

**INFORME EN DERECHO**

**SOLICITADO POR INVERSIONES AGUAS METROPOLITANAS S.A.**

**SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS, EN MATERIA DE SERVICIOS NO REGULADOS, DE FIJACIÓN TARIFARIA Y DE CUMPLIMIENTO DE PLANES DE DESARROLLO POR PARTE DE LOS PRESTADORES.**

**BOLETIN N° 10.795-33**

**Gabriel Zaliasnik Schilkrut  
Abogado  
Profesor de Derecho Universidad de Chile**

Inversiones Aguas Metropolitanas S.A. (en adelante e indistintamente como “IAM”) nos ha solicitado informar en derecho acerca de la posible responsabilidad del Estado habida cuenta de los eventuales vicios de constitucionalidad que tendrían las normas contenidas en el proyecto de ley Boletín N° 10.795-33 –en actual tramitación– y por medio del cual se pretende modificar la legislación aplicable a los servicios públicos sanitarios, en materia de servicios no regulados, de fijación tarifaria y de cumplimiento de planes de desarrollo por parte de los prestadores (“*proyecto de ley*”).

Luego del análisis del funcionamiento del mercado sanitario, su regulación y dinámica actual, el contenido del proyecto de ley en comento y el tenor de su discusión parlamentaria, hemos arribado a la conclusión de que es posible sostener la existencia de responsabilidad del Estado en caso que prospere y entre en vigencia la nueva regulación que introduce el proyecto de ley, en razón de los manifiestos vicios de constitucionalidad que éste contiene y que se señalan pormenorizadamente en el presente *Informe en Derecho*.

Dichos cuestionamientos de constitucionalidad derivan del innegable hecho de que las profundas modificaciones que el proyecto de ley introduce al sistema regulatorio de los servicios públicos sanitarios suponen un cambio radical en las reglas preestablecidas que dan forma al desarrollo del mercado sanitario y definen como se desenvuelven las empresas sanitarias que operan en nuestro país. Por lo mismo el proyecto de ley tiene el potencial de inferir un serio daño a las empresas prestadoras de servicios sanitarios, alterando la forma cómo ha operado el sistema de provisión de servicios públicos sanitarios hasta nuestros días.

Así, de prosperar el proyecto de ley, el legislador no sólo lesionará derechos constitucionalmente garantidos de las empresas sanitarias, sino que desatenderá el prioritario mandato constitucional del artículo 1° de la Constitución Política de la República según el cual “*el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común*” al poner en grave riesgo la provisión de un servicio público cuyo adecuado funcionamiento es trascendental para todos los ciudadanos.

## INDICE DEL INFORME

I.	INTRODUCCIÓN.- .....	4
A.	EL MERCADO SANITARIO EN CHILE.- .....	4
B.	REGULACION ACTUAL DEL MERCADO SANITARIO.- .....	5
II.	ANTECEDENTES DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 10.795-33 POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS, EN MATERIA DE SERVICIOS NO REGULADOS, DE FIJACIÓN TARIFARIA Y DE CUMPLIMIENTO DE PLANES DE DESARROLLO POR PARTE DE LOS PRESTADORES.- .....	6
III.	ANÁLISIS PARTICULAR PRELIMINAR DEL CONTENIDO DE CADA UNA DE LAS NORMAS INTRODUCIDAS POR EL PROYECTO DE LEY Y COMO ESTAS MODIFICAN EL MARCO REGULATORIO VIGENTE.- .....	9
IV.	ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA PROMULGACIÓN DE NORMAS INCONSTITUCIONALES.- .....	16
A.	MARCO REGULATORIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.-.....	16
B.	ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR EN RELACIÓN CON EL PROYECTO DE LEY QUE PRETENDE MODIFICAR LAS NORMAS QUE HASTA EL DÍA DE HOY REGULAN EL MERCADO SANITARIO CHILENO.- .....	20
C.	CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.-.....	21
V.	SOBRE LOS CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE PRESENTA EL PROYECTO: ANÁLISIS GENERAL Y PARTICULAR DE TRANSGRESIONES CONSTITUCIONALES EN QUE INCURRE.- .....	34
VI.	CONCLUSIONES.-.....	60

## I. INTRODUCCIÓN.-

### A. EL MERCADO SANITARIO EN CHILE.-

El sistema de concesiones sanitarias en Chile contempla la distribución de agua potable y la recolección y tratamiento de aguas servidas, tanto para clientes residenciales como industriales. En el desarrollo de dicha industria, según da cuenta la literatura sobre la materia, “sólo entre 2000 y 2010 este sector ha invertido del orden de los US\$ 3.561 millones en distintas obras de infraestructura, con el objetivo de cumplir con la entrega de estos servicios a la mayor parte de la población, lográndose -entre otros aspectos- que desde 1990 a 2010 la cobertura de agua potable urbana pasara de 97,4% a 99,8%, la de alcantarillado urbano de 81,8% a 95,9% y la de tratamiento de aguas servidas de 10% a 86,9%, obteniéndose en este último aspecto una de las más altas tasas de cobertura a nivel mundial, según la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo”<sup>1</sup>.

Dicha evolución, ha permitido incorporar fuertemente a un gran número de personas al consumo de los bienes y servicios prestados por este sector. De acuerdo a las estadísticas publicadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, al año 2015, la cobertura de agua potable era de un 99,97%, mientras que la de alcantarillado era de un 96,80%<sup>2</sup>.

Asimismo, la cobertura urbana de tratamiento de aguas servidas al mes de diciembre del año 2015 era de un 99,84%. A dicho mes, el sector sanitario que operaba en las zonas urbanas del país, estaba constituido por 60 empresas cuyas áreas de concesión abarcaban un universo de 16.874.963 habitantes urbanos<sup>3</sup>. El total de clientes atendidos por las empresas sanitarias que operaban el servicio público de agua potable y alcantarillado alcanzaba a 5.120.377 personas, de las cuales un 99,6% eran atendidos por las 28 principales empresas del sector.

Dicho nivel de cobertura, sólo ha podido ser alcanzado debido al importante nivel de inversión efectuado por los particulares, quienes, habida cuenta de la estabilidad del mercado y su regulación, han tenido la confianza necesaria para efectuar las inversiones que se han requerido. La provisión de servicios de agua potable y alcantarillado requiere de un elevado nivel de infraestructura, representada en redes de agua

---

<sup>1</sup> Carlos Ebensperger, “Empresas Sanitarias en Chile: Un sector con potencial de crecimiento y atractivo inversor”, Reporte Especial, Humphreys, Enero 2012, p.1.

<sup>2</sup> Superintendencia de Servicios Sanitarios, Informe de Coberturas Sanitarias, año 2015.

<sup>3</sup> *Ídem*.

potable y alcantarillado, más las instalaciones destinadas a la captación y potabilización del agua, y aquellas para el tratamiento de las aguas servidas, motivo por el cual la estabilidad del sistema es un factor preponderante a tomar en cuenta al momento de invertir. En dicho sentido, se ha resaltado en nuestro país que, “dentro de las principales características que alcanza el sector sanitario en Chile, a nivel financiero, destaca la estabilidad de sus ingresos, lo que descansa en el hecho de que el consumo de agua potable y los servicios asociados corresponden a una necesidad básica, cuyos precios además se caracterizan por estar regulados de manera técnica y predefinidos por períodos de cuatro años, aparte de tener una relativamente baja variación entre un proceso tarifario y otro”<sup>4</sup>.

Asimismo, se agrega, “la existencia de una ley estable y con aplicación técnica, la seguridad de los ingresos de la industria y la existencia de subsidios destinados a los sectores más vulnerables de la sociedad, son aspectos que se erigen en fortalezas fundamentales del sector a la luz de su clasificación de riesgo”<sup>5</sup>.

## **B. REGULACION ACTUAL DEL MERCADO SANITARIO.-**

La prestación del servicio sanitario de agua potable y alcantarillado se encuentra regulado en nuestro país mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988 –Ley General de Servicios Sanitarios– del Ministerio de Obras Públicas, conjuntamente Decreto Supremo N° 121 de 1992 que reglamenta dicha Ley. A partir de dichos cuerpos legales lo que le legislador ha pretendido regular es tanto el régimen de explotación de servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas – lo que constituye la esencia de lo que se denomina como “*servicios sanitarios*”– como el régimen de concesión aplicable para establecer, construir y explotar dichos servicios, regulándose asimismo la fiscalización del cumplimiento de las normas relativas a la prestación de estos.

Asimismo, las tarifas que los prestadores de servicios sanitarios se encuentran en título de cobrar, se encuentran reguladas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas, complementado por el Decreto Supremo N° 453 de 1990, por medio del cual se fija su Reglamento.

La regulación de tarifas en Chile, regulada por los Decretos ya indicados, constituye un complejo sistema de normas que pretenden fijarlas, a efectos de evitar las externalidades negativas que se pudieran

---

<sup>4</sup> Carlos Ebensperger, Op. Cit. p. 3.

<sup>5</sup> *Ídem*.

derivar de la prestación de un servicio en condiciones de monopolio. Así, en palabras de GOMEZ-LOBO y VARGAS:

“(...) la fijación de tarifas de un monopolio natural debe conjugar cuatro objetivos. Primero, proveer una señal de precios adecuada para el uso racional del recurso. Segundo, garantizar que la empresa pueda autofinanciarse, incluyendo un retorno ‘normal’ sobre los activos invertidos en la misma, pero protegiendo a los consumidores de tarifas excesivas. Tercero, generar incentivos adecuados para que la empresa sea operada en forma eficiente, tanto en su eficiencia productiva como en sus decisiones de inversión. Cuarto, entregar garantías a los operadores de que el regulador no actuará en forma oportunista, reduciendo las tarifas después de que éstas hayan realizado sus inversiones. Este último tema es tratado mediante el diseño del proceso administrativo de fijación de tarifas y de los mecanismos de apelación y resolución de conflictos”<sup>6</sup>.

Producto de ello, resulta relevante la estabilidad y claridad de las normas que regulan la actividad sanitaria en nuestro país. La calidad y estabilidad del marco jurídico en donde se desenvuelven los prestadores del servicio –plasmado en leyes, reglamentos y resoluciones de la autoridad– resulta determinante, toda vez que dicha estabilidad no sólo favorece la seguridad jurídica que debe ser jurídicamente salvaguardada, sino que asimismo, al brindar previsibilidad a las acciones de aquellas instituciones que participan en la regulación del mercado, permiten mejorar los procesos de planificación y toma de decisiones en el sector sanitario<sup>7</sup>.

## **II. ANTECEDENTES DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 10.795-33 POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS, EN MATERIA DE SERVICIOS NO REGULADOS, DE FIJACIÓN TARIFARIA Y DE CUMPLIMIENTO DE PLANES DE DESARROLLO POR PARTE DE LOS PRESTADORES.-**

---

<sup>6</sup> Andrés Gomez-Lobo y Miguel Vargas, *“La regulación de las empresas sanitarias en Chile: Una revisión del caso de EMOS y una propuesta de reforma regulatoria”*, Facultad de Economía Universidad de Chile, 2001, p.2 y ss.

<sup>7</sup> Michael Hantke-Domas y Andrei Jouravlev, *“Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento”*, División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2011, p. 13.

El proyecto de ley cuyas eventuales repercusiones son objeto de análisis, inició su tramitación legislativa con fecha 6 de julio del año 2016, por moción parlamentaria de los diputados señores Daniel Núñez Arancibia, Lautaro Carmona Soto, Iván Fuentes Castillo, Guillermo Teillier del Valle, y de las Diputadas señoras Loreto Carvajal Ambiado y Yasna Provoste Campillay.

Éste, tiene por objeto –según consta en la historia de la tramitación parlamentaria del mismo– “perfeccionar la legislación sanitaria en los siguientes aspectos: a) Regulación de servicios que hoy no están normados, para efecto del cálculo de la tarifa; b) Participación ciudadana en el proceso de fijación de tarifas, y fortalecimiento de la presencia estatal en la Comisión de Expertos; c) Incentivo al cumplimiento de planes de desarrollo, impactando positivamente en la calidad de la prestación del servicio; d) Valorización objetiva de servicios subcontratados a una sociedad filial o coligada a la empresa matriz; y, e) Modernización de la potestad fiscalizadora y sancionadora de la Superintendencia de Servicios Sanitarios”.

Con dicho objeto, a partir de la discusión del proyecto de ley, el Poder Legislativo pretende introducir importantes modificaciones a la regulación de los servicios sanitarios que actualmente se encuentra vigente en nuestro país, modificando al efecto los siguientes cuerpos normativos:

- El Decreto con Fuerza de Ley N° 382, de 1989, del Ministerio de Obras Públicas, Ley General de Servicios Sanitarios.
- El Decreto con Fuerza de Ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, sobre Tarifas de Servicios Sanitarios.
- La Ley N° 18.902, que creó la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

En relación con el proyecto de ley, junto con una serie de modificaciones cuyo mérito desde una óptica constitucional cabe hacer presente que este pretende introducir las siguientes modificaciones fundamentales a la regulación sanitaria:

- El proyecto pretende **reducir la tasa de retorno al capital** que el modelo de tarificación actual otorga a la “*empresa modelo*” utilizada como referencia a fin de fijar las tarifas del sector sanitario<sup>8</sup>.

En dicho sentido, el proyecto de ley rebaja el rango del premio por riesgo de la tasa de costo de capital vigente a la fecha desde el rango que va de un 3% a un 3,5% al rango que va de un 1% a un 1,5%. Asimismo, se elimina el 7% como mínimo legal garantizado para la *tasa de costo de capital* que hoy se encuentra vigente.
- Asimismo, el proyecto **modifica los criterios con los cuales se tratan los servicios no regulados**, introduciendo un descuento a favor de la tarifa final del 50% de las utilidades que perciba el prestador por los servicios no regulados.
- Adicionalmente, el proyecto establece que tratándose de cualquier acto o contrato a título oneroso que el prestador haga con las aguas servidas o tratadas, se entenderá que el mismo es un servicio no regulado, y el descuento de costos referido anteriormente alcanzara el 80%.
- **Se modifica la necesaria imparcialidad y el equilibrio de las partes en la Comisión de Expertos** que debe resolver las discrepancias entre el prestador y el regulador en materia tarifaria, cambiando el actual panel de tres miembros, donde uno es nombrado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (“SISS”), otro por el prestador y otro de común acuerdo, por un panel en el cual dos de los tres integrantes serán nombrados por la SISS.
- **Se obliga a incorporar de pleno derecho a cualquier territorio urbano adyacente a los actuales territorios operacionales**, cuando se trate de viviendas sociales existentes o programas de viviendas incorporados en los planes sociales del Gobierno.

---

<sup>8</sup> La Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios no se refiere explícitamente al concepto de empresa modelo, pero la noción se ve implícitamente en la forma en que define los costos marginales y a largo plazo del sector sanitario. Así, el artículo 4º del DFL N° 70 del Ministerio de Obras Públicas expresamente señala que “*el costo incremental de desarrollo, se definirá como aquel valor equivalente a un precio unitario constante que, aplicado a la demanda incremental proyectada, genera los ingresos requeridos para cubrir los costos incrementales de explotación eficiente y de inversión de un proyecto de expansión optimizado del prestador, de tal forma que ello sea consistente con un valor actualizado neto de proyecto de expansión igual a cero*”, describiéndose a partir de ello los costos de una empresa modelo. El concepto de crear una empresa ideal, ficticia que surge de la necesidad que hay para enfrentar monopolios naturales inevitables. El esquema tarifario que se busca, es el de una situación simulada de un mercado competitivo, con una libre entrada de competidores al mercado. Esto la obligaría a la empresa regulada buscar optimizar sus recursos para poder competir con las demás empresas más eficientes que ella. El objetivo final de la aplicación de este concepto es llegar a costos eficientes en las empresas que proveen un servicio determinado. Se evalúa cada cierto tiempo como debería funcionar hoy una empresa modelo, estas actualizaciones son indispensables por los avances tecnológicos que permiten mayores eficiencias. Fuente: Alberto Orlandini y Sergio Hudson, “Empresa Modelo para la Regulación y Fijación de Precios en Sectores Eléctrico, Telecomunicaciones y Sanitario”, Departamento de Energía Eléctrica, Escuela de Ingeniería, Pontificia Universidad Católica de Chile.



- Se **impiden los cobros, se imponen compensaciones y se elevan desproporcionadamente y sin especificaciones claras, los montos de las multas** a las que puede ser condenado el prestador en casos de interrupciones en la prestación del servicio sanitario.

### III. **ANÁLISIS PARTICULAR PRELIMINAR DEL CONTENIDO DE CADA UNA DE LAS NORMAS INTRODUCIDAS POR EL PROYECTO DE LEY Y COMO ESTAS MODIFICAN EL MARCO REGULATORIO VIGENTE.-**

#### A. **Modificaciones que inciden en la regulación del sistema de determinación de tarifas actualmente vigente.**

En relación con esta materia, el proyecto de ley, en su **artículo 1 N° 1**, incorpora una de las más trascendentales modificaciones pretendidas por el legislador, al reducir la tasa de retorno al capital que el modelo de tarificación actual otorga a la “empresa modelo” utilizada como referencia con la cual se fijan las tarifas del sector sanitario.

En dicho sentido, el artículo del proyecto de ley ya indicado, pretende introducir una modificación al **Artículo 5º del Decreto con Fuerza N° 70 de 1988**, del Ministerio de Obras Públicas, sobre fijación de tarifas de los servicios de agua potable y alcantarillado, a fin de rebajar el rango del premio por riesgo de la tasa de costo de capital vigente a la fecha desde un 3% a un 3,5% a un rango que va del 1% al 1,5%, eliminando simultáneamente el 7% como mínimo legal garantizado para la tasa de costo de capital que dicho artículo actualmente contempla.

Dicha drástica modificación al marco normativo actualmente vigente, altera los parámetros con los cuales hoy la actividad sanitaria regula y fija sus tarifas, introduciendo un elemento de incertidumbre en relación con las posibilidades del sistema de autofinanciarse.

Cabe hacer presente que lo anterior incide no sólo en los ingresos y utilidades de las empresas sanitarias –y que no es sino la contrapartida asegurada por el Estado a la millonaria inversión en infraestructura realizada y por realizar de parte de las empresas–, sino que también afecta severamente la calificación especializada que el mercado le asigna a las inversiones en el rubro sanitario en Chile, de modo tal que este cambio regulatorio hace que se incremente el costo de acceder a financiamiento para la operación de la industria.

En palabras simples, el legislador –de prosperar el proyecto de ley– no sólo lesiona derechos constitucionalmente garantizados de las empresas sanitarias, sino que *desalinea* los incentivos previstos en el

actual modelo y que han resultado beneficiosos para todos los ciudadanos, desatendiendo el prioritario mandato constitucional del artículo 1° de la Constitución Política de la República según el cual “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Dicho precepto orienta al intérprete, y como tal resulta ineludible desde ya advertir que los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar las funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, cual es, el “bien común”. Así, el Tribunal Constitucional lo ha dicho en forma prístina que “estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernadores, tanto en sí mismas, como también, en cuanto a normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”<sup>9</sup>.

Evidentemente un proyecto que desarticula el modelo que permitió desarrollar en forma inédita la cobertura de abastecimiento de agua potable y alcantarillado –alcanzando a virtualmente el 100% de la población de Chile–, privando de los incentivos y condiciones que permiten sostener las inversiones en infraestructura que son la piedra basal del sistema, importa un grave retroceso que atenta contra el “bien común” y no solo contra las empresas sanitarias.

De forma adicional, el **artículo 1 N° 2** del proyecto de ley, al introducir importantes modificaciones al **Artículo 8° del Decreto con Fuerza de Ley N° 70 de 1988** sobre fijación de tarifas de los servicios de agua potable y alcantarillado modifica también sustancialmente los criterios a partir de los cuales hoy se regulan las tarifas que se encuentran en título de percibir los prestadores de servicios sanitarios, para el caso de los servicios no regulados, obligándolos a descontar de la tarifa “el 50% de las utilidades” obtenidas por ese tipo de operaciones.

En este punto el proyecto de ley incurre en un **diagnóstico conceptual errado**, además de parecer ignorar cuál ha sido la práctica efectiva en esta materia. En dicho sentido, cabe hacer presente que el modelo de fijación tarifaria actualmente vigente tiene por propósito fijar los precios de servicios sanitarios, los cuales, como se ha dicho, conforman un monopolio natural. De ahí la necesidad de fijar el precio de los mismos.

---

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 280, de fecha 20 Octubre de 1998.

No obstante, no puede ser el propósito de la ley incurrir en la fijación de precios o regulación de otros servicios en otros mercados, que, salvo prueba en sentido contrario, se presumen competitivos y por tanto, sujetos a mecánicas de fijación de tarifas en donde el mercado debiese funcionar libremente. Con todo, dicho principio es alterado por el proyecto de ley, modificando por tanto sistema de incentivos que los prestadores de servicios sanitarios poseen para detectar oportunidades de negocios, crearlas y desarrollarlas, en aquellos sectores donde no se encuentren reguladas sus tarifas. En dicho contexto, el traspasar el 50% de las utilidades a tarifa deberá desalentar al prestador a realizar operaciones en sectores no regulados sobre la base de infraestructura ya existente, con el consiguiente efecto adverso sobre la tarifa que se busca reducir.

Finalmente, el proyecto de ley, en su **artículo 2 N° 12**, modifica el **artículo 61 del Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988**, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la Ley General de Servicios Sanitarios, incorporándole un nuevo inciso segundo a fin de prescribir que tratándose de cualquier acto o contrato a título oneroso que el prestador haga con las aguas servidas o tratadas, se entenderá que el mismo es un servicio no regulado, y el descuento de costos referido en la letra anterior, debe ser de un 80%. Dicha modificación nuevamente produce los efectos indeseados descritos en el párrafo precedente.

**B. Modificaciones que inciden en la modalidad como los prestadores de servicios sanitarios habrán de configurar la forma en que prestarán los servicios.**

En este sentido, el **artículo 1 N° 2 letra b) numeral i)** del proyecto de ley, modifica el artículo 8° del Decreto con Fuerza de Ley N° 70 de 1988, estableciendo que en caso de utilización de activos necesarios para la prestación del servicio, que hayan sido considerados en la fijación tarifaria de otro servicio público, tales como edificaciones, vehículos o postes, sólo se contabilizarán la proporción de los mismos que corresponda al servicio sanitario sujeto a fijación tarifaria. El mismo criterio se aplicará en el caso que se ejecuten directamente o mediante la subcontratación con terceros actividades conjuntas, tales como lectura de medidores, facturación o procesamiento de datos, no pudiendo ser estas últimas sociedades filiales o coligadas de la empresa matriz que presta el servicio.

**C. Modificaciones que inciden en el equilibrio existente en la Comisión de Expertos que debe resolver las discrepancias sobre los costos de la “empresa modelo”.**

En este sentido, el **artículo 1 N° 3 letra c)** del proyecto de ley, modifica el inciso quinto del artículo 10° del Decreto con Fuerza de Ley N° 70 de 1988 que regula la conformación de la Comisión de Expertos que la Ley establece para definir los costos de la empresa modelo, sobre los cuales se determinan las tarifas que tendrán derecho a cobrar los prestadores de servicios sanitarios.

En la actualidad, dicha definición es producto de la discusión entre los prestadores de servicios sanitarios y la autoridad, siendo esta última quien estima las inversiones y costos de la “empresa modelo” a fin de contrastar dichas estimaciones con las efectuadas por la industria. Las diferencias eventuales que existan entre ambas estimaciones, son resueltas por una Comisión de Expertos, la que deberá resolver sobre las discrepancias que existan entre el modelo estimado por la autoridad y lo que plantee el prestador.

La conformación de dicha Comisión de Expertos, en la actualidad, contempla una conformación mixta. Un miembro designado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, otro por el prestador de servicios sanitarios y un tercero de común acuerdo.

De allí que no resulte baladí la circunstancia que el proyecto de ley sustituya al tercero de común acuerdo por un segundo miembro nombrado por la Superintendencia, dejando por tanto la Comisión entregada al sesgo que tendrá la autoridad, habida cuenta de la designación de sus propios representantes en una proporción mayoritaria. Ello altera la imparcialidad de la referida Comisión al extremo de dejar al administrado desprovisto de cualquier posibilidad seria de cuestionar las estimaciones y propuestas de la Autoridad, haciendo del proceso de fijación tarifaria una mera apariencia, cual espejismo, carente de verdadero valor, como no sea el legitimar actuaciones discrecionales o incluso arbitrarias de la autoridad, que de otro modo no podrían prosperar.

**D. Modificaciones que incorporan a las operaciones del prestador de servicios sanitarios, cualquier territorio urbano adyacente a los actuales territorios operacionales.**

El proyecto de ley, en su **artículo 2 N° 2**, incorpora un nuevo artículo 13 A) al Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la Ley General de Servicios Sanitarios, en virtud del cual se obliga a incorporar de pleno derecho cualquier territorio urbano adyacente a los actuales territorios operacionales, cuando se trate de viviendas sociales existentes o programas de viviendas incorporados en los planes sociales del Gobierno.

Al respecto, cabe hacer presente que el prestador de servicios sanitarios opera dentro de un área de concesión determinado –denominado “*territorio operacional*”– y es dentro de éste territorio dentro del cual éste debe prestar el servicio que corresponda, en los términos que le son definidos por la propia concesión.

Producto de ello, cada vez que se fijan las tarifas a las que éste tiene derecho, deben necesariamente tomarse en consideración las características y extensión del territorio operacional que le es asignado al prestador, con el objeto de que sean adecuadamente cubiertos sus costos. La tarifa entonces, debe cubrir los gastos e inversiones indispensables que supone la prestación del servicio público sanitario a que está obligado

el prestador dentro de su territorio, ello, con el objeto de –en palabras de GOMEZ-LOBO y VARGAS– “garantizar que la empresa pueda autofinanciarse, incluyendo un retorno ‘normal’ sobre los activos invertidos en la misma”<sup>10</sup>.

Con todo, la incorporación automática de viviendas sociales que se ubiquen fuera del territorio operacional del prestador de los servicios, supone afectar la ecuación económica prevista por el prestador a efectos de sustentar sus operaciones, ello, toda vez que el cálculo de tarifa que esté vigente cuando se incorpore uno de tales desarrollos, no considerará las inversiones necesarias para atender los nuevos requerimientos.

**E. Modificaciones que inciden en los cobros y compensaciones que el prestador debe solventar en casos de interrupciones en la prestación del servicio sanitario.**

El proyecto de ley plantea una serie de modificaciones que dicen relación con los cobros y compensaciones que el prestador debe solventar en casos de interrupciones en la prestación del servicio. En este sentido, el proyecto de ley en su **artículo 2 N° 7** agrega al artículo 35 del Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la Ley General de Servicios Sanitarios, dos incisos finales, en virtud de los cuales se establece que sin perjuicio de las sanciones que correspondan, si se produce una interrupción o suspensión en la prestación del servicio no autorizada y que afecte integra o parcialmente una más áreas de la concesión, nace a favor de los usuarios una compensación a cargo de la concesionaria.

Dicha compensación, en virtud del proyecto de ley corresponde al equivalente a cinco veces del valor promedio de consumo diario de los últimos 3 meses, multiplicado por el número de días en que se registró la suspensión del servicio. Así, independiente de la duración de la suspensión, se considerará día afectado, valorizando la compensación de acuerdo a la tarifa correspondiente al momento de hacerse efectiva aquella. Establece, asimismo, que la compensación se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o bien en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.

En este sentido, cabe resaltar la circunstancia que carece de toda relevancia si el servicio se interrumpe desde un minuto a 24 horas, pues siempre la compensación corresponderá al equivalente a 5 días de consumo normal. Deja entonces de tener relevancia la magnitud del corte, pues la compensación es fija y no atiende a un parámetro de gravedad.

---

<sup>10</sup> Andrés Gomez-Lobo y Miguel Vargas, Op. Cit. p.2.

Cabe destacar, que en la actualidad existe una alta tasa de continuidad en la prestación de servicios por lo que establecer compensaciones como la de la especie en ninguna forma actuará como un incentivo en orden a asegurar la continuidad del servicio. Muy por el contrario, en atención a que carece de relevancia la duración de la suspensión de suministro en relación a la compensación a pagar, no existen incentivos para reparar los problemas que puedan presentarse en la prestación de servicios, de manera eficiente y rápida.

**F. Modificaciones que inciden en las sanciones a las que se exponen los prestadores de servicios sanitarios en casos de infracción a la normativa aplicable a los servicios sanitarios.**

Por último, el nuevo proyecto de ley establece grandes modificaciones en lo que dice relación con las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Es así como el artículo 3 del proyecto de ley reemplaza las letras a), b), c), d), e) y f) del inciso primero del artículo 11 de la Ley N° 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, y establece el siguiente nuevo sistema de sanciones.

La letra a) del artículo 11 establece que las multas relativas a infracciones leves irán desde una a mil unidades tributarias anuales. Ello aplica cuando exista: (1) cobro indebido; (2) trato económico discriminatorio; (3) deficiencias en la atención de los reclamos de los usuarios; (4) incumplimiento de la obligación de entregar información requerida por la Superintendencia; (5) no acatamiento de las obligaciones y plazo establecidos por la ley respecto de las concesiones, así como de las órdenes escritas y requerimientos, debidamente notificados, y plazos fijados por la Superintendencia en ejercicio de las atribuciones que la ley le encomiende, en relación de materias de su competencia; (6) cualquier otro hecho, acto u omisión que contravenga las disposiciones contenidas en la normativa sectorial y que no constituya una infracción grave o gravísima.

Luego, la letra b) del mismo artículo dispone que las multas relacionadas con infracciones graves fluctúen entre las mil a cinco mil unidades tributarias anuales. Para ello se consideran las siguiente infracciones: (1) infracciones relativas a la entrega de información falsa o manifiestamente errónea; (2) infracciones referidas al no cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63, 64, 65, 66, 67 y 70 del DFL N° 382; (3) infracciones que importen deficiencias en la calidad, continuidad u obligatoriedad de los servicios; (4) daño a las redes u obras generales de los servicios; (5) reiteración de infracciones leves.

Seguidamente la letra c) del artículo 11 se hace cargo de las infracciones gravísimas, que consideran los siguientes casos: (1) cuando se trate de entrega o uso indebido de información privilegiada; (2) infracciones que pongan en peligro o afecten gravemente la salud de la población o que afecten a la generalidad de los usuarios de los servicios; (3) la reiteración de las infracciones graves. En estas hipótesis la multa prevista en el proyecto de ley fluctúa desde las cinco mil unidades tributarias anuales hasta las diez mil unidades tributarias anuales

Respecto de estos tres primeros literales cabe hacer presente que la modificación planteada por el proyecto de ley implica un **cambio sustancial del sistema de multas establecido en la Ley 18.902**, toda vez que en la actualidad las multas se establecen en base a criterios diferenciados por categorías de incumplimientos. Además, los tramos fijados por la normativa vigente son menores de manera tal de que se controla la discrecionalidad del ente administrativo al momento de evaluar la determinación del monto de la multa. Ello muta –con el cambio legislativo planteado– para dar lugar a un modelo sancionatorio que confiere la mayor amplitud posible al ente sancionador, autorizando con ello la discrecionalidad de la Superintendencia, sin establecer criterios de graduación, lo que se aleja de criterios asentados a este respecto por nuestro Tribunal Constitucional. Nuevamente, bajo una apariencia virtual de certidumbre –al denominar infracciones leves, graves y gravísimas sin reparar en la adecuada especificación de las conductas– se encubre un modelo punitivo que entrega a la amplia discreción –y posible arbitrariedad– del Administrador la determinación de la conducta que se debe sancionar y la cuantía de la misma<sup>11</sup>.

Por último en la letra d) del artículo en cuestión se establecen multas diferenciadas para el caso de incumplimiento del programa de desarrollo a que se refiere el artículo 14 del DFL N° 382, del Ministerio de Obras Públicas, estipulándose las siguientes multas: (1) De una a mil unidades tributarias anuales, por incumplimientos que signifiquen hasta 3% de lo comprometido en el programa de desarrollo; (2) De mil a cinco mil unidades tributarias anuales, por incumplimientos que signifiquen entre el tres coma uno y el diez por ciento de lo comprometido en el programa de desarrollo; (3) De cinco mil a diez mil unidades tributarias anuales, por incumplimientos que signifiquen desde el diez coma uno por ciento de lo comprometido en el programa de desarrollo.

En este sentido, cabe destacar el alto nivel de cumplimiento de las empresas sanitarias respecto de sus planes de desarrollo. Es más los casos de incumplimiento que se han presentado en los últimos años se refieren a situaciones excepcionales que las empresas no han podido prever, ello por cuanto responden a casos fortuitos o fuerza mayor. De manera tal, que establecer este tipo de multas con un afán disuasivo no obedece a la realidad del sector donde el nivel de cumplimiento de la industria sanitaria es elevado.

Con todo, el aumento de las multas y el amplio tramo que se contempla para cada una de ellas viene a otorgar facultades a la Superintendencia exorbitantes dotándola de un amplio margen de discrecionalidad al momento de determinar la sanción imponer, lo que sin duda deviene en arbitrariedades.

---

<sup>11</sup> Véase en este sentido a modo meramente ilustrativo el reciente fallo emitido por la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica, dentro del marco del procedimiento caratulado como “*Gutierrez-Brizuela v. Lynch*”, y en virtud del cual se ratifica el principio de que ante la ambigüedad de una norma, no compete a la administración suplir la misma, sino que dicho proceso debe quedar entregado de manera exclusiva al legislador o a los Tribunales de Justicia.

#### IV. ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA PROMULGACIÓN DE NORMAS INCONSTITUCIONALES.-

Las profundas modificaciones que el proyecto de ley introduce al sistema regulatorio de los servicios públicos sanitarios suponen un radical cambio en las reglas preestablecidas que dan forma al desarrollo del mercado sanitario y definen como se desenvuelven las empresas sanitarias que operan en nuestro país. De allí que resulte evidente que las modificaciones que se comentan, tienen el potencial de inferir un severo daño a las empresas incumbentes del mercado sanitario. En este sentido, dada la entidad de las modificaciones que pretende introducir el Congreso, no sólo se trata de una regulación de aspectos meramente tangenciales del mercado sino que asimismo importa un *cambio esencial* a la forma cómo ha operado el sistema de provisión de servicios públicos sanitarios hasta nuestros días.

Por ello, en caso de aprobarse el proyecto de ley en sus actuales términos, se afectarán gravemente diversas garantías que la Constitución Política de la República de nuestro país asegura a los ciudadanos, generando con ello no sólo un grave perjuicio a las empresas sanitarias, sino que adicionalmente, poniendo en grave riesgo la provisión de un servicio público cuyo adecuado funcionamiento es de trascendental importancia.

Producto de ello, corresponde ahora analizar la procedencia de acciones de responsabilidad en contra del Estado, **las cuales habrán de buscar se indemnicen los perjuicios ocasionados con ocasión de la modificación del entorno regulatorio de un determinado servicio público, mediante la dictación de normas inconstitucionales.**

##### A. MARCO REGULATORIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.-

La Responsabilidad del Estado constituye uno de los más elementales principios de un régimen de Estado de Derecho. Encuentra su fuente en los artículos 6° inciso final y 7° inciso final de la Constitución Política de la República y en virtud de él todos los poderes del Estado deben sujetar sus actuaciones a Derecho, respondiendo asimismo por los perjuicios que ocasionen en el ejercicio de sus funciones.

En dicho sentido, la responsabilidad del Estado constituye uno de los aspectos centrales que configuran la *garantía patrimonial* de la cual gozan los particulares frente a actuaciones estatales que pudieran provocarles daños. Dicha garantía se traduce en el derecho de los particulares de mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las privaciones de que éste puede ser objeto por parte de los poderes públicos.



Al respecto, cabe hacer presente que dicha *garantía patrimonial* encuentra su consagración constitucional en el artículo 19 N° 24 inciso tercero de nuestra Carta Fundamental, en cuanto en él se establece que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre el que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio. Así las cosas, la responsabilidad del Estado no es más que una consecuencia jurídica, de la cual nace la obligación de indemnizar al particular por la afectación de su patrimonio con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial perdido.

Con todo, cabe desde ya hacer presente que no todas las privaciones de bienes o derechos engendran la obligación de indemnizar a cargo del Estado, sino que éstas son indemnizables en la medida que dicha privación genere gravámenes especialmente intensos, únicos y excesivos para los particulares, rompiendo con ello el respeto al principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas y de confianza legítima, éste último, esencial a la hora de analizar las relaciones del Estado con el particular<sup>12</sup>. Por ello, desde ya adelantamos que estimamos legítimo el nacimiento de la obligación de indemnizar en aquellos casos en que mediante la regulación –en este caso del mercado sanitario– el Estado priva al titular de un derecho (como en la especie, lo es el derecho de propiedad) de la esencia que lo caracteriza.

Ahora bien, cabe hacer presente que esta *garantía patrimonial* cubre al patrimonio frente a privaciones realizadas por cualquiera de los poderes públicos, **dentro de los cuales se encuentra comprendido el Poder Legislativo**.

En relación con ello, cabe hacer presente que el **artículo 19 N° 24** de la Constitución en su inciso segundo señala que sólo la ley puede establecer respecto a la propiedad “las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. Luego, en el inciso tercero establece que “(...) Nadie puede, en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación”, en cuyo caso siempre se tendrá derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado por la privación del derecho de su propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, independiente de cuál sea el poder público que ocasione el daño.

---

<sup>12</sup> “En todo caso el deber de indemnizar que asume el Estado encuentra básicamente su fundamentos normativo constitucional en los preceptos que lo constriñen a actuar de acuerdo a las exigencias del bien común (artículo 1), dentro del marco de la Constitución y las leyes, a riesgo de enfrentar las responsabilidades y sanciones legales (artículos 6 y 7), que le prohíben incurrir en lo que la Carta Fundamental denomina discriminaciones arbitrarias (artículo 19 N° 2°, 3°, 17°, 20° y 22°); que consagran y aseguran a todas las personas el derecho a la acción (artículo 19 N° 3 y artículo 73 inciso 2°); que establecen el principio de inexcusabilidad judicial (artículo 73 inciso 2°); que reconocen el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad (artículo 19 N° 23° y 24°); y que le prohíben afectar la esencia de los derechos (art. 19 N° 26°)”. En: Salvador Mohor Abuaud, “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, Revista Chilena de Derecho Vol. 16 1989, p. 290.

Asimismo, el **artículo 45** de la Constitución, establece que “también darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño”.

Interesante resulta constatar que esta última norma se encuentra a propósito de la regulación que nuestra Constitución efectúa de los denominados *estados de excepción*, donde se faculta al Presidente de la República a establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad en casos particularmente excepcionales. Producto de ello, resulta correcto sostener que **si el derecho a indemnización se establece incluso cuando nos encontremos en situaciones de excepción, con mayor razón dicho derecho se encuentra reconocido cuando las privaciones se realizan en estado de normalidad constitucional**<sup>13</sup>, y en donde en las primeras “(...) la indemnización se fundamenta en que se trata de medidas que, si bien se encuentran habilitadas constitucionalmente, intervienen en el contenido protegido del derecho de propiedad legalmente delimitado; a diferencia de lo que sucede con las limitaciones en virtud de la función social de la propiedad, que no intervienen dicho contenido, sino que lo definen”<sup>14</sup>.

Ahora bien, el **artículo 19 N° 26** consagra adicionalmente dos principios de la mayor relevancia para la materia: el de *seguridad jurídica* y el de *prohibición de afectación de derechos fundamentales en su esencia*. En este sentido, la Constitución ampara “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella la autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Al respecto, conviene tener presente que de acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional (“TC”) el derecho es afectado en su esencia “cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide el “libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”<sup>15</sup>. Asimismo, cabe destacar

---

<sup>13</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 245 del 2 de diciembre de 1996, considerando 39, donde señala “Que, por lo expuesto anteriormente, este tribunal destaca que si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño”.

<sup>14</sup> Aldunate Lizana, Eduardo, “Derechos Fundamentales”, Editorial Libromar, 2008, p. 189

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 43, de fecha 24 de febrero de 1987, Considerando 21°.

que el mencionado artículo constituye una de las bases fundamentales del principio de confianza legítima que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, el artículo 19 N° 20 de la Constitución asegura “la igual repartición de las demás cargas públicas”. De manera tal, que cuando existe un quiebre de esta igualdad que genera un perjuicio patrimonial que supera las cargas normales a que están sujetos las personas por el hecho de vivir en sociedad se genera la obligación de indemnizar, sin importar el ente público que origina el daño. **Para determinar si existe o no un quiebre en la igualdad ante las cargas públicas es necesario aplicar el test de proporcionalidad** utilizado por el Tribunal Constitucional, cuestión que será analizada más adelante.

De esta forma, a través de la interpretación armónica y sistemática de la Constitución, no cabe sino concluir que **el legislador también se encuentra sujeto al principio de responsabilidad** en virtud del cual debe el Estado indemnizar los perjuicios ocasionados por la dictación de leyes que dañen las garantías antes indicadas. En este sentido, la ley es uno de los elementos esenciales y determinantes para plantear la Responsabilidad del Estado Legislador. Es decir, el **daño y la consecuente responsabilidad emanan directamente de la dictación de una ley vigente.**

Es por ello que la doctrina define la responsabilidad del Estado legislador como “una responsabilidad del Estado institucional, extracontractual, que proviene de la dictación de una ley y que se genera en casos en que la víctima no está obligada a soportar el daño causado”<sup>16</sup>.

Así, “en Chile, al consagrarse la igualdad ante las cargas públicas y el principio de la no discriminación arbitraria, conjuntamente con el principio de la legalidad de la actuación de los órganos públicos, el del derecho constitucional a la acción y el de la inexcusabilidad de los tribunales, se ha consagrado plenamente la responsabilidad del Estado legislador. Como es la ley la que establece las limitaciones al dominio, la responsabilidad de indemnizar por el sacrificio especial que puedan imponer las mismas, es responsabilidad del Estado legislador”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Leslie Canoni Mandujano; Pablo Corvalán Durán, “La Responsabilidad del Estado Legislador”, Legal Publishing, Santiago, 2012, p. 21.

<sup>17</sup> José Joaquín Ugarte Godoy, “Limitaciones al dominio. De las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización”, Revista Chilena de Derecho Vol. 28, No. 2, 2001, p.434

**B. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR EN RELACIÓN CON EL PROYECTO DE LEY QUE PRETENDE MODIFICAR LAS NORMAS QUE HASTA EL DÍA DE HOY REGULAN LOS SERVICIOS SANITARIOS.-**

El proyecto de ley que *“modifica la legislación aplicable a los servicios sanitarios, en materia de servicios no regulados, de fijación tarifaria y de cumplimiento de planes de desarrollo por parte de los prestadores”*, viene a establecer una serie de reglas que imponen cargas a las empresas que prestan servicios sanitarios, las cuales parecen del todo desproporcionadas y arbitrarias, afectando con ello la garantía de igualdad ante las cargas públicas y la confianza del particular depositada en el Estado en orden a que su actividad económica se pueda desarrollar bajo el marco amparado por el ordenamiento jurídico vigente.

Así las cosas, para evaluar correctamente la procedencia de la pretensión indemnizatoria contra el Estado es menester analizar los elementos que configuran la responsabilidad del Estado legislador.

Como ya se señaló anteriormente, el **primer elemento** lo constituye la dictación de una ley, **la cual se debe encontrar vigente**. De esta manera, haciendo un paralelo con la responsabilidad civil, nos encontramos ante uno de los elementos fundantes de la responsabilidad, que se refiere precisamente a la actuación del Legislador que se materializa en una ley. Al respecto, cabe señalar que para los efectos de generar responsabilidad, *“lo relevante es que la ley esté vigente al momento de causar el daño; por eso, no cabe la responsabilidad del Estado legislador por proyectos de ley ni por leyes que tengan plazos de vacancia”*<sup>18</sup>.

Dicho esto, cabe recordar que se debe tratar de una ley que no esté sujeta a un plazo de vacancia y que asimismo no regule las compensaciones necesarias a efectos de restablecer el equilibrio económico.

El **segundo elemento** dice relación con el daño sufrido por el particular, el cual debe ser cierto y real<sup>19</sup>. Cabe destacar ciertas normas del proyecto de ley que son en especial atentatorias a los recién mencionados principios, y que perfilan el daño indemnizable en la especie.

Así, resultan especialmente relevantes aquellas normas que modifican el sistema de tarificación vigente, alterando los parámetros en virtud de los cuales la actividad sanitaria regula y fija sus tarifas en la actualidad. Dicha modificación, genera un grave perjuicio en la medida que incide en los ingresos y utilidades

---

<sup>18</sup> Leslie Canoni Mandujano; Pablo Corvalán Durán, Op. cit., p.25

<sup>19</sup> Cabe hacer presente que la única sentencia que hay sobre la materia rechaza la demanda interpuesta habida cuenta de que no se acreditó el daño producido por la dictación de la ley pertinente no obstante el Tribunal reconocer la responsabilidad del Estado solicitada. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° N° 7.650-2005.

de las empresas sanitarias, como asimismo afecta severamente el costo de acceder a financiamiento para la operación de la industria. Lo mismo puede decirse de las normas que vienen a modificar el sistema vigente de regulación de *servicios no regulados*, tanto en cuanto descuentan a favor de la tarifa final el 50% de las utilidades que perciba el prestador por los servicios no regulados, como en cuanto modifica la modalidad como las empresas sanitarias habrán de configurar la forma en que prestaran los servicios no regulados.

Otra norma especialmente perjudicial, dice relación con aquella que incorpora de pleno derecho cualquier territorio urbano adyacente –en la medida que se trate de viviendas sociales– a los territorios operacionales de las sanitarias, sin que sea necesario un estudio de factibilidad técnica o financiera. Lo mismo ocurre con aquellas modificaciones que inciden en los cobros y compensaciones que el prestador debe solventar en casos de suspensiones o interrupciones en la prestación del servicio, toda vez que dichas compensaciones se calcularan de acuerdo a una base fija, que corresponde al equivalente de cinco días de consumo normal.

El **tercer elemento** necesario para que sea procedente la indemnización corresponde a la existencia de una relación de causalidad entre la dictación de la ley y el daño producido, en este sentido, el daño debe verificarse como consecuencia directa de la sola entrada en vigencia del proyecto de ley de servicios sanitarios, es decir la sola ley debe ser apta y suficiente para producir el daño anteriormente descrito.

Por último, debe concurrir un **cuarto elemento** de imputación –en la especie es el elemento respecto del cual existe mayor controversia– que dice relación con “la justificación jurídica que acredita que la víctima no está obligada a soportar ese daño”<sup>20</sup>. Sobre este elemento, nos pronunciaremos a continuación.

### **C. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.-**

Como ya se anticipó, para efectos de analizar la concurrencia de una hipótesis de responsabilidad del Estado Legislador, es necesario encontrar cual sería la justificación jurídica en virtud de la cual los particulares afectados por la legislación aprobada por el Congreso de la República –en tanto les provoca un daño desproporcionadamente excepcional e intenso– no se encontrarían obligados a soportarlo sin posibilidad de que les sea indemnizado.

Para ello, en relación con el tema sobre el cual se ha solicitado nuestro pronunciamiento, corresponde evaluar, en primer lugar, **cuál es la naturaleza de la regulación objeto del proyecto de ley.**

---

<sup>20</sup> Leslie Canoni Mandujano, Op. cit., p.146

En este sentido, de la detenida lectura del mismo, queda en evidencia que éste modifica de manera sustancial aquellas normas que permitían proyectar los retornos de la inversión que los particulares efectuaron al momento de decidir participar en el mercado sanitario. Así, **al establecer el proyecto de ley una forma distinta de fijar la tasa de retorno de capital (artículo 1 N° 1 del proyecto de ley), eliminar el piso de rentabilidad asegurada a los incumbentes (artículo 1 N° 1 del proyecto de ley), modificar los criterios con los cuales se tratan los servicios no regulados (artículo 1 N° 2 del proyecto de ley), incorporar –sin previo informe de factibilidad– cualquier territorio urbano adyacente cuando se trate de viviendas sociales (artículo 1 N° 2 del proyecto de ley), entre otros cambios, se está modificando de manera completa el marco regulatorio aplicable al mercado sanitario, afectando con ello de manera grave el sistema de determinación de costos y retornos de inversión vigentes hasta nuestros días.**

**Lo anterior, constituye una cuestión del todo expropiatoria, habida cuenta de que produce una privación y cercenamiento de la propiedad de las mismas obligándolas a soportar un *sacrificio especial* en virtud del cual se afectan de manera esencial los derechos que se pasaran a desarrollar en el presente informe.**

Es importante desde ya tener presente, como apunta la doctrina autorizada sobre la materia, que “las regulaciones o restricciones así promovidas, no pueden afectar la esencia del derecho de propiedad, ni la esencia de sus atributos o facultades esenciales”<sup>21</sup>.

Ahora bien, cabe hacer presente que aún cuando en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política se permiten limitaciones o restricciones al dominio en razón de la “función social” de la propiedad, estas “(...) tienen siempre carácter general: afectan necesariamente a todos los propietarios cuyos bienes están en determinadas condiciones”<sup>22</sup>. De esta manera, las meras restricciones o limitaciones del dominio en razón de su función social no otorgarían derecho a indemnización, **por tratarse de una carga general** a la cual se ve sujeta el titular del derecho de dominio. Por ello, “la generalidad es definitoria de la restricción. **La limitación que se impone singularmente no es restricción**”<sup>23</sup>, sino que pasa a ser privación. Así, “al imponer regulaciones o restricciones por causa de la función social, el legislador debe observar en particular dos requisitos:

---

<sup>21</sup> Arturo Fernandois Vohringer, “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: Hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, Sentencias Destacadas, 2004, p. 36

<sup>22</sup> José Joaquín Ugarte Godoy, Op. cit., p. 426

<sup>23</sup> José Roberto Dromi, “Derecho Administrativo económico”, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 344

- i. La igualdad en la imposición de cargas, puesto que resultaría atentatorio contra el N° 20, una distribución desigualitaria de las obligaciones o limitaciones que se cargan a la propiedad; y
- ii. La intangibilidad de la esencia del derecho, esto es, que la restricción legislativa así impuesta no puede llegar a transformar el derecho de propiedad o cualquiera de sus atributos o facultades, en otra clase de poder jurídico, irreconocible como una propiedad”<sup>24</sup>.

Por tanto, como ocurre en el proyecto de ley analizado, si con ocasión de la regulación establecida por el legislador se imponen a los particulares cargas que importan un sacrificio especial para estos nace la obligación de indemnizarlo. Lo mismo ocurre si el legislador limita o afecta el derecho en su esencia. Así las cosas, pasaremos a analizar a continuación los factores de imputación aplicables en la especie.

#### **C.1) El sacrificio especial impuesto por el Estado al particular como factor de imputación de responsabilidad:**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Tribunales de nuestro país, se encuentran contestes en el hecho de que a partir de actuaciones del Estado, sean estas materiales o jurídicas, se “puede ocasionar daño al patrimonio y persona de los administrados. Los casos en que la actuación lícita ocasiona un daño, por regla general se identifican con situaciones de expropiación de un derecho, regidos en tal sentido por las normas del art. 19 N° 24 CPR y por el DL N° 2186 de 1978 sobre procedimiento de expropiaciones. El fundamento de dicha clase de responsabilidad se encuentra en la teoría del sacrificio especial”<sup>25</sup>.

En consecuencia, para que surja el derecho a la indemnización es necesario que nos encontremos ante un sacrificio de dicha naturaleza, cuestión que encuentra el fundamento de su consagración en el respeto al **principio de igualdad ante las cargas públicas**<sup>26</sup> y en el **principio de igualdad ante la ley**. De manera tal, que

---

<sup>24</sup> Arturo, Fernandois Vohringer Op. Cit., p. 36-37

<sup>25</sup> Jorge Bermúdez Soto, “La responsabilidad extracontractual de la administración del estado por falta de servicio y por el daño ambiental”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 2002, p.253.

<sup>26</sup> El Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 1254 de fecha 29 de junio de 2009, ha entendido por cargas públicas como “todas las prestaciones de carácter personal y todas la obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos queridos por el legislador”.

mediante la indemnización de los daños provocados por actuaciones lícitas del Estado, se busca restablecer el equilibrio patrimonial perdido ante la limitación del mismo por la sujeción del particular a cargas especiales en beneficio de terceros.

Concordante con ello, el jurista alemán OTTO MAYER señala que:

**“(...) en la relación del Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas, sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen: por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a afectar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la “generalización” del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad”<sup>27</sup>.**

En relación con ello, en palabras del profesor MOHOR, cabe destacar que:

“toda carga pública es una limitación a los derechos de las personas, puesto que, de alguna manera, los compromete en su existencia, extensión, o modalidad de ejercicio. A su vez, toda limitación, en cuanto impuesta unilateralmente por el Estado, en razón de una finalidad superior de bien público, configura una carga pública”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Otto Mayer, *“Derecho Administrativo Alemán”* Tomo III, Parte especial, 1951, p. 217

<sup>28</sup> Salvador Mohor Abuaud, *“Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 16 1989, p. 284.



De esta forma, no cabe dudas que por el hecho de vivir en sociedad y atendido el carácter público del servicio prestado, es que el Estado puede imponer cargas a los particulares. Sin perjuicio de ello, y teniendo en especial consideración que las cargas impuestas **sólo afectan a aquellos particulares prestadores de servicios públicos sanitarios** –en beneficio de la comunidad toda– para determinar si existe una transgresión constitucional o no, **debe analizarse si las cargas impuestas por el Estado** –en este caso, a través de la modificación de las normas esenciales que regulan la prestación de dicho servicio– **resultan proporcionadas**.

Para evaluar dicha circunstancia, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que lo que corresponde es aplicar el denominado el *test de proporcionalidad*, a partir del cual se analiza lo equitativo o adecuado de una determinada norma. La aplicación de dicho test que consiste fundamentalmente en la revisión de tres elementos fundamentales: (1) la **idoneidad** del medio elegido; (2) la necesidad del mismo; y, (3) el **análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto**.

Así, la revisión del primero de estos elementos –es decir, el **principio de idoneidad**– supone el análisis “(...) *de que el medio elegido (en este caso, la regulación legislativa) ha de ser apto para contribuir al fin perseguido*”<sup>29</sup>.

En la especie, resulta manifiesto que dicho principio no se cumple. Recordemos que la propia moción que da origen al proyecto, expresa que éste pretende “*perfeccionar la regulación sanitaria*” cuestión que no se logra con las normas en estudio por parte del Congreso. Es más, al analizar cada una de éstas, resulta fácil advertir que **ellas ponen en serio riesgo la provisión del servicio público sanitario que pretenden regular, habida cuenta de la seria amenaza que sufre el sistema de determinación de tarifas vigente en la actualidad**, el que permite que las empresas que hoy operan en el mercado, no sólo se financien, sino que asimismo, puedan proyectar nuevas y mejores inversiones que hagan sustentable el servicio.

En relación con lo expuesto, valga recordar que el actual modelo de regulación tarifaria fue diseñado con el objetivo de asegurar que un hipotético prestador del servicio sanitario, eficiente, y que optimiza su operación, pueda cubrir la rentabilidad de capital que la operación le demanda y sus costos, fijando la regulación vigente al día de hoy un mínimo de 7% anual garantizado como retorno de capital.

Este sistema de tarificación –denominado como de “*empresa modelo*”– ha demostrado ser particularmente eficiente en nuestro país, permitiendo que las empresas incumbentes hoy se autofinancien de manera adecuada.

---

<sup>29</sup> Eduardo Aldunate Lizana, Op. Cit., p. 220.

En ese sentido, el proyecto de ley modifica de modo sustancial las normas que permiten a los prestadores autofinanciarse desde el momento en que introduce una norma que busca reducir la tasa de retorno al capital que el modelo de tarificación actual consagra para la “empresa modelo”. Además, el proyecto de ley rebaja el rango del premio por riesgo de la tasa de costo de capital vigente a la fecha desde un 3%-3,5% a un 1%-1,5% (artículo 1 N° 1). Como se advierte, ambos elementos que se introducen son centrales en la forma como hoy financian sus operaciones las empresas sanitarias de nuestro mercado, poniendo en serio riesgo sus operaciones.

De esta manera, dado el riesgo creado –y el eventual daño producido una vez que el proyecto de ley se encuentre vigente– la regulación legislativa no contribuirá al fin perseguido con su dictación –en la especie, el mejoramiento del sistema sanitario–, sino por el contrario, producirá deficiencias en el funcionamiento de éste, provocando desfinanciamiento en las empresas sanitarias, y poniendo en grave riesgo a partir de ello el acceso de la población a un servicio otorgado hasta el día de hoy de manera eficiente.

El segundo elemento del test de proporcionalidad que se analiza es el denominado ***principio de necesidad***. Este se refiere a la relación que debe existir entre los medios empleados y los fines que se persiguen, de manera tal que “una medida legislativa no es necesaria si el mismo fin perseguido con ella pudo haberse logrado a través de una alternativa menos gravosa”<sup>30</sup>.

Resulta a todas luces evidente la falta de concurrencia de éste elemento, toda vez que la nueva normativa no introduce mecanismos más eficientes y aptos que los que actualmente contempla nuestra legislación para lograr un mejoramiento en la prestación del servicio sanitario. Por el contrario, como se adelantó, el mercado ya funciona correctamente., y la normativa actual contiene las medidas necesarias para lograr el fin cometido por la norma.

Por último, la ***proporcionalidad en sentido estricto*** tiene por objeto “establecer, en concreto, si el grado en que se afecta un derecho fundamental se encuentra justificado por el fin perseguido (...) En nuestra Constitución existen diversos puntos de apoyo para sostener la consagración normativa del principio de proporcionalidad. En primer lugar, la definición del Estado al servicio de la persona, lo que implica un principio general de limitación

---

<sup>30</sup> Eduardo Aldunate Lizana, Op. Cit. p. 221

para las cargas que las autoridades puedan imponer a los particulares”<sup>31</sup>. En este sentido, y como se explicará a propósito de cómo el proyecto de ley infringe el derecho de propiedad asegurado a los particulares, es insoslayable que la privación de este no se justifica por los fines perseguidos con la regulación que se pretende, motivo por el cual el proyecto de ley deviene en inconstitucional.

Ello, habida cuenta que cómo ya se ha señalado, el proyecto de ley amenaza el actual modelo de funcionamiento del mercado sanitario, el cual ha probado ser eficiente –con tasas cercanas al 100% de cobertura de la población en cuanto a agua potable y alcantarillado– y sustentable –dada el autofinanciamiento de las empresas prestadoras del servicio.

Así las cosas, al no reunir los requisitos necesarios evaluados a través del **test de proporcionalidad**, la **carga pública deviene en una medida arbitraria, injusta y sin sustento constitucional**. Es a partir de ello que podemos hablar de la existencia de un **sacrificio especial** que le es impuesto a las empresas sanitarias que soportaran de manera exclusiva la nueva regulación en discusión, cuestión que genera que el Estado se vea obligado a indemnizar al particular los graves y especiales daños que dicho cambio de regulación irrogaría, ello, aún cuando la dictación de una ley sea –aisladamente– un acto perfectamente lícito.

Lo anterior, ha tenido reconocimiento jurisprudencial expreso en nuestra Corte Suprema, para la cual:

“(…) el fundamento de la obligación de indemnizar (a los particulares, en casos como los que se comenta) debe buscarse entonces en lo que se ha denominado “sacrificio especial”, entendiéndose por tal aquel que es particularmente intenso y grave y, por lo tanto, no exigible al demandado<sup>32</sup>. En este sentido, para que hablemos de desigualdad es requisito esencial que se trate de un “perjuicio especial y suficientemente grave que supere el estándar normal de los sacrificios impuestos por la legislación a los ciudadanos”<sup>33</sup>, luego “para que pueda calificar de sacrificio especial, el daño normativo debe ser especialmente grave e intenso (...) porque se imponen unas cargas singulares que

---

<sup>31</sup> *Ídem*.

<sup>32</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 4700-2003, de fecha 24 de diciembre de 2003.

<sup>33</sup> Juan Alfonso Santa María Pastor, “La teoría de la Responsabilidad del Estado legislador”, Revista de Administración Pública N° 68, 1972, p. 90.

constituyen, por su desproporcionalidad una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas”.

Por tanto, los daños provenientes de la privación de la propiedad “habrán de indemnizarse (...) si con ellas se rompe la igualdad en la distribución de las cargas públicas, cuya mantención es uno de los fundamentos del orden social, como que es uno de los principales objeto de la justicia distributiva”<sup>34</sup>. Dentro de dicho contexto, las cargas impuestas a través de la privación del derecho de propiedad de las empresas sanitarias es manifiestamente grave, pues con las modificaciones introducidas no sólo se afectará el funcionamiento del mercado, sino que se afectará también la rentabilidad y sustentabilidad de las empresas que participan en él, lo que necesariamente traerá como consecuencia el desfinanciamiento de las mismas.

Así por lo demás se ha pronunciado la jurisprudencia de la Excma. **Corte Suprema**, al establecer **que el principio de responsabilidad obliga a todos los órganos del Estado, y que procede la indemnización cuando se afecta el principio de igualdad.**

En efecto, ha señalado nuestra Excma. Corte Suprema que:

“todo daño inferido por un órgano del Estado y que no esté amparado por las normas constitucionales, genera responsabilidad para éste conforme lo preceptúa la Constitución expresamente (artículos 6, 7, 19 N° 24 y 19 N°20) (...) El hecho de quedar sin indemnizar un daño producido por el Estado a una persona que jurídicamente no está obligada a soportar, constituye una violación al principio constitucional de igual repartición de las cargas públicas y de la igualdad ante la ley, al gravar a un particular de manera especial haciéndole soportar una carga en mayor medida que a otros”<sup>35</sup>.

Así las cosas, una ley que impone un sacrificio especial necesariamente genera para el Estado la obligación de indemnizar. Ello, por cuanto, “de este modo se obtiene la repartición de la carga indemnizatoria entre los contribuyentes que en definitiva habrán de recibir los beneficios sociales que reporta este tipo de limitaciones, y se

---

<sup>34</sup> José Joaquín Ugarte Godoy, Op. Cit., p.428

<sup>35</sup> Corte Suprema, Sentencia de fecha 28 de julio de 1987, Hexagon con Fisco.

satisfacen las exigencias de la distribución igualitaria a que se refiere el artículo 19 N°20° inciso 1° de la Constitución (...) Podría decirse que los seleccionados se encuentran en un estado de necesidad, puesto que habrán de experimentar una lesión inminente en aras de un bien jurídico considerado superior, no existiendo una vía alternativa razonablemente eficaz que pueda ser utilizada por la autoridad. El derecho a una indemnización les reconcilia con el interés general.”<sup>36</sup> En este sentido, la indemnización viene a restablecer el equilibrio patrimonial perdido con la imposición de una carga, pues de lo contrario habría enriquecimiento sin causa por parte del Estado. En consecuencia, “la indemnización juega el rol de una efectiva garantía de distribución igualitaria de la carga aunque, naturalmente, por vía de substitución. Al margen del reconocimiento del derecho a indemnización, sólo la distribución igualitaria directa de la carga configura una causal de justificación genérica de la lesión producida”<sup>37</sup>.

**C.2) La vulneración de la *Confianza Legítima* que depositan los particulares en el Estado como factor de imputación de responsabilidad.**

Ahora bien, **con el cambio de régimen regulatorio no sólo se afecta el derecho de propiedad y la garantía de igualdad en las cargas públicas en cuanto se le impone un sacrificio especial al particular, sino que también se afecta el principio de confianza legítima que rige las relaciones entre el Estado y los particulares.**

El principio de confianza legítima es “un principio de origen jurisprudencial europeo que busca resolver situaciones que afectan el ejercicio del derecho de propiedad en el tiempo. Su propósito es ponderar los conflictos y ofrecer una salida respetuosa de los derechos fundamentales frente a bruscos cambios regulatorios”<sup>38</sup>. La doctrina administrativa autorizada sobre la materia ha señalado que, en nuestro sistema jurídico, el principio de confianza legítima se deduce de los principios constitucionales de Estado de Derecho (Arts. 5º, 6º y 7º) y de seguridad jurídica (Art. 19 Nº 26) de nuestra Carta Fundamental<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Salvador Mohor Abuauad, Op. Cit., p. 292.

<sup>37</sup> Mohor Abuauad, Salvador, Op. Cit., p. 293.

<sup>38</sup> Fernando Vohringer, “Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: cuatro teorías constitucionales”, Actas XXXIX Jornadas de Derecho Público, 2013, p.211

<sup>39</sup> Jorge Bermúdez Soto, “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”, Revista de Derecho de la Universidad Austral, v. 18, N° 2, 2005, p.2.

Como desde ya podrá comprenderse, **la actuación de los particulares dentro de un determinado Estado, requiere del comportamiento de otros sujetos de Derecho que, con sus comportamientos y actuaciones, marcan y determinan necesariamente su propio comportamiento**<sup>40</sup>. En dicho sentido, en sus relaciones con el Estado, y por expreso mandato constitucional, los particulares deben contar con herramientas que le permitan hacer frente a sus poderes unilaterales. Una de ellas, es precisamente la protección a la confianza que es asegurada a los ciudadanos o, a lo menos, a la seguridad de que su confianza en la actuación pública no será traicionada.

De esta manera, al decir de autores españoles:

“la confianza legítima se quiebra cuando el legislador introduce cambios normativos que no son razonablemente previsibles, y por su entidad o por su precipitación no pudieron entrar en el cálculo de quienes, habiendo adecuado su conducta económica a una situación jurídica que consideraban estables, se ven de pronto perjudicados por el cambio de criterio del legislador”<sup>41</sup>.

Cabe destacar al respecto, que debido al nivel de eficiencia alcanzado por las empresas sanitarias y teniendo en especial consideración los bajos precios derivados del sistema de fijación tarifaria vigente y el nivel de cobertura que ha asegurado el sistema actual, no resultaba previsible que el legislador planteara una modificación tan relevante al marco regulatorio del sistema sanitario, que en definitiva altera todos los principios fundamentales que rigen la materia en consideración a las características propias del mercado.

Cabe recordar que tanto la cobertura de agua potable y alcantarillado en Chile, a precios razonables para los usuarios, así como la prevalencia de un sistema prácticamente universal de tratamiento de aguas servidas, ha posicionado a nuestro país en niveles comparables y similares de desarrollo en esta materia con los países de mayor grado de progreso del mundo. Dichos niveles de desarrollo, han sido posibles de alcanzar al amparo del modelo vigente de regulación, el cual no sólo ha permitido el autofinanciamiento eficiente de los prestadores de servicios sanitarios, sino que, la prestación de los mismos a tarifas reguladas comparables, y en muchos casos inferiores, a las de países de ingreso similar al nuestro. De ahí que no fuera razonablemente

---

<sup>40</sup> Federico Castillo Blanco, *“La protección de la confianza en el Derecho Administrativo”*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 109.

<sup>41</sup> María de los Ángeles Ahumada Ruiz, *“Responsabilidad Patrimonial del Estado por las leyes Inconstitucionales”*, Revista Española de Derecho Constitucional año 21, N° 62, mayo-agosto 2001, p.310

predecible –una modificación del marco legal que gobierna el sector –de la intensidad y profundidad como la que se observa– estuviera en vista de los legisladores. Dada la entidad de las reformas en discusión en el Congreso, y lo precipitado de su discusión, malamente los particulares –quienes determinaron sus conductas de inversión y desarrollo a un marco regulatorio estable podrían haberla previsto.

En dicho sentido, cobran relevancia las palabras de FERNANDOIS VOEHRINGER cuando afirma que:

“aquí resultan asociados dos conceptos: la confianza legítima como principio constitucional universal y el derecho de propiedad como la garantía constitucional específica que ampararía los derechos del titular. Esta teoría exige entonces indemnización a los afectados en su propiedad cuando un cambio en las reglas del juego les produce daño. La situación que se altera debe ser fruto de un cuadro de confianza creado por actos estatales regulares y conformes a derecho mediante los que se convocó a los particulares a determinadas tareas o funciones. En estas tareas, los particulares comprometieron su patrimonio, y el cambio regulatorio sobreviniente les produce perjuicio”<sup>42</sup>.

### **C.3) El fenómeno de la Regulación Expropiatoria como factor de imputación de responsabilidad del Estado.**

Nuestra Constitución Política de la República –en concordancia con el principio de Responsabilidad y garantía patrimonial– hace indemnizable las limitaciones al dominio cuando ellas impliquen la privación de un atributo o facultad esencial del mismo. Así, **cuando se despoja de contenido y eficacia al derecho de propiedad nace la obligación del Estado de indemnizar**, ello en concordancia con el artículo 19 N° 24 inciso 3° y N° 26 de nuestra Constitución.

En razón de ello, el artículo 19 N° 26 busca “proteger, frente a las posibilidades configuradoras del legislador, los elementos básicos de la respectiva institución (en el caso de las garantías institucionales) o instituto (en el caso de las garantías de instituto) o bien de preservar a los derechos y

---

<sup>42</sup> Fernandois Vohringer, Op. Cit., p.212

libertades no institucionales, pero sometidos a la reserva de ley, de un "vaciamiento" por parte del legislador"<sup>43</sup>.

Dentro de dicho contexto, resulta de vital importancia, en primer lugar realizar una distinción conceptual entre privación y limitación. En palabras de MATUTE:

"la importancia de la distinción debemos desde ya manifestarla, y es que en nuestra opinión, únicamente las privaciones otorgan el derecho al particular afectado a una compensación, las limitaciones, en cambio, por su especial naturaleza y justificación no dan derecho a los ciudadanos a ser indemnizados"<sup>44</sup>.

Así, añade el mismo autor:

"el término limitaciones es comprensivo de cualquier restricción que pueda imponerse al derecho de propiedad, sea que consista en deberes de acción o abstención", dichas limitaciones no son indemnizables, en la medida que no afecten el derecho de propiedad en su esencia y tengan su fundamento en la función social de la propiedad. Por su parte, podemos entender por privación "aquellas intervenciones estatales que despojan al propietario de su bien, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio. Ello exige una compensación efectiva del daño producido, denominada indemnización"<sup>45</sup>.

Ahora bien, para que las modificaciones del estatuto legal vigente se encuentren amparadas y constituyan una mera limitación del derecho de propiedad y no una expropiación del mismo, es necesario cumplir con al menos cuatro requisitos copulativos: (1) La limitación se debe realizar a través de una ley; (2) La limitación debe hacerse en razón de la función social de la propiedad; (3) la limitación no debe afectar el

---

<sup>43</sup> Eduardo Aldunate Lizana, Op. Cit. p. 144

<sup>44</sup> Matute, Claudia, "Expropiaciones Regulatorias, aplicabilidad al caso chileno", Thomson Reuters, 2014, p. 9.

<sup>45</sup> Enrique Petar Rajevic Mosler, "Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada", Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 1, p.46-47.



derecho en su esencia; y, (4) la limitación debe tener un carácter general<sup>46</sup>. La falta de concurrencia de estos requisitos en el proyecto de ley se analizará más adelante, a propósito del derecho de propiedad. Sin perjuicio de ello, desde ya cabe destacar que lo que ocurre en la especie es que por la vía de la regulación en cuestión, se está desfigurando el derecho de propiedad a tal nivel que se afecta la esencia del mismo. Así las cosas, no podrá soslayarse que **la esencia misma de la regulación analizada es expropiatoria**, porque produce privación y cercenamiento de la propiedad de su titular<sup>47</sup>.

De consiguiente, en virtud de la regulación expropiatoria “se plantea que mientras en una expropiación tradicional el Estado priva física y formalmente a un propietario de su dominio, en el caso de una regulación expropiatoria se sostiene que el Estado hace efectiva una expropiación de facto a través de una regulación que reduce o elimina sustancial o completamente el valor de la propiedad”<sup>48</sup>. De manera tal, que al verse regulado el mercado sanitario, eliminando la posibilidad de ejercer la facultad de goce correspondiente, lo que **el Estado en realidad está haciendo es, en los hechos, expropiar dicha facultad, en pos de un supuesto beneficio social – que no es tal–**, por lo que corresponde que el Estado indemnice al dueño de la propiedad afectada.

De idéntica manera se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al señalar que:

“la distinción entre “privar” de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa (...)Sin embargo, si el acto de

---

<sup>46</sup> Dichos requisitos emanan de la relación de las siguientes normas constitucionales: 19 N°24 inciso 2° y 3°, 19 N°20 y 19 N°26.

<sup>47</sup> “Es en este sentido, siguiendo esta influencia, donde ha encontrado gran aceptación y cabida la doctrina de las “regulatory takings”, mediante su reconocimiento expreso en diversos tratados bilaterales de inversión suscritos por Chile. En tales tratados es común encontrar cláusulas de protección al inversionista extranjero frente a expropiaciones indirectas o regulatorias”. Matute, Op. Cit., p. 6.

<sup>48</sup> Claudio Matute, Op. Cit., p. 9.

regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”. Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19 y 20 del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334)”<sup>49</sup>.

**V. SOBRE LOS CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE PRESENTA EL PROYECTO: ANALISIS GENERAL Y PARTICULAR DE TRANSGRESIONES CONSTITUCIONALES EN QUE INCURRE.-**

Las modificaciones regulatorias que el proyecto de ley pretende introducir, todas las cuales suponen un profundo cambio a las “*reglas del juego*” con que operan las empresas sanitarias en nuestro país y en virtud de las cuales éstas determinaron invertir, dejan en evidencia que –de aprobarse las mismas– se afectarán gravemente una serie de garantías que la Constitución de la República de nuestro país asegura a los particulares.

Lo anterior obliga a abordar y revisar la afectación de garantías desde una doble perspectiva de análisis.

Una primera alternativa de análisis, importa analizar cómo el proyecto de ley en actual tramitación ante el Congreso afecta –en su globalidad– garantías constitucionalmente protegidas por nuestro Derecho. Ello, habida cuenta de que dicho proyecto, en sí mismo, supone un cambio profundo –y por qué no decir, dramático– en las condiciones como los particulares se encuentran desarrollando su actividad económica en la actualidad, cuestión que necesariamente tiene consecuencias jurídicas.

---

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 505-2006, considerando 22°.

Por su parte, desde una segunda perspectiva, es menester analizar de manera aislada cada una de las normas contenidas en el proyecto de ley, a fin de evaluar en qué medida cada una de ellas –ahora individualmente consideradas– afectan o no alguna de las garantías consagradas en el artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República.

**A. CAMBIOS RADICALES EN LAS REGLAS DEL FUNCIONAMIENTO DE UN DETERMINADO MERCADO Y GARANTIAS FUNDAMENTALES: CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD DERIVADOS DE UN ANALISIS GENERAL DEL PROYECTO DE LEY.-**

Como se señaló, una primera dimensión o perspectiva de análisis constitucional debe necesariamente abocarse a determinar cómo el proyecto de ley –en su conjunto– afecta determinadas garantías fundamentales.

Dicho análisis es necesario, toda vez que enfrentados a cambios importantes en la forma en que regulatoriamente es concebida una determinada industria, los actores pueden ver severamente afectadas las legítimas expectativas que tenían al momento de decidir desarrollar una determinada actividad económica. Es así que, no puede soslayarse que en mercados como el sanitario –con características de monopolio natural y en consecuencia con altas barreras a la entrada que permitan el ingreso de actores competitivos– el marco regulatorio constituye un importante elemento a considerar por parte de los particulares al momento de determinar sus inversiones. **De la estabilidad y certidumbre de éste, dependerá muchas veces no sólo la capacidad de los agentes económicos de desarrollarse de manera sustentable dentro del mercado, sino que asimismo, la habilidad de estos para efectuar nuevos desarrollos** que les permitan continuar desarrollando la actividad económica de que se trate, en condiciones óptimas y eficientes.

En este sentido, no puede soslayarse que parte de los cambios a partir de los cuales se construye la modificación legal en estudio, dicen relación con la modificación de elementos medulares a la hora de determinar los costos y los ingresos que hacen sostenible la marcha de una compañía sanitaria y la forma como las tarifas de éstas se determinan (en la especie, la reducción desproporcionada de la tasa de retorno al capital que el modelo de tarificación actual otorga a la “empresa modelo” utilizada como referencia con la cual se fijan las tarifas del sector sanitario, la eliminación del 7% como mínimo legal garantizado para la Tasa de Costo de Capital y la modificación de los criterios a partir de los cuales se regulan los denominados servicios no regulados). Por la entidad de dichas modificaciones, **es posible vislumbrar que éstas tendrán un severo impacto en las capacidades operativas de las empresas sanitarias, poniendo en riesgo la provisión de manera sostenida de un sensible servicio público.**

En otras palabras, dado que las modificaciones que viene a instaurar el proyecto de ley indefectiblemente eliminan la rentabilidad del negocio sanitario, afectando los niveles de retorno de la inversión involucrada y el acceso a financiamiento para nuevas inversiones, éste amaga el desarrollo futuro de las empresas sanitarias y sus planes de inversión en infraestructura indispensable para proveer los respectivos servicios. Es más, el proyecto de ley introduce como se ha dicho, cambios esenciales que implican la privación de derechos adquiridos por parte de las empresas que prestan los mencionados servicios.

**A.1) Sobre como el radical cambio de regulación actualmente en discusión atenta de manera grave contra el principio constitucional de confianza legítima.-**

El cambio de régimen regulatorio sometido a análisis afecta gravemente el principio de confianza legítima que rige las relaciones entre el Estado y los particulares, el cual, como ya se señaló, se desprende de los principios constitucionales de Estado de Derecho (Arts. 5º, 6º y 7º) y de seguridad jurídica (Art. 19 Nº 26) de nuestra Carta Fundamental<sup>50</sup> y supone, como adecuadamente ha puntualizado el Tribunal Constitucional, el mantener una estabilidad razonable de las situaciones jurídicas.

Así, se ha señalado por la mencionada magistratura que:

“(…) siguiendo la doctrina del profesor Franck Moderne, ha puntualizado que “la seguridad jurídica, como principio general del derecho público implica en lo esencial, dos grandes aspectos: una estabilidad razonable de las situaciones jurídicas y un acceso correcto al derecho”<sup>51</sup>.

No podemos olvidar que quienes participan en el mercado y adquirieron los derechos sobre las concesiones sanitarias lo hicieron teniendo en especial consideración las características y las condiciones que configuraban el sistema normativo vigente. Lo mismo hicieron los inversionistas que adquirieron participaciones sociales en las respectivas empresas sanitarias así como quienes han provisto a lo largo de los años el financiamiento necesario para la realización de elevadas inversiones en infraestructura sanitaria en nuestro país.

---

<sup>50</sup> Jorge Bermúdez Soto, “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”, Revista de Derecho de la Universidad Austral, v. 18, Nº 2, 2005, p.2.

<sup>51</sup> Enrique Navarro Beltrán, “La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia”, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016, p.188, citando sentencia del Tribunal Constitucional rol 1144, considerando 53.

De allí que la “estabilidad de las situaciones jurídicas” como lo ha definido nuestro Tribunal Constitucional no es baladí. Los agentes económicos han actuado en “la certeza de incorporarse a un régimen legalmente establecido que contemplaba precisamente esas condiciones. No se incorporaba a una actividad económica reglada por las normas que comúnmente se aplican a ella, sino a una operación especialmente tipificada, con rasgos y caracteres propios que le daban un sistemático tratamiento”<sup>52</sup>. En consecuencia, quienes ingresaron al mercado sanitario e invirtieron en él, lo hicieron en la creencia –apoyada por el Estado y el preciso marco regulatorio definido por éste- de incorporarse a un sistema normativo especialmente tipificado que atendía las características y necesidades propias de la importancia del sistema público en cuestión.

Asimismo, se mantuvieron en el sistema logrando un alto nivel de eficiencia y cobertura, a través de la inversión, asegurando a los usuarios una tarifa prefijada con intervención de la autoridad pública y utilizando la institución de la empresa modelo, para lograr precios competitivos, de manera tal que con la regulación establecida en el proyecto de ley en cuestión se quiebra la confianza legítima, pues incorpora cambios normativos que no resultaban previsibles de manera alguna, y que por lo mismo no entraron en el cálculos de quienes ajustaron su conducta económica a una situación que consideraban estables, atendido los positivos resultados de la regulación vigente<sup>53</sup>.

En dicho contexto cobra especial relevancia lo resuelto por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol 207 de 10 de Febrero de 1995, cuyo considerando *sexagésimo séptimo* estableció que:

“la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho

---

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 207 de 10 de febrero de 1995, considerando cuadragésimo primero. Luego, dicha resolución en el considerando quincuagésimo primero señala “Que de cuanto precedentemente se ha expuesto, se concluye que desde el momento en que los inversionistas en acciones preferidas de la banca endeudada con el Banco Central celebraron sus contratos de adquisición de acciones, aceptando por consiguiente los estatutos respectivos, adquirieron simultáneamente el derecho a que los dividendos de esas acciones podrían llegar a ser capitalizados y transformarse en nuevas acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en los excedentes. De esta manera, ellos actuaron con la certidumbre conferida por la ley y el contrato suscrito de la aplicación de un régimen de normalidad de participación en las inversiones futuras así generadas. Este derecho a emitir su voto en la Junta de Accionistas para dar origen a esa capitalización y efectivamente así aprobarla, se incorporó desde su mismo inicio, a su derecho de dominio sobre los bienes que así estaba adquiriendo, llevando asimismo implícito desde ese propio momento el que esas nuevas inversiones tendrían el régimen de participación normal referido”.

<sup>53</sup> María de los Ángeles Ahumada Ruiz, Op. Cit, p.310

y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones”<sup>54</sup>.

Es a la luz de lo anterior, y al hecho indubitado que el marco normativo vigente ha asegurado un importante nivel de eficiencia de las empresas sanitarias, bajos precios establecidos por medio del sistema de fijación tarifaria contemplado y un elevado nivel de cobertura, que el inconstitucional proyecto objeto de este Informe, resulta incoherente y precipitado, alterando los principios fundamentales que rigen la materia.

**A.2) Sobre como el radical cambio de regulación actualmente en discusión atenta de manera grave contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley y las cargas públicas (Arts. 19 N° 2 y N° 20).-**

**El deber impuesto a los servicios públicos sanitarios pertenece al género de las cargas o gravámenes públicos, es decir, obligaciones impuestas por el Estado para la satisfacción de necesidades públicas.** En este sentido, el artículo 19 N° 20 consagra en nuestro sistema la garantía de *“igual repartición de las cargas públicas”*.

Las *“cargas públicas”* han sido entendidas como:

“todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de

---

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 207, de fecha 10 de febrero de 1995, considerando 67°.

determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”<sup>55</sup>.

Para diferenciarlo definitivamente del concepto de tributo, la doctrina ha señalado que éste último corresponde a:

“una carga que consiste en una prestación, por cuanto implica el traslado o entrega de bienes -generalmente en dinero- al Estado, mientras que cuando el gravamen no signifique el traspaso de bienes, del patrimonio del contribuyente al Estado, entonces, se estará en presencia de una carga pública”<sup>56</sup>.

Suele distinguir la doctrina entre cargas públicas reales y personales y, en ambos casos, la Constitución asegura la igualdad en su repartición entre todos los llamados a soportarlas sin que se incurra en discriminaciones arbitrarias, por lo que la igualdad ante las cargas públicas que estatuye la Carta fundamental, constituye una aplicación del principio general de igualdad ante la ley<sup>57</sup>.

El principio de igualdad ante las cargas públicas, “no es más que una reiteración específicamente referida al ámbito en cuestión de la norma general de la igualdad ante la ley, garante de la isonomía, contenida en el artículo 19 N°2 de la Constitución, y mediante la cual se prohíben aquellas discriminaciones injustas o irracionales”<sup>58</sup>.

En este sentido, cabe recordar que uno de los elementos que componen el concepto de carga pública está dado por el fin perseguido, así éstas deben orientarse al bien común y a la satisfacción de intereses generales. De esta forma ha sido entendido por el **Tribunal Constitucional, el que ha señalado que “la licitud de los fines perseguidos por el legislador no justifica ni puede permitir el empleo de medios gravosos y desproporcionados”**<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Enrique Evans de la Cuadra, “*Los Derechos Constitucionales*”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 285.

<sup>56</sup> Miguel Ángel Fernández González, “*Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria*”, RCHD 27(2000), 2, p. 358.

<sup>57</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 69, Fallo Rol 1254-08-INC.

<sup>58</sup> José Ignacio Núñez Leiva, “*La Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: Un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema chileno*”, Estudios Constitucionales, Año 8, N° , 2010, p. 173

<sup>59</sup> Viviana Ponce de León Solís, “*La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*”, Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N°2, p.852

Es decir la igualdad ante las cargas públicas se traduce en un análisis de proporcionalidad de la carga pública impuesta. Dicho test debe hacerse en conformidad a lo señalado precedentemente, es decir, cumpliendo con los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Así, resulta especialmente atinente a la situación que nos ocupa, constatar que el Tribunal Constitucional para graficar como la proporcionalidad opera de parámetro al evaluar la licitud de las cargas públicas, ha señalado que:

“(…) las cargas públicas pueden estimarse proporcionadas siempre que no importen privación. Esto significa que, por más elevado que sea el grado de satisfacción de otros derechos o bienes constitucionales que se alcanza con la imposición de la carga esta ha de considerarse ilícita si conlleva una privación de la propiedad del sujeto gravado”<sup>60</sup>.

Al no reunir los requisitos necesarios de proporcionalidad, la carga pública deviene en una medida arbitraria, injusta y sin sustento constitucional. Es a partir de estos tipos de casos, que la doctrina elabora la llamada *teoría del sacrificio especial* ya abordada en un acápite precedente de este Informe, según la cual el Estado se vera obligado a indemnizar al particular cuando en la comisión de un acto lícito (como puede ser la dictación de una ley) se produzca un grave y especial daño. Dicha teoría ha tenido reconocimiento jurisprudencial expreso en nuestra Corte Suprema, para la cual “el fundamento de la obligación de indemnizar debe buscarse entonces en lo que se ha denominado “sacrificio especial”, entendiéndose por tal aquel que es particularmente intenso y grave y, por lo tanto, no exigible al particular”<sup>61</sup>.

Así, el proyecto de ley incurre en un vicio de inconstitucionalidad al romper el principio de igualdad ante las cargas públicas, toda vez que obligaría a los particulares que ejecutan la actividad económica regulada por el proyecto a incurrir en un “sacrificio especial” en virtud del cual estos habrán de soportar la realización de una actividad regulada, en términos extraordinariamente gravosos. El proyecto de ley impone unilateralmente exigencias ilegítimas con el supuesto propósito de satisfacer necesidades superiores de bien público, lo que se traduce en limitaciones a los derechos de los agentes económicos que participan de la actividad de provisión y desarrollo de servicios sanitarios, en particular al Derecho de Propiedad.

---

<sup>60</sup> Viviana Ponce de León Solís, Op. Cit., p.866

<sup>61</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 4700, de 24 de diciembre de 2003.



Por lo mismo, sin perjuicio que abordaremos la privación del derecho de propiedad que afecta a las empresas sanitarias en el acápite sobre infracción al derecho de propiedad, cabe consignar desde ya que **no es posible tolerar la afectación de manera injusta y desproporcionada a dicho derecho, pues el correlato constitucional de ello será la necesaria inconstitucionalidad de la normativa en cuestión.**

En este sentido, “(...) justamente, la gran diferencia entre carga patrimonial y expropiación consiste en que la primera obliga al afectado a soportar todo el quantum de afectación que impone la ley. De la misma manera, entonces pueden considerarse otras cargas patrimoniales como podrían ser por ejemplo, las consecuencias económicas desfavorables de una regulación propietorial”<sup>62</sup>. Al tratarse en la especie de una privación del derecho de propiedad, que lo afecta en su esencia, imponiendo cargas desproporcionadas e injustas, forzoso resulta concluir que se trata de una regulación inconstitucional que infringe la igualdad ante las cargas públicas garantizada en el artículo 19 N°20 de nuestra carta fundamental

**A.3) Sobre como el radical cambio de regulación actualmente en discusión atenta de manera grave contra la garantía constitucional de libre incoativa económica (Art. 19 N° 21).-**

El artículo 19 N° 21 inciso 1° de nuestra Carta Fundamental señala que *“la Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”*. Así, mediante esta norma lo que se garantiza que los particulares tengan la posibilidad de desarrollar cualquier actividad económica lícita. Dicha actividad será lícita en la medida que se realice dentro de los límites establecidos por la propia disposición constitucional, esto es, la moral, el orden público y la seguridad nacional.

Así las cosas, es innegable que a pesar de establecer nuestra Constitución una amplia libertad para desarrollar cualquier actividad económica lícita, la parte final del primer inciso del artículo 19 N°21 constituye una habilitación del constituyente para que el legislador regule eventualmente la libertad en cuestión. Por lo mismo, resulta de capital importancia desde un punto de vista de una correcta hermenéutica constitucional vincular el precitado artículo 19 N° 21, con la garantía consagrada en el artículo 19 N°26 del mismo texto fundamental.

---

<sup>62</sup> Claudio Matute, Op. Cit., p. 76, citando al profesor Aldunate Lizana.

En efecto, el referido artículo 19 N°26 garantiza a todas las personas “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Corolario de ello es que **si bien el legislador puede regular y por ende delimitar el libre ejercicio de una actividad económica, no puede con dicho pretexto, afectar el contenido esencial de la libertad.**

En este sentido, el profesor EVANS DE LA CUADRA ha señalado correctamente que:

“(..) pues bien, ‘regular’ una actividad es someterla al imperio de una regimentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado en la economía, el legislador puede llegar hasta **obstaculizar o impedir, a través de facultades excesivas a organismos fiscalizadores**, por ejemplo, la ejecución de actos lícitos amparados por esta garantía constitucional o crear las condiciones para que, de hecho, sea el Estado o la autoridad pública la que termine asumiendo el ejercicio de actividades que, legítimamente, pueden desarrollar los particulares. Una legislación que procure o produzca esos efectos sería abiertamente inconstitucional”<sup>63</sup> (énfasis agregado).

**A.4) Sobre como el radical cambio de regulación actualmente en discusión atenta de manera grave contra la garantía constitucional del derecho de propiedad (Art. 19 N° 24).-**

A la luz de las modificaciones legales que el proyecto de ley busca instaurar, parece indefectible advertir que ellas atentan contra la rentabilidad de la actividad económica propia de la industria de servicios sanitarios, afectando los niveles de retorno de la inversión involucrada. Lo anterior, toda vez que se introducen

---

<sup>63</sup> Sebastián López Magnas, “Libertad de empresa y no discriminación económica doctrina y jurisprudencia del tribunal constitucional”, Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 48, año 2012, p. 72

cambios esenciales en el mercado sanitario que implican la privación del derecho de propiedad del cual gozan dichas empresas. Es por ello que resulta atingente ahora dar paso al análisis en profundidad del amparo del derecho de propiedad desde la óptica de nuestro ordenamiento constitucional.

La Constitución Política de la República en su artículo 19 N°24 asegura el derecho de propiedad en *sus diversas especies* sobre toda clase de *bienes corporales e incorporales*. En este sentido, la Carta Fundamental protege la propiedad tanto sobre bienes corporales como sobre bienes incorporales, protegiéndose por tanto no solo el dominio, sino que también la propiedad de todos los derechos patrimoniales distintos del dominio, es decir, propiedad sobre los derechos (de contenido patrimonial).

Es por cierto innegable que las empresas sanitarias gozan de un derecho de propiedad sobre sus concesiones, y que este derecho tiene un evidente contenido patrimonial. De esta forma, en un primer momento corresponde analizar el derecho afectado en la especie, esto es el derecho de concesión otorgado a las empresas sanitarias para “establecer, construir y explotar servicios públicos, destinados a producir agua potable, distribuir agua potable, recolectar aguas servidas y disponer de aguas servidas”<sup>64</sup>.

En este sentido la facultad para explotar los servicios sanitarios, cobra especial relevancia, toda vez que, dicha facultad se ve afectada en su esencia por la regulación en comento.

En efecto, por “explotar” se entiende “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”<sup>65</sup>, de manera tal que resulta forzoso concluir que se trata de un derecho de contenido netamente patrimonial. Más aún, en virtud del artículo 32 de la Ley General de Servicios Sanitarios es posible transferir el dominio o el derecho de explotación de una concesión, de manera tal que no cabe dudas acerca de su carácter patrimonial.

Ahora bien, de acuerdo a la doctrina es posible distinguir una protección a la propiedad en un sentido subjetivo y otro objetivo.

La **protección a la propiedad en un sentido subjetivo** dice relación con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, que se entiende como protección a la integridad del patrimonio, cuestión analizada a

---

<sup>64</sup> Artículo 8 de la Ley General de Servicios Sanitarios.

<sup>65</sup> Diccionario de la Real Academia Española

propósito de la responsabilidad del Estado y la garantía patrimonial de la cual gozan los particulares frente a la actuación estatal<sup>66</sup>.

Por su parte, la protección a la **propiedad en un sentido objetivo** se identifica con las facultades y atributos esenciales del dominio contemplados en el inciso 3° del artículo 19 N° 24<sup>67</sup> de nuestra Carta Fundamental. Complementa dicha norma el inciso 2° del mismo precepto en cuanto dispone que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. Es decir, la ley puede regular y con ello limitar el derecho de propiedad constriéndolo y determinando su ámbito protectivo, **sin embargo dichas limitaciones no pueden afectar el derecho de propiedad en su esencia** y solo pueden tener su fundamento en la función social de la propiedad, por tanto la supresión de algún atributo o facultad esencial al dominio por parte del legislador, es ilícita constitucionalmente en cuanto toca la esencia del dominio.

De consiguiente el constituyente impone cuatro requisitos distintos a la hora de limitar excepcionalmente el derecho de propiedad: (1) reserva legal; (2) deber de respetar la esencia del derecho; (3) que cualquier limitación sólo debe realizarse en razón de su función social; y (4) obligación que la limitación sea de carácter general<sup>68</sup>.

Veamos entonces si en la especie las normas contenidas en el proyecto de ley Boletín N° 10.795-33 –en actual tramitación– satisfacen estos cuatro requisitos que autorizarían a limitar el derecho de propiedad.

**1) Primer Requisito: Reserva legal de cualquier limitación al derecho de Propiedad.**

En cuanto al primero de los requisitos, esto es, la **reserva legal** no existen mayores dificultades toda vez que la modificación al marco regulatorio vigente se realiza precisamente a través de una ley. Ello, no obstante los problemas que se observan en la tramitación del proyecto pero que no son objeto de este Informe en Derecho de carácter sustancial y no adjetivo.

**2) Segundo Requisito: Cualquier limitación al derecho de Propiedad debe respetar la esencia del derecho.**

---

<sup>66</sup> La garantía patrimonial del estado tiene dos aristas, una que dice relación con la institución de la expropiación y otra que se refiere a la responsabilidad del estado.

<sup>67</sup> El precepto alude a ciertos caracteres que pueden denominarse esenciales al dominio.

<sup>68</sup> Al concordar dicha norma con el artículo 19 N°2, N°20 y N°22, se extrae este requisito adicional.

En segundo lugar, fluye de la norma en cuestión que **cualquier limitación al derecho de propiedad debe respetar la esencia del mismo**. Este requisito está asentado tanto en el artículo 19 N°24 inciso 3° como en el tantas veces citado el artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República. Así, se ha señalado:

“la reiteración en dos preceptos constitucionales distintos de la garantía material en comento no es fútil. La razón que se tuvo a la vista para repetir el principio al tratar el derecho de propiedad fue que **este derecho se encontraba más expuesto a que, por la vía de la regulación se le transgrediese haciéndolo ilusorio**”<sup>69</sup> (énfasis agregado).

En este sentido, en lo que al presente Informe interesa, se afecta el derecho en su esencia cuando éste es privado de alguno de los atributos<sup>70</sup> o facultades esenciales del dominio. Ello, por cuanto la garantía constitucional, está concebida como un mandato al legislador que veda la posibilidad de éste en orden a eliminar o regular el derecho de propiedad de tal forma que afecte el contenido esencial del dominio. La Constitución le ha prohibido al legislador vaciar de contenido el derecho de propiedad, y en caso de intentarlo, el respectivo texto legal deviene ineludiblemente en inconstitucional. “En efecto, si la ley no puede cercenar un derecho más allá de esa esencia, quiere decir: a) que el contenido esencial forma el núcleo irreductible del derecho delimitado pero susceptible de reducirse sólo entre sus confines ordinarios y el contorno de ese núcleo; b) que la ley no puede definir ese núcleo puesto que su carácter irreductible está garantizado por la Constitución; y c) que es preciso buscar la configuración de ese contenido esencial de los derechos en la propia Constitución; o, en su defecto, en el ordenamiento jurídico preexistente, que hubo de servir al constituyente de necesaria referencia; siempre que sus normas sean armónicas con la preceptiva constitucional y efectivamente consagren lo que la Constitución garantiza”<sup>71</sup>.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

---

<sup>69</sup> Claudio Matute, Op. Cit, p. 6.

<sup>70</sup> Son atributos esenciales del dominio su carácter de absoluto, perpetuo y elástico.

<sup>71</sup> Lautaro Ríos Álvarez, “El principio constitucional de la función social de la propiedad, Doctrinas esenciales. Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica, 2010, p. 789

“debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos caso en que el legislador la somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”<sup>72</sup>.

Entonces, ¿Qué es aquello que estimamos le es consustancial al derecho de propiedad?

El tenor literal del artículo 19 N°24 guía la respuesta desde el momento que precisa que las facultades esenciales del dominio corresponden al uso, goce y disposición y por ende son ellas las que debemos escrutar pues “estas facultades devienen en poderes que, al ejercitarse permiten ejecutar y aprovechar en la práctica el objeto del dominio”<sup>73</sup>.

Así, el *uso* consiste en servirse de la cosa según su naturaleza; el *goce* refiere a la facultad que permite al propietario apoderarse o servirse de los frutos y productos que emanan de la cosa sobre la que se ejerce el derecho; en tanto, *la facultad de disposición* tiene una arista material en cuyo caso hablaremos de la facultad que habilita a su dueño a destruir materialmente la cosa, transformándola o degradándola, mientras que en su aspecto jurídico se refiere a la facultad de enajenar la cosa objeto de dominio.

Consecuentemente, son los atributos y facultades esenciales lo que configurar e identifican el derecho de propiedad. Por lo mismo, la Comisión de Estudios Constituyente señaló “hay consenso en el fondo para dejar en claro que la órbita del legislador no puede llegar, en las atribuciones que se le confieren para establecer los modos de adquirir, usar, gozar y disponer, y señalar las limitaciones y obligaciones que pueden imponerse al derecho de propiedad hasta desconocer el derecho mismo o alguno de sus atributos, sea el de uso, goce y posesión, y administración inclusive”<sup>74</sup>.

A pesar de las dificultades que podría traer aparejado el concepto de “contenido esencial” –en cuanto su delimitación corresponde a los Tribunales de Justicia– no hay dudas que dicho contenido al menos se

---

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 24 de febrero de 1987, Rol 43-1987. En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional Rol 200-1994; 226-1995; 541-2016; 2381-2014; 2475-2013; 2643-2014; 2644-2014.

<sup>73</sup> Claudio Matute, Op. Cit., p. 44

<sup>74</sup> Actas oficiales de la Comisión de Estudios Constituyente N° 159.

encuentra comprendido por las facultades esenciales del dominio. Así, “no se debe llegar al equívoco de que el contenido esencial del dominio es puramente flexible y absolutamente indeterminado, ya que, como señaló el comisionado Diez, el dominio cuenta con una faz que se mantiene invariable, que es la correspondiente a la fuente real del derecho. Estas fuentes son los atributos y facultades del dominio”<sup>75</sup>.

De esta forma, corresponde evaluar en qué medida se afecta el derecho de propiedad de las empresas sanitarias a propósito del cambio del marco legal de la actividad, y si dicha afectación constituye una intervención en el derecho de propiedad en sentido estricto, afectando la esencia del derecho.

Como se señaló previamente, las empresas sanitarias gozan de derecho de propiedad sobre las concesiones sanitarias, en virtud de la cual se les otorga, asimismo el derecho a explotar la concesión. Dentro de dicho contexto, en la especie se afecta el derecho de propiedad en su esencia por cuanto la regulación realizada a través del proyecto de ley priva –o restringe severamente- a las empresas sanitarias de la facultad de goce<sup>76</sup>, configuradora del contenido esencial del derecho de propiedad, y que implica el derecho a percibir las ventajas patrimoniales o la utilidad económica proveniente del derecho a explotar la concesión sanitaria. Al privarse de la facultad de goce, la regulación hace desaparecer, el derecho en sí mismo, toda vez que el derecho a explotar la concesión sanitaria carece de contenido si es que no es posible percibir las ventajas patrimoniales derivadas del ejercicio de dicho derecho. De esta manera, “radicando la esencia del dominio en la ventaja patrimonial o utilidad económica de la cosa, es forzoso estimar que, en la especie, aquella ha sido afectada sustancialmente”<sup>77</sup>.

Una modificación legal que implique la privación del goce del derecho de propiedad, consistente en la concesión misma y el derecho a explotar la concesión en los términos previamente establecidos por el propio legislador, manifiestamente afecta el derecho de propiedad en su esencia, desfigurándolo. Ello, ocurre en la especie con las normas contenidas en el proyecto de ley Boletín N° 10.795-33 –en actual tramitación– ya que como se explicitó al comienzo de este Informe, éste contempla la modificación de la tasa de retorno de capital; la reducción drástica de la rentabilidad de la empresa modelo (eliminándose el umbral mínimo del 7%); la

---

<sup>75</sup> Claudio Matute, Op. Cit, p. 6.

<sup>76</sup> “las transmisiones de cualquiera de las estaciones de radiodifusión, televisión, es un derecho de goce, que se encuentra amparado por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, el asegurarse el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre cosas corporales o incorporales. En efecto, el derecho de goce aludido, queda comprendido en que aquellos asegurados por la norma constitucional, toda vez que, conforme con lo dispuesto en el artículo 583 del Código Civil sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 29 de noviembre de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 15 de diciembre de 1993, Rol N° 24.244.

<sup>77</sup> Voto de minoría de ministros Bertelsen, Vodanovic y Venegas en sentencia del Tribunal Constitucional, en causa Rol N° 505-06.

modificación de los criterios en servicios no regulados; la modificación de la composición del panel de expertos que debe resolver las discrepancias de los costos de la empresa modelo; la obligación de incorporar de pleno derecho a cualquier territorio urbano adyacente a los actuales territorios operacionales cuando se trate de viviendas sociales; la nueva facultad otorgada a la Superintendencia de Servicios Sanitarios para unilateralmente modificar los planes de desarrollo, junto con la incorporación de multas para el caso de incumplimiento de dicho plan impuesto; y la implementación de un nuevo sistema de cobros, multas y compensaciones, desproporcionado e impreciso que no se aviene con los estándares de certeza, proporcionalidad y legalidad propios del ejercicio de potestades administrativas sancionadoras.

No se puede soslayar que mediante la modificación pretendida por el proyecto de ley, se hace inviable para las empresas sanitarias el negocio en cuestión, siendo imposible para las mismas explotar la concesión sanitaria con la correspondiente utilidad económica, afectando asimismo los planes de inversión futura propios y necesarios en el desarrollo de este importante servicio. Atendido lo anterior, resulta ineludible concluir que en la especie el derecho de propiedad del que son titulares las empresas sanitarias ha sido afectado sustancialmente.

Al decir del profesor SILVA BASCUÑAN:

“lo que se quiere defender con la palabra “esencia” es toda la construcción o sistematización jurídica que encierra no sólo la titularidad, sino los beneficios básicos sin los cuales el dominio deja de ser tal”<sup>78 /79</sup>.

De esta manera, aunque la fuente de la afectación sea por ahora una regulación abstracta (proyecto de ley), en la especie se trata de una intervención en sentido estricto, constituida por la privación de una de las facultades esenciales del dominio a nivel concreto, el goce, privación que afecta a todas las empresas pertenecientes al ámbito de la provisión de servicios sanitarios.

---

<sup>78</sup> Actas oficiales de la Comisión Constituyente sesión 159.

<sup>79</sup> En el mismo sentido el señor Rodríguez señaló, “La verdad es que el derecho de propiedad es un derecho patrimonial y tiene un sentido y un valer patrimonial. De tal manera que si a una persona se le priva de la totalidad del uso y goce, en el caso que ha propuesto el señor Evans, a su juicio, evidentemente, aun cuando la titularidad esté en abstracto reconocida, no podrá decirse que está respetada la esencia del derecho, porque en buenas cuentas, al establecer que se debe respetar la esencia del derecho, lo que se está diciendo es otra cosa: que no se haga fraude a la garantía constitucional mediante algunos resquicios y fórmulas que no están en flagrante contradicción con los términos literales, pero que, no obstante pueden desconocer lo que se señala como la esencia del derecho. Y no cabe la menor duda de que, si se esterilizan todas las posibilidades de los beneficios materiales que pueda obtener el propietario y se lo transforma en algo así como un propietario moral, la esencia del derecho ha sido conculcada.” Actas oficiales de la Comisión Constituyente sesión 159.



En este sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado criterios para establecer si determinadas limitaciones al derecho de propiedad se encuentran ajustadas a derecho. Bien lo resume el profesor NAVARRO BELTRAN cuando afirma que:

“(…) en primer lugar, ha determinado el criterio de que éstas deben ser medidas y razonables, de modo que en general no ocasionen daños que puedan estimarse innecesarios o que, en definitiva, impongan un gravamen de magnitud considerable. De igual manera, se ha sentenciado que la medida debe siempre ser proporcionada y que, por lo mismo, no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad”<sup>80</sup>.

Así las cosas, no cabe dudas que el proyecto de ley no cumple con ninguno de los requisitos reseñados.

En efecto, la eficiencia del actual sistema –cobertura de 99,9% de agua potable y 96,9% de alcantarillado–; la competitividad de los precios –en atención a la existencia de la empresa modelo–; la fuerte inversión destinada a mejorar el servicio en cumplimiento de los planes de desarrollo y desarrollo de los servicios no regulados, obstan para considerar las propuestas del proyecto de ley como limitaciones “*medidas y razonables*”. Por el contrario estamos en presencia de medidas desproporcionadas e irracionales, que indefectiblemente devienen en arbitrarias, toda vez que carecen de fundamentos. Más aún, teniendo en consideración el carácter de público y necesario de los servicios sanitarios no se entiende la racionalidad que subyace a las modificaciones que pretende imponer el proyecto de ley desde el momento que socavan las bases de un sistema que ha probado ser exitoso y eficiente.

**3) Tercer requisito: Cualquier limitación al derecho de Propiedad sólo debe fundarse en función social de la misma.**

Resuelto que las limitaciones al derecho de propiedad son de exclusiva reserva legal y que no pueden en cuanto tales, afectar la esencia de dicho derecho que latamente hemos reseñado (pues en tal caso se trataría de una garantía sin contenido privando *de facto* a su titular del mismo), resulta pertinente detener nuestro análisis en el tercer requisito o exigencia que habilitaría una limitación al referido derecho de propiedad: el que ésta se funde en la función social del derecho de propiedad.

---

<sup>80</sup> Navarro Beltrán, Op. Cit, p.197-198, citando sentencias del Tribunal Constitucional rol 56-1988; 253-1997; 1141-2009; 506-2007: 1141-2009; 1215-2009; 1669-2012

En efecto, cualquier limitación o restricción al derecho de propiedad debe fundamentarse exclusivamente en su función social. Al respecto nuestro el constituyente ha determinado –de manera taxativa– a qué se refiere con la función social de la propiedad.

En este sentido, se señala que la función social “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

Así las cosas, “(...) la Constitución establece un ámbito de tolerancia para el propietario; el propietario debe tolerar un cierto nivel de perjuicio en virtud de la función social de la propiedad, para que el concepto tenga sentido. Pasado este umbral de tolerancia, el Estado debe indemnizar y debe indemnizar precisamente cuando afecte al propietario de una de estas tres maneras: privándolo de la propiedad, privándolo del bien sobre el que recae, o privándolo de un atributo o facultad esencial”<sup>81</sup>.

En consecuencia, aún cuando se puede regular la propiedad limitándola en razón de su función social dicha limitación no puede afectar el núcleo esencial de la propiedad. Es más, en virtud de la función social se puede “(...) constreñir, con generalidad, el ejercicio de las facultades del dominio; pero cuando esa constricción se singulariza y resulta discriminatoria, el afectado puede exigir el resarcimiento del perjuicio producido, en virtud del principio de igualdad; **y cuando ella priva a un sujeto del contenido esencial del dominio o de alguna de sus facultades, procede también la acción indemnizatoria**”<sup>82</sup> (énfasis agregado).

Ahora bien, las causas que fundamentan las limitaciones que derivan de la función social “son taxativas y no excluyentes”<sup>83</sup>.

En primer lugar se puede invocar el interés general de la nación en la medida que “beneficie o sea conteniente o favorable para el país en su conjunto o se refiera al

---

<sup>81</sup> Juan Andrés Varas Braun, “Prohibición de sustitución del Bosque nativo y derecho de propiedad”, Revista de derecho (Valdivia), agosto de 1998, vol.9, p.139.

<sup>82</sup> Lautaro Ríos Álvarez, Op. Cit., p.790

<sup>83</sup> Enrique Navarro Beltrán, Op. Cit., p.194, citando sentencias del Tribunal Constitucional rol 334-2001; 1683-2010; 2643-2014 y 1215-2008.

bien común o al beneficio superior de la sociedad sin referencia a categorías”, sin embargo en virtud de la indeterminación del concepto en cuestión, dicha causal no se puede invocar sin más, haciendo una mera referencia a ella, sino que debe encontrarse debidamente justificada.

También se puede invocar la seguridad nacional que “alude a la defensa de la integridad territorial y del desarrollo del país” así como la utilidad pública, que, “se traduce, en definitiva en una ventaja visible o apreciable de manera evidente para toda la colectividad o que, en definitiva, sirve al interés del Estado o de todos sus habitantes, en estricta concordancia con el mandato constitucional contenido en el artículo 1° de la Ley Fundamental”.

Por último se consagra como fundamento de la función social, el invocar necesidades de salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. El primero se refiere a “todo aquello que sea conveniente para la salud e higiene del país. Se trata de promover y proteger la salud de la población” mientras que el segundo alude a “la preservación de la riqueza de la flora y fauna y demás aspectos medioambientales, en un concepto amplio como lo indica la Ley N° 19.300 y lo ha ido reconociendo la jurisprudencia”<sup>84</sup>.

De la lectura del proyecto de ley Boletín N° 10.795-33 –en actual tramitación– no queda claro cuál de las causales taxativas consagradas por la Constitución fundamentan la regulación del mercado sanitario, y limitan el derecho de propiedad en razón de su función social, toda vez que no se hace mención alguna a ello. **Si bien el proyecto contiene algunas laxas menciones al interés público (v.g. “La ley debe cautelar el interés público en la negociación con una empresa monopólica”)<sup>85</sup> y a la eficiencia del servicio<sup>86</sup>, ello resulta no sólo insuficiente sino que a su vez poco prolijo desde el momento que el proyecto introduce normas que reducen en tal medida los derechos de las empresas de servicios sanitarios, que resulta un verdadero eufemismo hablar de “negociación” cuando en la práctica lo que se vislumbra es un propósito expropiatorio. En caso de prosperar un proyecto de ley con estos vicios de inconstitucionalidad, habría –a la luz de la breve referencia al interés público– una evidente desviación de fin de la norma.**

---

<sup>84</sup> Enrique Navarro Beltrán, Op. Cit., p.194-195.

<sup>85</sup> “La ley debe cautelar el interés público en la negociación con una empresa monopólica”, apartado II.3 del Boletín N° 10795-33

<sup>86</sup> Apartado II.4 “Mejoramiento de la Inversión” del Boletín N° 10795-33

Con todo, como la “limitación” al derecho de propiedad afecta en su esencia al mismo, argumentar la función social de la misma tampoco es suficiente para fundamentar una afectación de estas características. Tal como lo señala el profesor EVANS DE LA CUADRA, “no puede transformarse el concepto de intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad”<sup>87</sup>. Lo propio se puede afirmar en relación con la noción de *utilidad pública*, en la medida que son conceptos semejantes e indeterminados.

Ahora bien, considerando que en la especie el sistema sanitario es un sistema virtuoso que ha movilizado significativos recursos en inversión y aumentado las coberturas, con precios competitivos para los usuarios, no se justifica el cambio de regulación en razón de la función social.

Resulta un evidente contrasentido a la luz de todo lo expuesto hasta este punto en el presente Informe en Derecho aseverar como lo hace el Boletín 10795-33 que la motivación de la moción en cuestión sería “mejorar el servicio y la regulación tarifaria del sector de servicios sanitarios, mediante modificaciones legales tendientes a perfeccionar el proceso de fijación tarifaria y regular servicios que hoy no están regulados, además de incentivar el cumplimiento de planes de desarrollo impactando positivamente en la calidad de la prestación del servicio”<sup>88</sup>. **Dichos objetivos lejos de ser satisfechos con el proyecto, se alejan desde el momento en que las modificaciones no sólo no mejoran ni perfeccionan la calidad de la prestación del servicio, sino que derechamente lo tornan en inviable, encubriendo por lo mismo la referida moción, una verdadera expropiación por vía regulatoria.**

**4) Cuarto requisito: Cualquier limitación al derecho de Propiedad debe ser de carácter general.**

Por último, cualquier limitación al derecho de propiedad debe ser general, en virtud de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 2 y N° 20 de nuestra Carta Fundamental. En otras palabras, hermenéuticamente este requisito obliga a una interpretación armónica del artículo 19 N°24 de la Constitución, con los reseñados numerandos 2 y 20 del mismo precepto.

---

<sup>87</sup> Citado en Lautaro Ríos Álvarez, Op. Cit. p.790

<sup>88</sup> Apartado II “Contenidos” del Boletín 10795-33

En este sentido, “la generalidad de las normas satisface los requerimientos del principio sólo cuando los supuestos sobre la base de los cuales se establece, responden a las exigencias de la justicia y la razón”<sup>89</sup>. “No basta que la norma que establece la limitación tenga un carácter de generalidad. Además debe ella satisfacer la necesidad de la distribución igualitaria a que se refiere el artículo 19 N°20 de la Constitución, en otros términos, debe aplicarse en forma razonable a todas las personas que potencialmente estén en situación de encuadrarse dentro de los supuestos establecidos por la misma norma”<sup>90</sup>.

Lo expuesto se explicó en detalle en el apartado A.2.- a propósito de la forma en que el proyecto de ley atenta de manera grave contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley y las cargas públicas, por lo que ahora reiteramos dichos conceptos en el presente acápite.

En efecto, con la acción del Estado, en orden a regular la actividad de los servicios públicos sanitarios, se afecta la esencia del derecho de propiedad del cual son titulares las empresas sanitarias en virtud de la regulación vigente, obligándolas a soportar un perjuicio especial que supera el estándar normal de los sacrificios impuestos por el legislador a los ciudadanos y demás servicios de la misma naturaleza, (en palabras del Tribunal Constitucional, no son *mesuradas ni razonables*), imponiendo con ello gravámenes de entidad considerable, todos los cuales ponen en peligro el desarrollo de la actividad económica en cuestión, haciéndola presumiblemente inviable por excesiva onerosidad<sup>91</sup>.

## **B. CAMBIOS RADICALES EN LAS REGLAS DEL FUNCIONAMIENTO DE UN DETERMINADO MERCADO Y GARANTIAS FUNDAMENTALES: CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD DERIVADOS DE UN ANALISIS PARTICULAR DE LAS NORMAS DEL PROYECTO DE LEY.-**

### **B.1) Modificaciones que inciden en la regulación del sistema de determinación de tarifas actualmente vigente.**

Como fuera señalado, una de las principales modificaciones planteadas por el proyecto de ley dice relación con la reducción de la tasa de retorno al capital que el modelo de tarificación actual otorga a la “*empresa modelo*” utilizada como referencia con la cual se fijan las tarifas del sector sanitario.

---

<sup>89</sup> Salvador Mohor Abuauad, Op. Cit., p. 291.

<sup>90</sup> Salvador Mohor Abuauad, Op. Cit., p. 292.

<sup>91</sup> Juan Carlos Ferrada Borquez, “*El Derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980*”. En: “*La constitución Chilena*”, Editorial LOM, Santiago, 2015, p. 182.

En este sentido, la modificación planteada al **Artículo 5º del Decreto con Fuerza Nº 70 de 1988**, del Ministerio de Obras Públicas, es de vital relevancia a la hora de determinar el cambio de las “reglas del juego” de la industria sanitaria, reduciendo el ya mencionado premio por riesgo de la tasa de costo de capital vigente a la fecha 1% al 1,5%, eliminando simultáneamente el 7% como mínimo legal garantizado para la tasa de costo de capital que dicho artículo actualmente contempla.

Dicha modificación, que genera los problemas ya descritos en este informe, **incurre en virtud de éstos en los vicios de constitucionalidad detectados a propósito del análisis general del proyecto, a saber, afecta el derecho de propiedad en su esencia, constituye una infracción a la libertad económica, afecta la garantía de igualdad ante las cargas públicas, y constituye una grave infracción al principio de confianza legítima**, en la medida que el sistema de financiamiento y tarificación de las empresas sanitarias cambia radicalmente. Por ello, nos remitimos a las consideraciones ya efectuadas.

**B.2) Modificaciones que inciden en la modalidad como los prestadores de servicios sanitarios habrán de configurar la forma en que prestaran los servicios.**

La modificación que pretende realizar el proyecto de ley al artículo 8º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 70 de 1988, en la medida que establece modificaciones a los servicios no regulados, cambia paradigmáticamente el funcionamiento del servicio sanitario bajo el amparo de la normativa actual. En este sentido, y tal como fuera explicado a propósito de los vicios constatados en el análisis general del proyecto de ley dicha modificación **importa una grave afectación a la libertad económica, al derecho de propiedad, y a la igualdad ante las cargas públicas**. Por ello, nos remitimos a las consideraciones ya efectuadas.

**B.3) Modificaciones que inciden el equilibrio existente en la Comisión de Expertos que debe resolver las discrepancias sobre los costos de la “empresa modelo”.**

A través de la modificación planteada al inciso quinto del artículo 10º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 70 de 1988 que cambia la conformación de la Comisión de Expertos, que en definitiva resuelve sobre las discrepancias existentes entre las estimaciones efectuadas por la autoridad y lo que plantee el prestador, importa una **grave afectación al debido proceso**, toda vez que **se pone en grave riesgo la debida**

**imparcialidad con que debe actuar dicha Comisión** al otorgársele a la Administración, la posibilidad de nombrar, por sí y ante sí, a dos de los tres miembros del mencionado órgano.

Cabe recordar, que dicha garantía constitucional se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental en los siguientes términos “Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislados establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigaciones racionales y justos”. En este sentido, a pesar de que la norma no hable expresamente de imparcialidad, la doctrina y jurisprudencia están contestes en cuanto a que dicha garantía se encuentra comprendida dentro del debido proceso<sup>92</sup>.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha expresado que:

“como ya tuviera ocasión de señalarlo esta Magistratura en sentencia de 21 de diciembre de 1987, dictada en los autos Rol N° 46, todo juzgamiento debe emanar de un **órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial**, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”<sup>93</sup> (énfasis agregado).

Ahora bien, antes de analizar la imparcialidad en sí misma como elemento central de la garantía vulnerada, cabe dilucidar si la garantía de un debido proceso es aplicable a un órgano administrativo como el de la especie.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que la jurisdicción es un “concepto que es más amplio que el de tribunales de justicia y comprende, por tanto a órganos administrativos en la medida en que efectivamente actúen ejerciendo

---

<sup>92</sup> Al respecto, cabe mencionar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 10° del Decreto con Fuerza de Ley N° 70, la Comisión de Expertos tiene por función resolver –de manera vinculante y definitiva– las discrepancias existentes entre los estudios y antecedentes aportados por el prestador del servicio y la superintendencia durante el proceso de fijación tarifaria de que se trate. Dichas discrepancias, derivan de la falta de acuerdo de la empresa sanitaria, en un proceso de fijación de tarifas, con relación a uno o más resultados del estudio tarifario practicado por la Superintendencia.

<sup>93</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1.243-2008, considerando 12°.

funciones jurisdiccionales<sup>94</sup> y ello, precisamente, “supone resolver una controversia jurídica entre partes”<sup>95</sup>, atribución esencial de la Comisión de Expertos.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha dicho que:

“La potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno, en posición de que con su actuación, afecte o desconozca las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas”.<sup>96</sup>

Lo expuesto tiene relevancia toda vez que con la modificación que el proyecto de ley pretende a la integración de la Comisión de Expertos, *de facto* lo que busca el legislador es entregar una potestad discrecional a la Administración que “*sobrepasa o desborda la Constitución*”. Ello, desde el momento que quien está llamado a resolver las controversias en un proceso de fijación tarifaria será en definitiva la propia Administración cuya propuesta pueda no ser concordante con la del regulado. En otras palabras, el **proyecto**

---

<sup>94</sup> Cabe hacer presente que el pronunciamiento de la Comisión de Expertos ha de considerarse como una actividad de naturaleza jurisdiccional en tanto es un pronunciamiento obligatorio tanto para los prestadores de servicios sanitarios como para la Superintendencia, quienes se encuentran sujetos a él. En dicho sentido, se ha pronunciado el Ministro de la Corte Suprema don Milton Juica, quien considera que en tanto un órgano emita un pronunciamiento que sea “*es vinculante, o sea, con fuerza obligatoria, para todos los que participen en el procedimiento y además, sin ulterior recurso*”, necesariamente debe concluirse que se está frente a un órgano que ejerce funciones de naturaleza jurisdiccional. Así, el mencionado Magistrado señaló con ocasión de la discusión parlamentaria de la Ley 19.940, que Regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos, en relación a las funciones que ejerce el Panel de Expertos que establece dicha Ley que “*sin perjuicio de señalar dicha normativa que aquel organismo sólo cumple una labor de dictaminar acerca de las discrepancias que se puedan producir con relación a las cuestiones que se enumeran en los N° 1 a 12 del artículo 130 y a los conflictos que se pueda dar lugar conforme al inciso final, es lo cierto, que conforme a lo que se estipula en el artículo 133 de dicho proyecto, la resolución que el Panel emita es vinculante, o sea, con fuerza obligatoria, para todos los que participen en el procedimiento y además, sin ulterior recurso, poder que sólo es concebible en un órgano de carácter jurisdiccional, para lo cual, la Constitución Política de la República previene claramente que esa facultad le compete sólo al Poder Judicial y, en particular, a los tribunales establecidos en la ley, explícitamente los señalados en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales. En estas condiciones, observa el previniente que en realidad el aludido Panel de Expertos, aun cuando debe emitir un dictamen, que conforme al léxico constituye sólo una “opinión o juicio que se forma, o emite sobre una cosa”, al revestirlo la ley del carácter de imperatividad y vinculación para los interesados y órganos públicos, en el fondo le está otorgando también la facultad de conocer y resolver un asunto litigioso que sólo le corresponde al Poder Judicial como claramente lo señala el artículo 73 de la Constitución Política de la República”.*

<sup>95</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 513-06, considerando décimo primero y décimo segundo.

<sup>96</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 4 de Enero de 1995, Rol N°198.



**de Ley coloca al funcionario o servicio que ejerce potestades en materia de fijación tarifaria, en posición de hacer uso de ellas de manera discrecional y hasta arbitraria sin sujeción a control alguno<sup>97</sup>.**

Así las cosas, resulta evidente que la modificación planteada por el proyecto de ley al eliminar el integrante de la Comisión nombrado de común acuerdo, por uno nombrado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios **afecta la garantía constitucional del debido proceso, toda vez que dicha Comisión carecerá de imparcialidad objetiva al momento de resolver sobre las controversias sometidas a su conocimiento, pues nos encontraremos ante un órgano decisor conformado por dos miembros designados por la propia Autoridad que es parte del proceso en el que se deben dirimir y resolver las controversias, y uno por la empresa sanitaria<sup>98</sup>.**

#### **B.4) Modificaciones que incorporan a las operaciones del prestador de servicios sanitarios a cualquier territorio urbano adyacente a los actuales territorios operacionales.**

El proyecto de ley, incorpora un nuevo artículo 13 A) al Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, en virtud del cual se obliga a incorporar de pleno derecho a cualquier territorio urbano adyacente a los actuales territorios operacionales, cuando se trate de viviendas sociales existentes o programas de viviendas incorporados en los planes sociales del Gobierno.

La fórmula propuesta en la moción parlamentaria supone la incorporación de pleno derecho de viviendas sociales ubicadas fuera del territorio operacional del prestador de los servicios. Ello da cuenta en nuestra opinión de un eventual subsidio encubierto por parte de la empresa de servicios sanitarios cuyo beneficiario sería el mercado de viviendas sociales. Si bien con dicho subsidio se beneficia a los propietarios de viviendas sociales, no es menos cierto que este beneficio podría alcanzar igualmente a constructores o desarrolladores privados de los respectivos proyectos. Lo anterior, potencialmente puede afectar la rentabilidad de la empresa por cuanto el cálculo de tarifa obviamente no incorpora las inversiones necesarias para atender un sector, que está fuera del territorio operacional respectivo

En este sentido, la modificación planteada adolece de severos **vicios de constitucionalidad en cuanto afecta la libertad económica, habida consideración de la obligación que pesará sobre las empresas sanitarias en orden a prestar sus servicios a viviendas sociales fuera del territorio operacional de la empresa sanitaria, tal y como fuera analizado dicha garantía en el análisis general del proyecto.**

---

<sup>97</sup> Cabe destacar que en el ámbito de los servicios sanitarios el dictamen de la Comisión de Expertos es definitivo en relación a las controversias que surjan entre los estudios de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la empresa prestadora.

<sup>98</sup> Cabe hacer presente que el artículo 10° del Decreto con Fuerza de Ley N° 70 ya contempla dicho principio, al señalar expresamente que los miembros de la Comisión de Expertos deberán "(...) actuar con imparcialidad, ciñéndose a un análisis objetivo de las discrepancias y de los fundamentos o antecedentes que le sirvan de sustento(...)".

De la misma manera, dicha modificación implica una **intervención en sentido estricto del derecho de propiedad, habida cuenta de la reducción de la rentabilidad de la empresa**, afectando una de las facultades esenciales del derecho de propiedad, cual es el derecho de goce. Asimismo, ello implica una **afectación a la igualdad ante las cargas públicas y al principio de confianza legítima**, tal y como fuera explicado en el acápite correspondiente.

**B.5) Modificaciones que inciden en los cobros, compensaciones y multas aplicables al prestador de servicios sanitarios.**

Como se dijo en su oportunidad, el proyecto de ley plantea una serie de modificaciones que dicen relación con los cobros y compensaciones que el prestador debe solventar en casos de interrupciones en la prestación del servicio. En este sentido, sin perjuicio de las sanciones que pudieran ser impuestas a la empresa sanitaria, ésta debe solventar una compensación que equivale a 5 días de consumo normal, cualquiera sea el lapso de tiempo de la suspensión.

Al carecer de toda relevancia la magnitud del corte, **el legislador olvida por completo respetar el principio de proporcionalidad al que está obligado por el constituyente**, habida cuenta que las compensaciones no atienden a un parámetro de gravedad, sino que son fijas e invariables.

De la misma manera, el nuevo proyecto de ley establece grandes modificaciones en lo que dice relación a las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Sanitarios. En este sentido, se establece que las infracciones leves han de fluctuar desde una a mil unidades tributarias anuales; las infracciones graves de mil a cinco mil unidades tributarias anuales; y, las infracciones gravísimas desde cinco mil unidades tributarias anuales hasta las diez mil unidades tributarias anuales. A su vez, para el caso de incumplimiento del programa de desarrollo se estipulan específicamente multas cuya determinación se entrega por sí y ante sí, al Administrador y cuyo rango va de una unidad tributaria anual hasta diez mil unidades tributarias anuales.

De esta forma, **no se advierte del estudio del proyecto de ley en cuestión ( y en las normas específicas contempladas en esta materia) algún parámetro o baremo que haga posible determinar de manera objetiva la multa a aplicar en el caso concreto**. Muy por el contrario, el proyecto de ley otorga amplia discrecionalidad a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, **sin establecer criterios de graduación, lo que constituye un grave atentado al principio de proporcionalidad**.

En efecto, ambas disposiciones no consideran parámetro ni criterio alguno en orden a diferenciar tramos de multas para determinar la aplicación de las mismas al caso concreto, lo que ineludiblemente contraviene el principio de proporcionalidad consagrado en nuestra Carta Fundamental en los artículos 19 N° 2

en lo que dice relación a la existencia de un parámetro de igualdad y a la proscripción de arbitrariedad y 19 N° 3, en lo que respecta al debido proceso en la aplicación proporcional de sanciones

En este sentido, de la sola lectura del proyecto de ley, queda de manifiesto que se establece un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar la imposición de cualquier multa. Cabe destacar, que la aplicación del principio de proporcionalidad en esta materia tiene por objeto “impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas e importa que en su aplicación y vigencia se observen criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos baremos, incluso derivados de otros principios como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción, pero en períodos de tiempo acotados”<sup>99</sup>. En consecuencia, no se puede eludir que por mandato constitucional el legislador no puede prescindir de todo criterio tendiente a graduar la sanción a imponer al momento de regularlas, pues con ello infringe el principio de proporcionalidad.

Dentro de dicho contexto, las normas en comento no otorgan una base de cálculo cierta y verificable *ex ante* que posibilite a los destinatarios de las normas prever la multa esperable frente a los hechos sancionables, enfrentándose el particular a una indeterminación sancionatoria, pues las mencionadas disposiciones no cumplen con estándares de certeza, determinación ni especificidad, toda vez que en ellas no se definen criterios, parámetros ni principio alguno que permitan establecer la aplicación de una sanción específica al caso concreto, con la consiguiente infracción al principio de proporcionalidad sancionatoria, establecido en la Constitución Política de la República, y que constituye una manifestación de la garantía de igual protección de la ley en ejercicio de los derechos, consagrado en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental.

En este mismo sentido, se ha pronunciado en forma reciente el Tribunal Constitucional señalando que:

“(…) la regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguido”<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Tamara Arancibia Madariaga, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas”, Cuaderno N° 58 del Tribunal Constitucional, p.41

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2922-15-INA, Considerando Cuadragésimo noveno.

Ahora bien, de la sola lectura de las normas del proyecto de ley en tramitación es posible advertir que ellas no establecen parámetro alguno en orden a limitar la discrecionalidad del ente administrativo, que resolverá por sí y ante sí los procedimientos sancionatorios que puedan darse en razón de alguna infracción a las normas que regulan la actividad sanitaria.

Es precisamente por ello que el Tribunal Constitucional "(...) ha valorado la garantía de que una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos, además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida. (...) Que, igualmente, este tribunal ha señalado que el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y, lo mismo, cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley, como la trascendencia del daño, la ganancia obtenida con la infracción, el grado de voluntariedad, la condición o no de reincidente, etc. Tales marcos están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación"<sup>101</sup>, cuestiones que en ningún caso se contemplan en el sistema de multas y compensaciones establecidas en el proyecto de ley cuyos vicios de inconstitucionalidad se evidencian en el presente Informe en Derecho.

En síntesis, **las multas contempladas en el proyecto de ley resultan desproporcionadas y excesivas, contraviniendo principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política de la República, lo que indefectiblemente acarrea la inconstitucionalidad de las mismas.**

## **VI. CONCLUSIONES.-**

Con el mérito de lo expuesto, luego de analizar el funcionamiento del mercado sanitario, su regulación y dinámica actual, así como las normas contenidas en el proyecto de ley Boletín N° 10.795-33 –en actual tramitación– y por medio del cual se pretende modificar la legislación aplicable a los servicios públicos

---

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2922-15-INA, Considerando Vigésimo y Vigésimo primero.

sanitarios, es posible afirmar la **inconstitucionalidad del proyecto de ley** y la **existencia de responsabilidad del Estado** en caso que prospere y entre en vigencia el proyecto de ley.

Lo anterior, en razón que **las normas del referido proyecto –separadamente- y el proyecto -en su conjunto o globalidad-, vulneran diversas garantías constitucionales** reconocidas y amparadas en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.

Así, particularmente, podemos concluir:

- 1) Las profundas modificaciones que el proyecto de ley introduce al sistema regulatorio de los servicios públicos sanitarios suponen un cambio radical en las reglas preestablecidas que dan forma al desarrollo del mercado sanitario y definen como se desenvuelven las empresas sanitarias que operan en nuestro país. Por lo mismo el proyecto de ley tiene el potencial de inferir un serio daño a las empresas incumbentes del mercado sanitario, alterando la forma cómo ha operado el sistema de provisión de servicios públicos sanitarios hasta nuestros días.
- 2) De prosperar el proyecto de ley, el legislador no sólo lesionará derechos constitucionalmente garantidos de las empresas sanitarias, sino que desatenderá el prioritario mandato constitucional del artículo 1° de la Constitución Política de la República según el cual “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (...)”, poniendo en grave riesgo la provisión de un servicio público cuyo adecuado funcionamiento es trascendental para todos los ciudadanos.
- 3) La Responsabilidad del Estado constituye pieza esencial de un Estado de Derecho y encuentra su fundamento en los artículos 6° inciso final y 7° inciso final de la Constitución Política de la República. En virtud de ello todos los poderes del Estado deben sujetar sus actuaciones a Derecho, respondiendo por los perjuicios que ocasionen en el ejercicio de sus funciones. Por lo mismo, una interpretación armónica y sistemática de la Constitución, da cuenta que **el legislador se encuentra igualmente sujeto al principio de responsabilidad, debiendo el Estado indemnizar los perjuicios ocasionados por la dictación de leyes que dañen garantías constitucionales.**
- 4) El Estado tiene la obligación de indemnizar las privaciones de bienes o derechos, en la medida que ellas generen gravámenes especialmente intensos, únicos y excesivos para los particulares, rompiendo el respeto al principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas y de confianza legítima. Por ello, es legítimo el nacimiento de la obligación de indemnizar en aquellos casos en que

mediante la regulación –en este caso del mercado sanitario– el Estado priva al titular de un derecho (como en la especie, lo es el derecho de propiedad) de la esencia que lo caracteriza.

- 5) En la especie, el Proyecto de ley que *“modifica la legislación aplicable a los servicios sanitarios, en materia de servicios no regulados, de fijación tarifaria y de cumplimiento de planes de desarrollo por parte de los prestadores”*, establece reglas que imponen cargas desproporcionadas y arbitrarias a las empresas que prestan servicios sanitarios, afectando con ello la garantía de igualdad ante las cargas públicas y la confianza del particular depositada en el Estado en orden a que su actividad económica se pueda desarrollar bajo el marco amparado por el ordenamiento jurídico vigente.
- 6) En dicho sentido, **al establecer el proyecto de ley una forma distinta de fijar la tasa de retorno de capital (artículo artículo 1 N° 1 del proyecto de ley), eliminar el piso de rentabilidad asegurada a los incumbentes, modificar los criterios con los cuales se tratan los servicios no, incorporar cualquier territorio urbano adyacente cuando se trate de viviendas sociales, entre otros cambios, se modifica de manera completa el marco regulatorio aplicable al mercado sanitario, afectando con ello de manera grave el sistema de determinación de costos y retornos de inversión vigentes. Lo anterior, constituye una cuestión del todo expropiatoria, habida cuenta que produce una privación y cercenamiento de la propiedad de las empresas sanitarias obligándolas a soportar un sacrificio especial** en virtud del cual se afectan de manera esencial sus derechos constitucionalmente garantidos.
- 7) Refuerza esta conclusión la circunstancia la forma en que el proyecto de ley modifica tanto la integración de la Comisión de Expertos, como el sistema sancionatorio de la respectiva normativa.
- 8) En cuanto a lo primero- Comisión de Expertos-, porque resulta evidente que *de facto* se entrega una potestad discrecional a la Administración que *“sobrepasa o desborda la Constitución”* pues quien está llamado a resolver las controversias en un proceso de fijación tarifaria será en definitiva la propia Administración, **colocando el proyecto de Ley al funcionario o servicio que ejerce potestades en materia de fijación tarifaria, en posición de hacer uso de ellas de manera discrecional y hasta arbitraria sin sujeción a control alguno.**
- 9) En cuanto a lo segundo - sistema sancionatorio- porque bajo una apariencia virtual de certidumbre –al denominar infracciones leves, graves y gravísimas sin reparar en la adecuada especificación de las conductas– se encubre un modelo punitivo que entrega nuevamente a la amplia discreción –y posible arbitrariedad– del Administrador la determinación de la conducta que se debe sancionar y la cuantía de la misma. **No se advierte en el proyecto de ley algún parámetro o baremo que haga**

**posible determinar de manera objetiva la multa a aplicar en el caso concreto.** Por el contrario, el proyecto de ley otorga amplia discrecionalidad a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, **lo que constituye un grave atentado al principio de proporcionalidad** consagrado en los artículos 19 N° 2 (en lo que dice relación a la existencia de un parámetro de igualdad e interdicción de arbitrariedad) y 19 N° 3 (en lo que respecta al debido proceso en la aplicación proporcional de sanciones) ambos de nuestra Carta Fundamental.

- 10) El **deber impuesto a los servicios públicos sanitarios pertenece al género de las cargas o gravámenes públicos, es decir, obligaciones impuestas por el Estado para la satisfacción de necesidades públicas.** La **carga pública deviene en una medida arbitraria, injusta y sin sustento constitucional** cuando –como ocurre en la especie en el proyecto de ley- no se verifican los requisitos evaluados a través del **test de proporcionalidad** (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto).
- 11) El proyecto de ley vulnera el artículo 19 N° 20 de la Constitución que consagra la garantía de *“igual repartición de las cargas públicas”* ya que la igualdad ante las cargas públicas no supera el referido test o análisis de proporcionalidad de la carga pública impuesta. Se incurre en este vicio de inconstitucionalidad, toda vez que el proyecto de ley impone unilateralmente exigencias ilegítimas con el supuesto propósito de satisfacer necesidades superiores de bien público, lo que se traduce en limitaciones a los derechos de los agentes económicos que participan de la actividad de provisión y desarrollo de servicios sanitarios, en particular al Derecho de Propiedad.
- 12) **No es posible tolerar la afectación de manera injusta y desproporcionada a dicho derecho, pues el correlato constitucional de ello es la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión.** Al tratarse en la especie de una privación del derecho de propiedad, que lo afecta en su esencia, imponiendo cargas desproporcionadas e injustas, forzoso resulta concluir que se trata de una regulación inconstitucional que infringe la igualdad ante las cargas públicas garantizada en el artículo 19 N°20 de nuestra carta fundamental
- 13) El cambio de régimen regulatorio en virtud del Proyecto de Ley objeto de este Informe, afecta gravemente el **principio de confianza legítima** que rige las relaciones entre el Estado y los particulares, el cual, se desprende de los principios constitucionales del Estado de Derecho (Artículos 5º, 6º y 7º) y de seguridad jurídica (Art. 19 N° 26) de nuestra Carta Fundamental y que supone, como ha puntualizado el Tribunal Constitucional, el mantener una estabilidad razonable de las situaciones jurídicas.

- 14) Atendido que el proyecto de ley indefectiblemente elimina la rentabilidad de la actividad económica en el ámbito sanitario, afectando los niveles de retorno de la inversión involucrada y el acceso a financiamiento para nuevas inversiones, se amaga el desarrollo futuro de las empresas sanitarias y sus planes de inversión en infraestructura indispensable para proveer los respectivos servicios.
- 15) **El proyecto de ley atenta de manera grave contra la garantía constitucional de libre iniciativa económica (Art. 19 N° 21).- ya que si bien el legislador puede regular y por ende delimitar el libre ejercicio de una actividad económica, no puede con dicho pretexto, afectar el contenido esencial de la libertad.** “Regular” una actividad importa someterla al imperio de una reglamentación que establezca cómo puede realizarse, pero en caso alguno, bajo pretexto de “regular” un accionar privado en la economía, el legislador puede llegar al extremo de **obstaculizar o impedir, a través del otorgamiento de facultades excesivas a organismos fiscalizadores**, la realización natural de la respectiva actividad económica lícita.
- 16) Las empresas sanitarias gozan de un derecho de propiedad sobre sus concesiones en virtud de la cual se les otorga el derecho a explotar la concesión, y este derecho tiene un evidente contenido patrimonial. **El proyecto de ley actualmente en discusión atenta de manera grave contra la garantía constitucional del derecho de propiedad (Art. 19 N° 24).-**
- 17) El proyecto de ley desfigura el derecho de propiedad a tal nivel que afecta la esencia del mismo. Así **la regulación que se pretende introducir resulta expropiatoria**, porque produce privación y cercenamiento de la propiedad de su titular.
- 18) Aunque la fuente de la afectación sea por ahora una regulación abstracta (proyecto de ley), en la especie se trata de una intervención en sentido estricto, constituida por la privación de una de las facultades esenciales del dominio a nivel concreto, el goce, que afecta a todas las empresas pertenecientes al ámbito de la provisión de servicios sanitarios.
- 19) Se afecta el derecho de propiedad en su esencia por cuanto la regulación realizada a través del proyecto de ley priva –o restringe severamente- a las empresas sanitarias de la facultad de goce, configuradora del contenido esencial del derecho de propiedad, y que implica el derecho a percibir las ventajas patrimoniales o la utilidad económica proveniente del derecho a explotar la concesión sanitaria. **Al privarse de la facultad de goce, la regulación hace desaparecer, el derecho en sí mismo**, toda vez que **el derecho a explotar la concesión sanitaria carece de contenido si es que no es posible percibir las ventajas patrimoniales derivadas del ejercicio de dicho derecho.**



- 20) Las modificaciones del estatuto legal vigente no se encuentran constitucionalmente amparadas ni constituyen una mera limitación del derecho de propiedad, al no cumplir con los cuatro **requisitos copulativos** que emanan de los artículos 19 N°24 inciso 2° y 3°, 19 N°20 y 19 N°26, todos de la Constitución Política de la República : (1) La limitación se debe realizar a través de una ley; (2) La limitación debe hacerse en razón de la función social de la propiedad; (3) la limitación no debe afectar el derecho en su esencia; y, (4) la limitación debe tener un carácter general.
- 21) Aún cuando se puede regular el derecho de propiedad limitándolo en razón de su función social, dicha limitación no puede afectar el núcleo esencial de la propiedad. las causas que fundamentan las limitaciones que derivan de la función social son taxativas y no excluyentes.
- 22) El proyecto de ley Boletín N° 10.795-33 –en actual tramitación– no señala cuál de las causales taxativas consagradas por la Constitución fundamentarían la regulación del mercado sanitario, autorizando limitar el derecho de propiedad en razón de su función social. **Si bien el proyecto contiene algunas laxas menciones al interés público y a la eficiencia del servicio, ello resulta insuficiente y da cuenta sólo del uso de un eufemismo para disimular lo que se vislumbra es un propósito expropiatorio.**
- 23) Con todo, como la “*limitación*” al derecho de propiedad afecta la esencia del mismo, argumentar su función social resulta igualmente insuficiente para fundamentar una afectación de estas características. Más aún, considerando que en la especie el sistema sanitario es un sistema virtuoso que ha movilizó significativos recursos en inversión y aumentado las coberturas, con precios competitivos para los usuarios, por lo que no se justifica un cambio de regulación en razón de la función social.

Es cuanto podemos informar al respecto.



**Gabriel Zaliasnik Sch.**  
**Abogado**  
**Profesor de Derecho Universidad de Chile**

Santiago de Chile, 3 de Febrero de 2017.