

La exención de las empresas sanitarias de solicitar permisos municipales de construcción y urbanismo y su naturaleza “estatal” (Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rol 27.106-2019)

Luis Alfonso Herrera Orellana*

Este trabajo examina la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, el 30 de marzo de 2020, en el caso Aguas del Valle S.A. vs. Municipalidad de Ovalle, Rol 27.106-2019, para formular consideraciones críticas tanto al tratamiento dado por el fallo a las competencias municipales en materia de urbanismo y construcción frente a las competencias del Estado nacional en materia de edificación de obras sanitarias, para eximir a este último de la obligación legal de solicitar el permiso municipal de construcción, como a la asimilación de las empresas sanitarias al Estado.

Palabras clave: permiso de construcción, servicio público, Estado, descentralización.

This paper examines the judgment issued by the Supreme Court of Justice, on March 30, 2020, in the case of Aguas del Valle S.A. vs. Municipality of Ovalle, Rol 27.106-2019, to formulate critical considerations both to the treatment given by the ruling to the municipal powers in urban planning and construction versus the powers of the national State in matters of construction of sanitary works, to exempt the latter of the legal obligation to request the municipal construction permit, as well as the assimilation of the sanitation companies to the State.

Keywords: building permit, public service, state, decentralization.

* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello. Cursante del programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Chile. Correo postal: Santiago, Dublé Almeyda N° 1880, Ñuñoa. Correo electrónico: lherrera2@miunades.cl

Recibido el 5 de septiembre de 2020 y aceptado el 30 de noviembre de 2020.

Introducción

I. Hechos del caso, historia procesal y relevancia jurídica

1. *Hechos*

Dentro de su plan de desarrollo 2018, y por instrucción de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SSIS), mediante Oficio N° 118, de 30 de marzo de 2016, Aguas del Valle S.A. decidió incorporar nueva infraestructura a sus instalaciones que contribuyera a asegurar la continuidad del servicio de agua potable a la comuna de Ovalle. En ese plan se contempló la ejecución de la obra "Tranque Ovalle", esto es, de un tranque de acumulación de agua cruda de 23.000 m³ de capacidad, que se emplazaría en el recinto de producción de agua potable Los Peñones.

Apoyada en la instrucción de la SSIS, y considerando que las empresas prestadoras de servicios sanitarios (en adelante, empresas sanitarias) como Aguas del Valle S.A. "no requieren permiso municipal, por las características especiales de este tipo de obra", Aguas del Valle S.A. no solicitó el permiso municipal de construcción.

Ante tal proceder, mediante Resolución de 14 de agosto de 2018, el Director de Obras de la Municipalidad de Ovalle dispuso la paralización de la construcción de la obra, ubicada en la Planta de Agua Potable, camino Sotaquí s/n, recinto Los Peñones, que ejecutaba Aguas del Valle S.A., alegando la infracción del artículo 116 del D.F.L. N° 458 de 1976, de Ley General de Urbanismo y Construcciones (D.F.L. N° 458 de 1976), al desarrollar una empresa privada y no el Estado dichas obras sin permiso de la Municipalidad.

2. *Historia procesal*

Contra la Resolución del 14 de agosto de 2018, del Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Ovalle, Aguas del Valle S.A. interpuso reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de La Serena. Esta, mediante sentencia de 23 de agosto de 2019 acogió la reclamación, declaró la nulidad, dejó sin efectos la referida Resolución, declaró que la recurrente podía "proseguir con la ejecución de la obra" e "hizo lugar" a la acción orientada a obtener la indemnización de perjuicios deducida por la reclamante. Contra esa sentencia la reclamada introdujo recurso de casación en el fondo, ante la Corte Suprema de Justicia.

3. *Relevancia jurídica*

A pesar de no contar con sentencias previas de la Corte Suprema de Justicia que ratifique en su *ratio*, ni existir aún sentencias posteriores de ese ilustre Alto Tribunal en las que aquélla haya sido confirmada, el fallo examinado es relevante, al menos, por tres razones:

a. Resuelve la controversia aplicando la legislación aplicable a los hechos controvertidos sin efectuar una interpretación de dicha legislación con-

forme a la Constitución, orientada a armonizar y coordinar el reparto de competencias entre el Estado nacional y las Municipalidades en materia sanitaria y de urbanismo y construcción de obras.

b. Produce una regla general a partir de una norma de la legislación nacional aplicada al caso, según la cual tanto el Estado como las empresas sanitarias estarán siempre eximidos de cumplir con la legislación nacional municipal y las Ordenanzas en materia de urbanismo y construcción, en particular en los casos indicados en la Circular Ordinaria N° 295 de 29 de abril de 2009, de la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda (Circular N° 295).

c. Asimila, sin ofrecer argumentos explícitos para ello, la naturaleza jurídica de las empresas sanitarias, esto es, de sociedades mercantiles de derecho privado, a la naturaleza jurídica de un organismo del Estado constituido y regido por el derecho público, al punto de afirmar que se debe considerar que es siempre "el Estado" el que actúa cuando lo hace una empresa privada sanitaria, a partir de una cierta comprensión, tampoco explicitada, de la concesión de servicio público aplicable a la actividad de prestación de servicios sanitarios.

II. Cuestión controvertida y decisión

1. Cuestión a resolver

¿Están eximidas las empresas sanitarias de solicitar el permiso municipal de construcción de obras, previsto en el artículo 116 del D.F.L. N° 458 de 1976, cuando obtienen la aprobación por parte de la SSIS para ejecutar una obra vinculada con el servicio que prestan, o, por el contrario, están también obligadas a solicitar y obtener el permiso municipal mencionado, no obstante contar con la aprobación de la SSIS?

2. Decisión

La Corte Suprema de Justicia, en su Tercera Sala, mediante sentencia de 30 de marzo de 2020, rechazó el recurso de casación en el fondo.

Fundamentó su decisión en los artículos 11, letra c), de la Ley N° 18.092, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios; 116, incisos 3 y 4, del D.F.L. N° 458 de 1976; 2.1.29, 3.2.2 y 5.3.1 Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones de la Municipalidad de Ovalle; y en el numeral 6 de la Circular N° 295, así como en la comprensión de las empresas sanitarias, en tanto concesionarias de un servicio público, como el Estado mismo.

Podría considerarse que la *ratio decidendi* de esta sentencia sostiene que el prestador del servicio público sanitario sea el Estado o una empresa privada, no está obligado a solicitar el permiso municipal de construcción para edificar una obra vinculada con la prestación del mencionado servicio público, de acuerdo con el artículo 116, inciso 4, del D.F.L. N° 458 de 1976.

Asimismo, como *obiter dicta*, la Corte sostuvo que las obras de infraestructura construidas por concesionarios del servicio público sanitario deben considerarse “obras construidas por el Estado desde que se ha realizado por un ente privado a quien el Estado le entregó la concesión de un servicio público”.

III. Comentarios y evaluación crítica de la sentencia

La sentencia bajo análisis plantea al menos dos problemáticas de interés. Una de ellas relativa a las relaciones jurídicas entre la Administración nacional y la Administración municipal en materia de edificación de infraestructuras sanitarias y de fiscalización urbanística. La otra, se relaciona con la naturaleza jurídica de los particulares que realizan actividades de prestación calificadas por la legislación como servicios públicos, en este caso, de servicios sanitarios.

1. *Respecto de su incidencia en las relaciones jurídicas entre la Administración nacional y la Administración municipal en materia urbanística*

Es competencia de la Administración nacional establecer y fiscalizar el cumplimiento de las reglas técnicas para edificar infraestructuras destinadas a la prestación servicios sanitarios, pero es competencia de la Administración Municipal determinar y fiscalizar, en su territorio, el respeto y cumplimiento de las variables urbanas previstas en sus Ordenanzas.

Cada competencia trata sobre una materia distinta, por lo que el ejercicio de una no implica asumir ni impedir el ejercicio de la otra. Así lo establecen tanto la Constitución Política de la República, como la legislación aplicable tanto a la prestación de servicios sanitarios como la a la actividad administrativa de las Municipalidades, a saber, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en que se desarrolla el régimen de ejercicio de la autonomía político-administrativa que la Carta Magna reconoce a los gobiernos locales en su artículo 118, conforme por demás a la forma descentralizada del Estado chileno, declarada en el artículo 3 del mismo texto fundamental.

Por tanto, mientras a la Administración nacional le corresponde asegurar que los privados autorizados para ello cumplan con las normas de edificación de infraestructuras destinadas a la prestación servicios sanitarios, a la Administración municipal le corresponde supervisar que esos mismos privados cumplan también con las normas sobre movimientos de tierra, usos de parcelas, altura y retiros de las edificaciones, servicios básicos, entre otras variables urbanísticas que solo conocen y fiscalizan las autoridades municipales.

Si lo anterior es correcto, un primer comentario crítico de la sentencia examinada permite sostener que más allá de lo establecido en el artículo 116, inciso 4, del D.F.L. N° 458 de 1976, y en la Circular N° 295, la Corte pudo examinar más a fondo, conforme a la Constitución, el reparto de competencias que la legislación nacional hace en las materias de infraestructura

de servicios sanitarios y urbanística y de construcciones, tomando en cuenta además que el D.F.L. N° 458 de 1976 es anterior a la Constitución de 1980 y que la Ley N° 18.695 tiene rango de orgánica constitucional, antes de concluir que el Estado nacional no está obligado en ningún caso a solicitar permisos municipales de construcción al edificar obras sanitarias.

Ello porque cumplir con las reglas técnicas de edificación de infraestructuras requeridas para prestar servicios sanitarios, cuya observancia el propio Estado nacional fiscaliza, no implica de forma necesaria y automática, como bien lo sostuvo la Municipalidad de Ovalle en el caso examinado, que se cumplan con las normas de urbanismo y construcción vigentes en el territorio de la Municipalidad en que la obra se ejecuta.

En tal sentido, una interpretación sistemática y conforme a la Constitución de la legislación aplicable al caso, tal vez habría permitido a la Corte Suprema de Justicia llegar a una conclusión diferente, orientada a la coordinación de competencias nacionales y municipales¹, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases General de la Administración del Estado (en lo que sigue, Ley N° 18.575), que fortaleciera el principio de descentralización y la autonomía constitucional de las Municipalidades, sus competencias propias o *privativas* en materia de construcción y urbanismo en los territorios locales sobre los que ejercen su autoridad², y sobre todo, a preservar la legalidad urbanística frente a construcciones como la ejecutada en el caso examinado, así como la seguridad de las personas vinculadas o expuestas a tales construcciones.

Sin embargo, el problema más de fondo que se observa en la sentencia examinada tiene que ver con el considerar que no fue un privado, un particular, el que no solicitó el permiso de construcción, sino que fue el Estado nacional el que no lo solicitó, por razones no explicitadas del todo en el fallo, pero que se pueden inferir y que se examinan a continuación.

2. *Respecto de su incidencia en la interpretación y efectos del régimen jurídico de prestación de "servicios públicos", especialmente en materia de servicios sanitarios*

Como se desprende de sus fundamentos séptimo y noveno, la Corte derivó de las premisas a) la actividad desarrollada por las empresas sanitarias es un servicio público, y b) el acto por el cual las empresas sanitarias son habilitadas para desarrollar esa actividad es una concesión, la conclusión c) según la cual la prestación de servicios sanitarios es una actividad propia del Estado.

Para los sentenciadores, la de servicios sanitarios es una actividad que es "entregada" por el Estado a un privado para que sea este el que la realice, pero sin que se pueda considerar una actividad privada, ya que, por

¹ VILLAGRÁN 2015, 48-50.

² BERMÚDEZ 2014, 728.

ejemplo, las obras que ese privado construya para prestar el servicio han de entenderse como obras “construidas por el Estado”.

Al respecto, cabe indicar que si bien el D.F.L N° 382 de 1989, de Ley General de Servicios Sanitarios (D.F.L N° 382), califica como servicio público a la actividad de prestación de servicios sanitarios, y que esa misma ley contemple como acto administrativo de habilitación para el desarrollo de dicha actividad la concesión en lugar de la autorización, tales elementos no son suficientes para concluir que la actividad en cuestión es estatal y que las empresas sanitarias la realizan en nombre del Estado, y no en ejercicio de un derecho propio, bajo su propio riesgo y responsabilidad.

La razón de la afirmación anterior es muy simple. La prestación de servicios sanitarios no es una actividad reservada al Estado ni por la Constitución vigente, ni por el D.F.L N° 382, ni por alguna otra norma de rango legal vigente en Chile, es decir, no hay una *publicatio* o creación de monopolio estatal para la prestación de este servicio, al margen de la incuestionable necesidad de que se preste de forma continua y con acceso universal. Basta un conocimiento adecuado de la concepción tradicional del servicio público para compartir la aseveración anterior³.

En efecto, como lo ha analizado y explicado la doctrina nacional más autorizada en la materia⁴, el que en algunas leyes vigentes en Chile aplicables a actividades de prestación continua y universal de interés público, denominen a esas actividades *servicios públicos* y ordenen a la autoridad fiscalizadora emplear la figura de la concesión en lugar de usar la figura de la autorización para permitir a los privados con interés y capacidad para ello desarrollar esas actividades con fines de lucro, no es suficiente para, sin más, concluir que se tratan de actividades estatales, ya que la condición esencial para que en derecho pueda ello afirmarse es que exista en una norma de rango legal reserva explícita de la o las actividades al Estado, en atención al fuerte impacto que tal decisión, que solo puede tomar el legislador democrático, tiene sobre varios derechos fundamentales.

En efecto, cuando esa reserva de actividad está presente en una ley formal, se extingue toda posibilidad de que los privados puedan realizar esa actividad en ejercicio de los derechos a la libertad económica y la propiedad privada. Solo si no es absoluta la reserva, y mediante una concesión el Estado decide solicitar la colaboración de un privado, previa aplicación de un procedimiento licitatorio es que podría un privado desarrollar la actividad, pero en tal supuesto, sin duda, en nombre y por cuenta del Estado.

En cambio, cuando esa reserva no existe y la ley aplicable estimula la libre iniciativa privada y la competencia entre privados, es forzoso concluir en derecho que los particulares que se dediquen a ella lo hacen en ejercicio de

³ ROJAS 2014, 173 y ss.; AGUILERA 2020, 10 y ss.

⁴ VERGARA 2004, 41 y ss.; SOTO 2012, 569 y ss.

un derecho propio, de la libertad económica y de la propiedad privada, por cuenta, riesgo y responsabilidad propia, sin que altere esa realidad el que para desarrollar esa actividad deban, previamente, obtener una habilitación de parte de la autoridad fiscalizadora, como es hoy día común en muchos ordenamientos jurídicos, que siguen las tendencias más eficaces de la regulación económica.

Por otro lado, es un dato de la realidad que tanto el D.F.L N° 382, como las leyes nacionales aplicables a actividades como las telecomunicaciones, los servicios eléctricos, el servicio de gas doméstico y transporte terrestre luego de la puesta en vigencia de la Constitución Política de 1980, son leyes que explícitamente buscaron liberalizar la economía nacional en estas y otras materias, y en modo alguno mantener las reservas o crear nuevas reservas, política a favor de la libre iniciativa y de la competencia suficientemente ratificada por diversas fuentes tanto jurídicas como de otras disciplinas⁵.

Es con apoyo en lo anterior, que consideramos que no se puede tomar como excusa un mal uso por parte del legislador de la figura de la concesión, en este caso en el D.F.L N° 382, para de allí entonces concluir que a pesar de no existir *publicatio* sino un régimen jurídico favorable a la libre iniciativa y la competencia, la de servicios sanitarios es una actividad estatal “independiente de la forma jurídica con la que realiza sus operaciones”.

Conclusión

La sentencia examinada puede plantear problemas de constitucionalidad en un doble sentido.

a. En primer lugar, por partir de una interpretación aislada del artículo 116, inciso 4, del D.F.L. N° 458 de 1976, que suprime de forma general, en favor del Estado nacional, una competencia propia en materia que la Ley N° 18.695 atribuye en su artículo 24, a), 2, de forma expresa a las Municipalidades, en lugar de, según lo argumentado *supra*, adoptar una interpretación sistemática y conforme a los artículos 3 y 118 de la Constitución, a la luz de lo preceptuado en el artículo 5 de la Ley N° 18.575, orientada a armonizar y coordinar competencias nacionales en materia de edificaciones sanitarias con las competencias municipales en materia de control urbanístico y de construcción.

b. Y, en segundo lugar, por desconocer la distinción entre el Estado y las personas jurídicas privadas de derecho privado, y por esa vía privar a estas últimas, junto a su naturaleza no estatal, del ejercicio de derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución en su artículo 19, incisos 21 y 24, como son la libertad económica y la propiedad privada, contrariando además la política de liberalización de actividades que orienta el régimen aplicable a las actividades calificadas por leyes chilenas como “servicio público”.

⁵ BÜCHI 1993, 64 y ss.

c. Además de los problemas señalados, es necesario tener presente algunas consecuencias que se siguen de afirmar que una empresa sanitaria privada debe considerarse, en su naturaleza jurídica y actividades que realiza, el Estado mismo.

d. Tal afirmación, entre otras consecuencias jurídicas, supondría para las empresas sanitarias: 1) su sujeción, en el mejor de los casos, al régimen jurídico propio de un organismo administrativo descentralizado funcionalmente, como las empresas del Estado; 2) la sujeción de sus trabajadores a un régimen laboral mixto, que incluye el cumplimiento del principio de probidad; 3) que los bienes con que prestan el servicio son estatales y no propiedad privada; 4) que están sujetas a la fiscalización de la Contraloría General de la República; 5) que no hay libre competencia en el sector de los servicios sanitarios por ser el Estado el único que los presta; y 6) que si generan daños patrimoniales, es el Estado el que responde. Todo ello a partir de una suerte de reserva de actividad o *publicatio* acordada en un fallo judicial.

Bibliografía citada

- Aguilera Medina, C. (2020). ¿De qué hablamos cuando hablamos de servicio público? Notas para un análisis crítico. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, [S.l.] (31), pp. 5-31.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters.
- Büchi Buc, H. (1993). *La transformación económica de Chile*. Grupo Editorial Norma.
- Rojas Calderón, C. (2014). La categoría jurídica de los "servicios privados de interés público". El caso de las juntas de vigilancia de ríos". *Revista Chilena de Derecho* 41(14), pp. 171-204.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Thomson Reuters.
- Vergara Blanco, A. (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (12), pp. 33-49.
- Villagrán Abarzúa, M. (2015). *Manual de Derecho Municipal*. Ril Editores y Universidad Autónoma de Chile.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema. Tercera Sala. Rol 27.106-2019, 30 marzo 2020.