dará esa mayor atención?

En Chile, desde la década de los años ochenta del pasado siglo, las prestaciones calificadas como servicio público, en general, dejaron de ser

*Licenciado en Filosofía y Abogado *summa cum laude* de la Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello y Magíster en Derecho Público de la Universidad de los Andes, de Chile. Candidato a doctor en esta última casa de estudios.

¹Convención Constitucional, *Propuesta de Nueva Constitución*. Consultada el 26 de junio de 2022 en: <https://bit.ly/3cAH75D>

monopolios estatales y quedaron abiertas a la iniciativa privada², previa acreditación de condiciones técnicas y económicas para ofrecerlas, y la obtención de una concesión administrativa. Nos referimos a prestaciones en sectores como energía, servicios sanitarios, telecomunicaciones y transporte terrestre, entre otras³.

Con ese paso, la sociedad chilena se adelantó a lo que luego sería la vía seguida en esta materia en otros países⁴, ante el definitivo fracaso del Estado monopolista y prestador universal de servicios⁵.

Y, sin perjuicio de las siempre necesarias y factibles mejoras al cumplimiento por los proveedores privados en la continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio a estas prestaciones⁶, lo cierto es que en el país los servicios calificados como servicios públicos presentan un nivel, cuando menos, aceptable de calidad y disfrute efectivo⁷, que con elevada probabilidad será mayor si se lo compara con la situación de otros países hispanoamericanos.

Dado lo anterior, cabría pensar que cualquier cambio institucional en el régimen actual de oferta de servicios públicos tendría por finalidad mejorar lo existente, corrigiendo lo que no está bien y fortaleciendo lo que sí opera de forma adecuada. Sin embargo, no necesariamente es esto lo que se desprende de algunos artículos del borrador de Constitución.

1. LAS DISPOSICIONES DE LA PROPUESTA QUE ALUDEN AL SERVICIO PÚBLICO COMO PRESTACIÓN

1.1. *LOS ARTÍCULOS 175 Y 176 Y LA GESTIÓN Y PROVISIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*

En efecto, aun cuando se reconoce la libertad económica como derecho fundamental de las personas –aunque sujeta a más intensas limitaciones que en la actual Constitución⁸–, no queda nada claro si, como en la actualidad, tal participación será en ejercicio de derechos propios o bajo un régimen de titularidad estatal o alguno de similar naturaleza.

²Aróstica, 2016, 143-160; Gárate, 2020, 308.

³Un análisis general de las prestaciones formal e informalmente calificadas como servicio público en Chile, se encuentra en los trabajos publicados en Obando, 2021.

⁴Ariño, 2005, 9-50; Muñoz, 2015, 18-26.

⁵Aróstica, 2001, 14-30; Guerrero, 2019, 23-25.

⁶Hachette, 2020.

⁷Fischer, 2007.

⁸Artículo 79. 1. Toda persona, natural o jurídica, tiene libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. Su ejercicio debe ser compatible con los derechos consagrados en esta Constitución y la protección de la naturaleza. 2. El contenido y los límites de este derecho serán determinados por las leyes que regulen su ejercicio, las que deberán promover el desarrollo de las empresas de menor tamaño y asegurarán la protección de los consumidores”.

No se advierten, en general, indicios que apunten a la adopción de principios, reglas y técnicas propias del Estado regulador, o del Estado garante, ni tampoco una orientación favorable al uso de la llamada colaboración público-privada, en lo concerniente al rol de la Administración y los privados en la provisión de tan importantes servicios.

En cambio, sí se aprecian indicios en sentido contrario, es decir, elementos que revelan la intención de dotar, nuevamente, a la Administración central chilena de un rol de titularidad o preeminencia en cuanto a la prestación directa de los servicios públicos, y de control pleno sobre la acción que en esta materia desarrollen los privados.

Ejemplos de lo indicado se hallan, por ejemplo, en el artículo 175.2, el cual dispone: “2. Los órganos de la Administración ejecutarán políticas públicas, planes y programas, y proveerán o garantizarán, en su caso, la prestación de servicios públicos en forma continua y permanente”.

También en el artículo 176.1, que en su caso prescribe: “1. Es deber del Estado proveer de servicios públicos universales y de calidad, los cuales contarán con un financiamiento suficiente. 2. El Estado planificará y coordinará de manera intersectorial la provisión, prestación y cobertura de estos servicios, bajo los principios de generalidad, uniformidad, regularidad y pertinencia territorial.”.

Estos artículos plantean importantes desafíos para cumplir con el objetivo de sostener y mejorar el nivel de continuidad, regularidad y acceso que hoy presentan los servicios públicos en Chile.

Según la interpretación que se haga de ellos al legislar, al regular y al resolver controversias, se podrá mantener el esquema actual, orientado a la competencia, la colaboración público-privada y la actividad garante⁹, o, por el contrario, se podrá retroceder a esquemas estatistas que precaricen las condiciones de participación de los privados, o que eventualmente la excluyan¹⁰.

Por ejemplo, la aplicación inmediata del artículo 175.2, a través de actos estatales fundados contrarios a la subsidiariedad, la competencia, la propiedad privada, la libertad económica y, en particular, el lucro, podría suponer un cambio inmediato de la situación jurídica de los actuales proveedores, los cuales podrían verse “publicados” a través de esos actos, es decir, sujetos a un régimen más propio de organismos administrativos que de personas privadas, solo que sujetas a regulación administrativa.

De ocurrir una situación como la indicada, los proveedores de servicios públicos tendrán que evaluar si continúan bajo las nuevas condiciones ofreciendo la prestación, si solicitan ser expropiados para cesar en la oferta de esta o si ceden por acto formal, de estar ello permitido, a otros interesados el servicio respectivo.

⁹Esteve, 2015a, 20-26; Esteve, 2015b, 66-71.

¹⁰Como la descrita en Mairal, 1993; ver también Herrera, 2021a, 92-92.

El Estado, por su parte, podría interpretar que existe libertad de cesar en la prestación a pesar del cambio en la regulación que se aplique, por ser ello contrario a la continuidad del servicio, y, del mismo modo, podría interpretar que no procede expropiación sino reversión de los bienes, dada la situación de “concesionarios” de esos proveedores¹¹.

Asimismo, el artículo 175.2 del borrador da base suficiente para que a través de cualquier acto estatal –ley de mayoría simple, reglamento, acto administrativo, sentencia, dictamen, etc.– se declare a prestaciones ofrecidas por privados que hoy no tienen esa calificación legal como servicios públicos, con la intención de someterlas sin que medie transición alguna, a algún tipo de régimen jurídico propio o próximo al de una actividad reservada al Estado.

Posibilidad cierta, dado que en Chile hay doctrina¹² y jurisprudencia¹³ según la cual no es necesario una declaratoria legal de reserva de una actividad al Estado para entender que una prestación que se califique como servicio público pasa a ser obligación propia y directa del Estado¹⁴.

Según como se lo utilice, el mencionado artículo permitiría al Estado tratar a los proveedores privados de los servicios públicos como si fueran organismos estatales, apelando a denominaciones menos precisas como “proveedores públicos”, con la intención de sujetarlos a la planificación y coordinación estatal en la ejecución de las prestaciones.

1.2. *EL ARTÍCULO 178, LOS REGLAMENTOS AUTÓNOMOS Y LA CALIFICACIÓN DE PRESTACIONES COMO SERVICIO PÚBLICO*

Tal riesgo regulatorio, por cierto, se hace más cierto e inminente, si se considera, además, que el borrador de Constitución optó por atribuir al reglamento presidencial un dominio propio para regular un importante número de materias que han quedado fuera del dominio o reserva de ley formal.

En efecto, según lo puso de manifiesto un relevante debate dogmático desarrollado a través de la prensa nacional entre distinguidos académicos dedicados a la disciplina¹⁵, el borrador dará lugar a un notable aumento

¹¹Algunas críticas a la consideración como verdaderos concesionarios a los proveedores de servicios públicos en Lara, 2014, 125-127, y Soto Kloss, 2012, 567-569.

¹²Ferrada, 2021, 36-37.

¹³Herrera, 2021b, 136-139.

¹⁴Pierry, 1977, 105-106; Silva Cimma, 1995; 253-254.

¹⁵La polémica se desarrolló a través de *El Mercurio* y partió con la columna de Alejandro Vergara, del 20.6.22, titulada “Presidencialismo reforzado”, que generó una primera réplica de Raúl Letelier, en carta al director del 21.6.22 también titulada “Presidencialismo reforzado”; continuó con una carta al director de Vergara del 22.6.22, titulada “Gobernar por decretos”, que motivó una nueva réplica de Letelier, mediante carta al director del 23.6.22, igualmente titulada “Gobernar por decretos”, y culminó con una carta al director de Vergara del 24.6.22 que insistió en el título “Gobernar por decretos”.

de los poderes normativos del Ejecutivo Nacional para regular, a través de reglamentos, un número no menor de asuntos, todo ello con fundamento en el artículo 288.1.

La referida disposición establece: “Quien ejerza la Presidencia de la República tiene la potestad de dictar aquellos reglamentos, decretos e instrucciones que considere necesarios para la ejecución de las leyes. Asimismo, puede ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley. Cuando sean aplicables reglas de rango legal y reglamentario, primará la ley en caso de contradicción”.

Ni en la vigente Constitución, y menos en el borrador propuesto, se exige de forma expresa que la calificación de una prestación como servicio público se haga a través de legislación formal. De allí que, en la dogmática actual, como ya se indicó, se estime posible hacer esa calificación a través de otros actos, aunque sin considerar los argumentos señalados en contra de esa posibilidad¹⁶.

Es el caso que, de aprobarse el borrador de Constitución, el Ejecutivo Nacional podría, en principio sin ninguna limitante sustantiva o procedimental, calificar a través de reglamentos autónomos como servicio público a toda prestación que, a su juicio –por naturaleza, más político-electoral que técnico-jurídico–, deba prestarse de forma continua, regular y no discriminatoria en el acceso.

La posibilidad indicada expondría a que en Chile la categoría jurídica del servicio público se vuelva a usar en un sentido más ideológico que institucional¹⁷, tal y como está ocurriendo en otros países¹⁸, sin reparar en los perjuicios que tanto a nivel de economía e inversiones como de acceso y disfrute de estos servicios, supone el hacer tal uso, en perjuicio de los usuarios en general.

Respecto de esa posibilidad se ha señalado en la polémica ya referida, que, ante cualquier exceso, invasión de la reserva legal formal o afectación de la supremacía constitucional en que pueda incurrir el Ejecutivo Nacional al dictar reglamentos autónomos, no habría de qué preocuparse, ya que, primero, la legislación puede regular las materias tratadas por los reglamentos autónomos, aunque no estén reservadas a ella, y, segundo, la legislación siempre primará sobre dichos actos sublegales¹⁹.

Sin entrar a fondo en las dificultades de la solución ofrecida a posibles usos excesivos o autoritarios del reglamento autónomo²⁰, estimamos, desde una perspectiva realista, que, una vez ejercida por el Ejecutivo

¹⁶Brewer, 2002, 24.

¹⁷Muñoz, 2012, 19-21.

¹⁸Caamaño, 2017, 23-33.

¹⁹Letelier, 2022, carta al director del 23.6.22.

²⁰Por ejemplo, si se interpretará que el Ejecutivo también está subordinado al Legislativo en las materias no reservadas a la ley, o si, en cambio, se interpretará que no lo está y que es

Nacional, tanto en esta temática del servicio público como en cualquier otra, la potestad reglamentaria, será complejo y posiblemente prolongado, el proceso para que el Legislativo Nacional cambie, innove y desplace, a través de la legislación, las normas reglamentarias del gobierno.

Ya por coincidir en programa político, por darle prioridad a otros asuntos en el Legislativo, o por acuerdos entre ambos poderes del Estado para asegurar la gobernabilidad, múltiples son los factores que pueden obstruir e impedir que, por ejemplo, la calificación reglamentaria como servicio público de una prestación, que en la práctica está resultando precipitada o ineficaz, sea eliminada o corregida por una legislación especial, que pueda incluso mantener la calificación, pero con normas más adecuadas para asegurar la continuidad del servicio.

2. POSIBLE IMPACTO JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS DE LA PROPUESTA ANTES EXAMINADOS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO COMO PRESTACIÓN EN CHILE

En suma, estamos ante disposiciones que también podrían permitir al Estado crear de forma selectiva y sin suficiente criterio técnico, en forma explícita o solapada, monopolios estatales, al calificar una prestación como servicio público²¹.

Tanto más porque, como ya se indicó, el artículo 176.1 del borrador establece que el Estado “debe proveer” servicios públicos universales, en lugar de señalar, por ejemplo, que el Estado “será garante” de esa provisión, o que en “colaboración”, “concurso”, “participación” o “conurrencia” de los particulares, “el Estado asegurará” el acceso y disfrute de “servicios públicos universales”.

el Legislativo quien, por división de poderes, debe respetar el dominio propio del reglamento autónomo del Ejecutivo.

²¹Finalmente, también es problemático este tratamiento de la materia por dos razones más. La primera, porque en Chile numerosas prestaciones ya calificadas como servicios públicos, y otras que no lo están pero que podrían pasar a estarlo en aplicación de los artículos 175.2 y 176.1 –tales como educación, salud, bancos, pensiones, seguros, internet, etc.–, son ofrecidas a través de la inversión extranjera cubierta por acuerdos internacionales de protección. De aplicarse esta y otras disposiciones del borrador de Constitución, en violación de los derechos que esos acuerdos o el propio derecho interno otorga a esas inversiones, estaríamos ante supuestos de responsabilidad internacional del Estado chileno. La segunda, porque de plantearse casos de expropiación de activos, bienes y otros derechos destinados a un servicio público, se ha advertido que varias de las garantías que la actual Constitución asegura en materia de expropiación se “desconstitucionalizan” y hasta “deslegalizan”, por lo que, por ejemplo, podría ser a través de reglamentos autónomos que se determinen los criterios para fijar el “justo precio” de los bienes y demás derechos adquiridos de manera forzosa. Ver Vergara, 2022, “Reglamentos autónomos”, carta al director del 15.7.22.

Ni al referirse a los habilitados para proveerlos, ni tampoco al aludir a los responsables de la planificación y coordinación de estos servicios, incluyó el borrador a los particulares, ya que, sobre esto último, se limita a indicar, como se señaló antes, que “es deber del Estado proveer de servicios públicos universales y de calidad (...) con un financiamiento suficiente”, y que será el Estado el que “planificará y coordinará (...) la provisión, prestación y cobertura de estos servicios”.

Bajo esta perspectiva constitucional, surge esta pregunta: ¿Habrà posibilidad de emplear técnicas como la liberalización, la competencia, la externalización, la supervisión basada en riesgos²², reconocer derechos económicos e, incluso, la concesión de servicio público?, esto último considerando que en el borrador de Constitución se usa solo una vez la palabra “concesión”²³, y no para referirse a la técnica administrativa de control de servicios públicos.

Como se puede apreciar, el problema de la calificación de prestaciones como servicio público no es un asunto formal menor, ya que, en la práctica, su uso e interpretación definen qué prestación estará o no abierta a la iniciativa económica privada, y cuándo un particular que la quiera desarrollar deberá pedir al Estado, según se considere titular o no de esa prestación, que lo autorice o se la conceda, lo que, a su vez, definirá si actuará o no ejerciendo derechos fundamentales propios, como la libertad económica y la propiedad privada.

Así, el impacto que sobre los derechos a la libertad económica y a la propiedad privada de proveedores privados de servicios públicos, tanto nacionales como extranjeros, pueden tener los artículos 175.2, 176.1 y 288.1 del borrador de Constitución puede ser bastante importante, y no necesariamente para potenciar la regularidad, continuidad y acceso sin discriminación a dichas prestaciones.

3. UN CAMBIO DE RAÍZ: DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO A “MERAS” AUTORIZACIONES EN LA PROPUESTA Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Ese impacto puede ir desde extinguir el reconocimiento de esos derechos en el desarrollo de toda prestación calificada como servicio público, hasta reconocer solo parcialmente algunos contenidos de esos derechos, pero de forma intermitente e incierta, por ejemplo, en aplicación de otro artículo

²²Arancibia, 2016, 267-270; Rojas, 2019, 67-88.

²³Lo hace en el artículo 264, literal d, en el que señala: “Solo en virtud de una ley se puede: (...) d) Instituir las normas sobre enajenación de bienes del Estado, de los gobiernos regionales o de las municipalidades y sobre su arrendamiento, títulos habilitantes para su uso o explotación y concesión”.

de interés para la materia examinada, como es el 134, con cuyo análisis cerraremos estas líneas.

Dicho artículo 134, en su primer inciso, dispone que: “Los bienes comunes naturales son elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras”.

Un primer impacto sobre los derechos de los proveedores de servicios públicos que, en la actualidad, requieran de aguas, tierras u otros bienes naturales, para ofrecer la prestación respectiva, es que esos bienes, además de calificarse como derechos humanos en el caso de las aguas –artículos 57²⁴ y 140.2²⁵–, podrían ser calificados como “bienes comunes naturales”.

A partir de calificaciones como las anteriores, podrán derivarse severas limitaciones en el uso de esos bienes e incluso hasta exclusiones de estos del tráfico económico, como las que se contemplan en el derecho de otros países, cuando se califica como dominio público a bienes específicos²⁶.

En efecto, a causa del falso dilema que se plantea entre garantizar derechos humanos o proteger bienes naturales, de un lado, y reconocer derechos de propiedad sobre bienes vinculados con aquellos o la posibilidad de aprovechar esos bienes con ánimo mercantil o de lucro –como lo hacen las empresas privadas dedicadas a la provisión de servicios públicos–, de otro, es factible que se interprete que reconocer un bien como derecho humano²⁷ o como bien común natural, supone la inmediata extinción sobre él de todo derecho de propiedad, así como de la libertad de lucrarse a partir de su aprovechamiento²⁸.

²⁴Artículo 57. 1. Toda persona tiene derecho humano al agua y al saneamiento suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible. Es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones. 2. El Estado vela por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos”.

²⁵Artículo 140. 1. El agua es esencial para la vida y el ejercicio de los derechos humanos y de la naturaleza. El Estado debe proteger las aguas, en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico. 2. Siempre prevalecerá el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. La ley determinará los demás usos”.

²⁶Al ser las características de dichos bienes su condición de inalienables e imprescriptibles. Véase De la Riva, 2009, 892.

²⁷Como podría ser el caso de la energía eléctrica, según el artículo 59.1, de acuerdo con el cual: “Toda persona tiene derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura”.

²⁸En las disposiciones transitorias se incluyó la siguiente previsión, que lejos de proveer certeza aumenta, más bien, la incertidumbre: “Artículo trigésimo quinto transitorio. 1. Con la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad, se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución. Mientras no se dicte la legislación ordenada en el artículo transitorio anterior, se aplicarán las reglas que prescribe el Código de Aguas en materia de constitución y extinción de autorizaciones de conformidad a esta constitución, sin perjuicio de los procesos de revisión y ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca. En ningún caso se podrán aplicar las reglas relativas a la constitución de estas

De prevalecer una interpretación como la antes señalada, sería obligatorio el iniciar procedimientos de expropiación para asegurar una justa indemnización a los titulares de los derechos extinguidos, sea por responsabilidad del Estado legislador, sea por la privación singular que, a través de actos administrativos específicos, terminarán soportando cada uno de los privados que, antes de la vigencia de este artículo, tenían derechos sobre esos bienes.

Tan delicado como lo anterior, son los efectos que se pueden generar a partir de lo previsto en el inciso quinto del artículo 134, según el cual: “El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación”.

Continúa el mismo inciso indicando que los destinatarios de las autorizaciones referidas, tendrán “obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo”, y advirtiendo que “estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad”.

De entrada, podría considerarse positivo el que se emplee la figura de la autorización en lugar de la figura de la concesión, a pesar de tratarse de bienes, en principio, excluidos de toda forma de propiedad privada, como serían los bienes comunes naturales, pues ello elimina las dudas sobre si la prestación a desarrollar es o no de titularidad estatal²⁹.

Sin embargo, ese aparente efecto positivo se diluye de inmediato, cuando se repara en lo que parece ser el propósito de este inciso quinto del artículo 134, a saber, impedir que surjan derechos subjetivos o intereses personales sobre o en relación con el bien comunal natural, y facilitar, en contra del principio de conservación de los actos administrativos, la extinción por parte de la Administración de la autorización de uso de ese bien.

autorizaciones por remate”. Una evidencia de la falta de certeza en torno a esta disposición transitoria, se encuentra en reportaje publicado en *La Tercera*, el 14 de junio de 2022, en el cual se indicó: “Pero lo cierto es que no empezará a aplicar de inmediato por completo todo el concepto que define el borrador, ya que se establecen algunas reglas para la transición, hasta que se dicte la ley que lo regule. Lo que queda claro es que los actuales titulares podrán seguir usando el agua de sus derechos, que ahora pasarán a llamarse autorizaciones de uso no sujetas a propiedad, hasta que se dicte la nueva normativa. Hay quienes creen que con esto, cuando se cambie el sistema mediante la reforma, no se podrá alegar ‘derecho de propiedad’ o ‘expropiación’”. Ver: “Convención aprueba cambio inmediato de derechos de agua por autorizaciones de uso, pero con reglas especiales para la transición”, consultado el 26 de julio de 2022 en: <https://bit.ly/3PzZVAT>

²⁹Interpretación que adaptaría la institucionalidad chilena en materia de servicio público a las tendencias más seguidas en otros ordenamientos, en cuanto al uso de la autorización como técnica para regular y fiscalizar la prestación de servicios públicos. Al respecto, véase Arancibia, 2020, 14-16; Franco, 2017, 35-45, dando así respuesta a lo planteado en Vergara, 2004, 34-35.

Así, apelando a tópicos o, en el mejor de los casos, conceptos jurídicos indeterminados, como son “el interés público”, “la protección de la naturaleza” y “el beneficio colectivo”, en lugar de incumplimientos graves, daños a los bienes o usuarios, etc., se potenciará la potestad de la Administración de declarar en ejercicio de la autotutela administrativa, la caducidad, extinción o revocación de la autorización.

Para confirmar que esos, y no otros, son los fines que esta norma, por cierto, más propia de una disposición legal que de una constitucional, valga recordar que el inciso quinto analizado cierra con la advertencia de que las autorizaciones del borrador de Constitución, a diferencias de las actuales concesiones de servicio público, “no generan derechos de propiedad”.

La inseguridad y precariedad jurídica que puede derivar de este artículo 134 para quienes proveen servicios públicos, es amplia e imprevisible, lo que mucho puede, desde ya, afectar el flujo de las actuales y futuras inversiones privadas, nacionales y extranjeras, en Chile, en áreas estratégicas como energía, servicios sanitarios, telefonía y transporte, entre otras.

Al margen de otros problemas que en la actualidad pueden presentar las normativas que en el país regulan las prestaciones calificadas como servicio público, no se cuentan entre ellos ninguno que ponga en serio cuestionamiento los derechos económicos de los proveedores.

Prueba de ello, es que no existe un alto nivel de litigiosidad interna por ilegalidad o por daños, en contra de las autoridades que supervisan servicios públicos. Tampoco es elevado el nivel de arbitrajes internacionales en contra del Estado chileno por violación de los derechos de inversionistas extranjeros. Por último, es mayor el número de casos en que el Estado chileno no ha sido condenado en esos arbitrajes, al número de casos en que sí lo ha sido³⁰.

Sin duda, eso es gracias al marco jurídico actual, el cual, sin perjuicio de las reformas que requiere para asegurar mejor los derechos de los usuarios y potenciar las potestades de las autoridades de supervisión, no cuestiona, sino que reconoce y garantiza, en general, la propiedad y la libertad económica de los proveedores privados de servicios públicos.

Esa situación podría cambiar muy radicalmente de convertirse en Constitución el borrador que ha preparado la Convención Constitucional, pues el artículo 134 precarizaría, en mucho, la situación jurídica actual de esos proveedores, generando, en contra de lo que muy reputados constitucionalistas han sostenido, sobre la supuesta poca o nula trascendencia que, en la vida común de las personas, tienen los cambios de texto constitucional.

³⁰Véase, al respecto, lo indicado en el editorial “Chile ante el CIADI”, del Diario Financiero, consultado el 26 de julio de 2022 y disponible en: <https://bit.ly/3PSiIMT>

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Arancibia Mattar, Jaime (2020): Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Nº 32), 5-36.
- Arancibia Mattar, Jaime (2016): La supervisión basada en riesgos. Notas sobre su aplicación en Chile, en: Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Osvaldo Urrutia (Coord.), *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso-PUCV), 267-283.
- Ariño Ortiz, Gaspar (2005): La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia, en: Juan Carlos Cassagne y Gaspar Ariño Ortiz, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación* (Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot), 9-50.
- Aróstica Maldonado, Iván (2016): Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad, en: *Revista de Derecho Público* (Nº 55/56), 143-160.
- Aróstica Maldonado, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado* (Santiago, Universidad Santo Tomás).
- Brewer-Carías, Allan R. (2002): "El régimen constitucional de los servicios públicos", en: *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*. Tomo II (Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo), 21-49.
- Caamaño Domínguez, Francisco, Gimeno Feliú, José María, Quintero Olivares, Gonzalo y Sala, Pascual (2017): *Servicios Públicos e ideología. El interés general en juego* (Barcelona: Editorial Profit).
- Cassagne, Juan Carlos (2020): *Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Buenos Aires: Editorial B de F).
- De la Riva, Ignacio M. (2009): El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público, en Julio Pablo Comadira y Miriam M. Ivanega (Coord.) *Derecho Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Rodolfo Julio Comadira* (Buenos Aires: Ad-Hoc), 891-909.
- Esteve Pardo, José (2015a): La Administración garante. Una aproximación, en: *Revista de Administración Pública* (Nº 97), 11-39.
- Esteve Pardo, José (2015b): *Estado Garante. Idea y Realidad* (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública).
- Ferrada, Juan Carlos (2021): La calificación de una actividad como "servicio público" en el derecho administrativo chileno, en: Iván Obando Camino (Edit.), *La Actividad de Servicio Público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (2019-2020) (Santiago: Tirant lo Blanch), 27-49.
- Fischer, Ronald y Serra, Pablo (2007): *Efectos de la Privatización de Servicios Públicos en Chile* (Santiago, Banco Interamericano de Desarrollo).
- Franco Escobar, Susana Eva (2017): *La Autorización Administrativa en los Servicios de Interés Económico General. Intervención administrativa en los mercados de las comunicaciones, la energía y los transportes* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Gárate Chateau, Manuel (2020): *La Revolución Capitalista de Chile (1973-2003)* (Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado).
- Guerrero Becar, José Luis (2018): *La Constitución Económica Chilena* (Santiago, Ediciones DER).

- Hachette, Dominique (2000): Privatizaciones: Reforma estructural pero inconclusa, en: Felipe Larraín B. y Rodrigo Vergara M. (Edit.), *La Transformación Económica de Chile* (Santiago, Centro de Estudios Públicos), 111-154.
- Herrera Orellana, Luis Alfonso (2021): La calificación de actividades de prestación como servicio público: revisión crítica desde criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico, en: *Revista Jurídica Digital UANDES* (N° 4/1), 86-111.
- Herrera Orellana, Luis Alfonso (2021): La crisis del servicio público y su paradójica supervivencia: problemas derivados de su utilización por la legislación y la jurisprudencia chilenas, en: Iván Obando Camino (Edit.), *La Actividad de Servicio Público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (2019-2020) (Santiago: Tirant lo Blanch), 121-146.
- Lara Arrayo, José Luis, y García-Huidobro Herrera, Luis Eugenio (2014). Sobre el régimen concesional chileno: ¿Podemos hablar de un Modelo de Concesión?, en: Eduardo Soto Kloss (Coord.). *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago, Thomson Reuters), 89-165.
- Mairal, Héctor (1993): La ideología del servicio público, en: *Revista de Derecho Administrativo* (N° 14, Año 5), 359-425.
- Muñoz Machado, Santiago (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General XIV. La actividad regulatoria de la Administración* (Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).
- Obando Camino, Iván (Edit.) (2021): *La Actividad de Servicio Público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (2019-2020) (Santiago: Tirant lo Blanch).
- Pierry Arrau, Pedro (1977): El servicio público en Chile, en: *Actas de las VII Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), 197-210.
- Rojas Calderón, Christian (2019): *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación* (Santiago, Ediciones DER).
- Silva Cimma, Enrique (1995): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El servicio público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Soto Kloss, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, Thomson Reuters).
- Vergara Blanco, Alejandro (2004): El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (N° 12), 33-49.

FUENTES DOCUMENTALES

Convención Constitucional. *Propuesta de Nueva Constitución*, consultada el 26 de julio de 2022 en: <https://bit.ly/3cAH75D>

FUENTES NOTICIOSAS Y DE OPINIÓN

Diario Financiero, "Chile ante el CIADI", consultado el 26 de julio de 2022 y disponible en: <https://bit.ly/3PSiIMT>

- La Tercera* (2022): “Convención aprueba cambio inmediato de derechos de agua por autorizaciones de uso, pero con reglas especiales para la transición”, consultado el 26 de julio de 2022 en: <https://bit.ly/3PzZVAT>
- Letelier, Raúl (2022): “Gobernar por decretos”, en Cartas al director, *El Mercurio*, edición del 23 de junio, consultado el 26 de junio de 2022: <https://bit.ly/3J4EDIU>
- Letelier, Raúl (2022): “Presidencialismo reforzado”, en Cartas al director, *El Mercurio*, edición del 21 de junio, consultado el 26 de junio de 2022: <https://bit.ly/3owH1ii>
- Vergara Blanco, Alejandro (2022): “Reglamentos autónomos”, en Cartas al director, *El Mercurio*, edición del 15 de julio, consultado el 26 de junio de 2022: <https://bit.ly/3viv43o>
- Vergara Blanco, Alejandro (2022): “Gobernar por decretos”, en Cartas al director, *El Mercurio*, edición del 24 de junio, consultado el 26 de junio de 2022: <https://bit.ly/3zbFbrY>
- Vergara Blanco, Alejandro (2022): “Gobernar por decretos”, en Cartas al director, *El Mercurio*, edición del 22 de junio, consultado el 26 de junio de 2022: <https://bit.ly/3b2vvZ2>
- Vergara Blanco, Alejandro (2022): “Presidencialismo reforzado”, en: *El Mercurio*, edición del 20 de junio, consultado el 26 de junio de 2022: <https://bit.ly/3PTw5qt>