

# Del paradigma del control al paradigma del riesgo en la prestación de servicios sanitarios en España y Chile

From the paradigm of control to the paradigm of risk in the provision of sanitarian services in Spain and Chile

Luis Alfonso Herrera Orellana\*

El trabajo estudia las diferencias entre el paradigma del control y el paradigma del riesgo en el derecho administrativo a partir de la normativa rectora de los servicios sanitarios en España y Chile, y propone la aplicación integral del paradigma del riesgo en los servicios sanitarios del país.

The work studies the differences between the control paradigm and the risk paradigm in administrative law based on the governing regulations for sanitarian services in Spain and Chile and proposes the comprehensive application of the risk paradigm in the country's sanitarian services.

**Palabras clave:** control, riesgo, Estado garante, servicio público, servicios sanitarios.

**Keywords:** control, risk, guarantor state, public service, sanitarian services.

## Introducción

La ocurrencia en los últimos años, en diferentes regiones de Chile, de casos de interrupción o suspensión de servicios sanitarios como el suministro de agua potable, como el ocurrido en Osorno en julio de 2019<sup>1</sup>, ha dado lugar a relevantes discusiones en el ámbito jurídico, vinculadas con el régimen aplicable a la prestación de los servicios sa-

\* 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, Chile. Dirección postal: Dublé Almeida 1880, 162, Ñuñoa, Santiago de Chile. Correo electrónico: laho76@gmail.com.

<sup>1</sup> Véase el editorial dedicado al caso "Responsabilidades en caso ESSAL", publicado en La Tercera el 03.08.19. <https://bit.ly/39vKVAd>.

Artículo recibido el 23 de enero de 2021 y aceptado el 29 de mayo de 2021.

RESUMEN / ABSTRACT

nitarios en Chile, y de forma más general, con la regulación de los servicios públicos en el país.

La circunstancia señalada ha generado, de parte de la institucionalidad vigente y la dogmática administrativa, respuestas previsibles, que van de la aplicación de sanciones desde diferentes ordenamientos sectoriales, generadoras de tensiones con el principio del *non bis in idem* y la garantía de la propiedad privada, hasta considerar la posibilidad de declarar la caducidad de la concesión con base en la cual se presta el servicio, a fin de sustituir al proveedor responsable de la falta de continuidad o de calidad de la prestación.

Asimismo, ante las interrupciones y deficiencias atribuibles a algunos grupos intermedios o proveedores privados de servicios sanitarios, se han propuesto, por ejemplo, en las XVI Jornadas de Derecho Administrativo celebradas en octubre de 2020<sup>2</sup>, modificaciones a la regulación actual que incluyan: a) fortalecer la potestad sancionatoria, ampliando y agravando las sanciones aplicables a los proveedores, b) reservar y atribuir a las Municipalidades la titularidad del servicio para encomendarles su gestión directa, y c) reinterpretar la naturaleza de la caducidad de la concesión y simplificar el procedimiento para su aplicación, para excluir a los proveedores fallidos con más prontitud, sin tener que cumplir con todas las garantías de un procedimiento sancionatorio.

Incluso antes de las referidas Jornadas, ya se había planteado: d) aplicar íntegramente el régimen concesional, para así incluir tanto el rescate de la concesión como la reversión de bienes al pasar a estar limitadas en el tiempo dichas concesiones<sup>3</sup>, y e) fortalecer, en definitiva, el control y poder de sanción, más que la direccionalidad, de la Administración sobre la gestión del servicio, sobre todo en los casos en que éste es prestado por privados<sup>4</sup>.

Ahora bien, ¿han sido medidas como las antes mencionadas las que han adoptado en otros países para asegurar un incremento de la continuidad, universalidad y calidad de los servicios públicos en general, y de los servicios sanitarios en particular?

La respuesta es negativa, en tanto que las medidas previamente mencionadas son expresión de una comprensión o paradigma del derecho administrativo que enfrenta serias dificultades para brindar a la Administración Pública y a los privados que realizan actividades de interés general herramientas para enfrentar con éxito las problemáticas que deben enfrentar, tal y como lo exponen Beck en el ámbito de las ciencias sociales<sup>5</sup>, y Schmidt-Assman<sup>6</sup> y Esteve en el ámbito del derecho administrativo<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Las ponencias en que fueron planteadas las alternativas que se mencionan de seguidas pueden consultarse en línea en la página de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile, en la dirección: <https://www.adad.cl/proximas-jornadas>.

<sup>3</sup> MOLINA 2017, 89 y ss.

<sup>4</sup> PERALTA 2006, 164.

<sup>5</sup> BECK 2002, 85 y ss.

<sup>6</sup> SCHMIDT-ASSMAN 2012, 34 y ss.

<sup>7</sup> ESTEVE 2015a, 97.

Ese paradigma, surgido durante la *primera modernidad* en términos de Beck, ha sido denominado por la doctrina más reciente dedicada al tema<sup>8</sup> como el *derecho administrativo del control* (en lo que sigue, paradigma del control), bajo el cual el Estado es titular, prestador, planificador y conductor tanto de los servicios públicos como de la economía en general, especialmente de las actividades de interés general.

Como lo explica Rojas, el paradigma del control es:

(...) el modelo usado tradicionalmente para todo ello, bajo los criterios regulares de fórmulas explicativas e instrumentales basados en el control (...) se basaba en una separación fundamental: por un lado estaba el Estado con la suma de los poderes públicos, y por el otro, los individuos que individual o conjuntamente –la Sociedad– se defendía de esos poderes ejerciendo sus derechos subjetivos; y buena parte de las instituciones de control se explican a partir de esta perspectiva: la acción de nulidad, de exceso de poder, de responsabilidad, entre otras<sup>9</sup>.

Sin embargo, los países con mejor desempeño en el ámbito de los servicios públicos, incluidos los servicios sanitarios, como pueden ser Inglaterra y Alemania, desde fines del siglo XX han venido ajustando sus marcos normativos y prácticas institucionales a un nuevo paradigma que cabe denominar *derecho administrativo del riesgo* (en lo que sigue, paradigma del riesgo).

Este último procura dotar a la Administración Pública de potestades y técnicas para identificar, regular y contribuir con los privados en la gestión de los riesgos derivados del progreso tecnológico, ahora bajo las preocupaciones propias de la llamada, también por Beck, *segunda modernidad* o modernidad reflexiva<sup>10</sup>.

Siguiendo de nuevo a Rojas, se trata de un "(...) Derecho Administrativo de la 'luz verde', enfocado en el efectivo, apropiado y oportuno diseño y ejecución de las políticas públicas regulatorias y de servicio público"<sup>11</sup>.

Centrado en la distinción entre peligros y riesgos, así como en la diferenciación de los riesgos intolerables y los riesgos aceptados<sup>12</sup>, el paradigma del riesgo plantea también la necesidad de innovar el rol del Estado, proponiendo así más que una evolución del Estado social, la configuración de un *Estado garante*<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> ROJAS 2019a, 10 y ss.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 56.

<sup>10</sup> ESTEVE 2015a, 98.

<sup>11</sup> ROJAS 2019a, 63.

<sup>12</sup> ESTEVE 2018, 361 y ss.

<sup>13</sup> "El Estado ha de mantener en lo posible, garantizar, sus fines sin disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes. (...) El Estado garante tiene, pues, ante sí el reto de mantener los fines sin disponer de los medios. El Estado garante no asume así una responsabilidad de prestación, entre otras razones porque ha perdido buena parte de sus posiciones e instrumentos, sino una responsabilidad de garantía de esas prestaciones. El Estado garante se

Bajo el nuevo paradigma, se plantea asumir la gestión de los riesgos tolerables mediante una metodología direccional, basada en indicadores empíricos adoptados a través de una regulación horizontal, que supone la participación constante de los grupos intermedios sujetos a verificación<sup>14</sup>.

Si bien los casos de Reino Unido<sup>15</sup>, Nueva Zelanda<sup>16</sup> y Alemania<sup>17</sup> son algunos de los más destacados en la aplicación del paradigma del riesgo, decidimos tomar como referencia extranjera, a España y su régimen de los servicios sanitarios, por dos motivos específicos. Primero, porque en dicho país se emplea, igual que en Chile, la concesión para habilitar la prestación de estos servicios, con la diferencia de que en España es una actividad reservada y en Chile no; y, segundo, porque en Hispanoamérica se suele invocar con frecuencia el derecho español como ejemplo a seguir para la mejora de las instituciones jurídicas internas. Sin embargo, el análisis aquí desarrollado mostrará la necesidad de tener cautela, al menos en materia de servicios sanitarios, al buscar en el derecho español fórmulas de mejora al derecho chileno.

A la luz de lo señalado, este trabajo, en primer lugar, describe de forma sucinta la situación en España y Chile de la prestación de los servicios públicos bajo el paradigma del control, y en particular en el ámbito de los servicios sanitarios, sector que se analiza en sus aspectos generales por ser un ámbito idóneo para adoptar cambio de paradigma apropiado para enfrentar las dificultades que ha presentado en años recientes en el país; en segundo lugar, describe el impacto que en España, por influencia del derecho comunitario europeo<sup>18</sup>, y en Chile<sup>19</sup> está generando la aún incipiente adopción del paradigma del riesgo en la prestación de servicios públicos, en especial en la prestación de los servicios sanitarios, y, en tercer lugar, expone el impacto favorable que tendría el asumir en Chile el paradigma del riesgo en el ámbito de los servicios sanitarios.

## I. La prestación de los servicios públicos, y en particular de los servicios sanitarios, bajo el paradigma del control

### 1. Premisas básicas del paradigma del control

El paradigma del control, como ya se adelantó, deriva de las ideas de la llamada primera modernidad, época dominada por un profundo sentimiento de confianza en el progreso humano, apoyado en los avances científicos y el

---

presenta, así como alternativa al Estado prestacional, pero con el mismo objetivo de realización del Estado social". ESTEVE 2015b, 21.

<sup>14</sup> BARNES 2012, 308 y ss.; ESTEVE 2015b, 26 y ss.

<sup>15</sup> ESTEVE 2015b, 37.

<sup>16</sup> ARANCIBIA 2012, 271 y ss.

<sup>17</sup> ESTEVE 2012, 34 y ss.

<sup>18</sup> ESTEVE 2015c, 31 y ss.

<sup>19</sup> ROJAS 2019b, 126 y ss.

proceso de industrialización, y que puede situarse entre inicios del siglo XIX y la segunda mitad del siglo XX<sup>20</sup>.

Según Beck<sup>21</sup>, lo característico de ese período es la convicción de que el ser humano puede mejorar sus condiciones de vida de forma constante y lineal, vía *individualización*, sin intermitencias ni fallos en el proceso de mejoramiento, gracias a las capacidades de control y planificación adquiridas sobre la naturaleza y la sociedad, respectivamente.

Tales ideas se manifestarán de forma muy nítida en el campo jurídico, y en especial en el derecho público de los países de Europa continental y, luego de las independencias, de los países hispanoamericanos, centrados en lograr controlar el poder administrativo<sup>22</sup>.

Acaso la más directa manifestación de tal influencia en el ámbito político y jurídico será la asunción por parte del Estado, como titular, de una serie de servicios que en tiempos previos a la primera modernidad prestaban particulares, a través de grupos intermedios, siendo la justificación de esa medida la urgencia de satisfacer necesidades públicas vinculadas a tales servicios y hacerlo de forma continua y con acceso universal<sup>23</sup>.

Así, durante la primera modernidad, se asumió casi sin disenso que el Estado, a través de la conducción de la Administración Pública, estaba en mejor posición que los grupos intermedios de asegurar tales servicios al conjunto de la población, por estar dicha organización política en dominio de los avances científicos y de los aportes de la industrialización, subordinados ambos a la satisfacción de intereses generales.

En tal contexto, como se ha explicado en múltiples trabajos dedicados al tema, surgió la teoría del servicio público, conforme a la cual se expone que la principal causa de existencia del Estado es la prestación de servicios públicos, bajo principios y reglas del derecho público excluyentes del derecho privado, a fin de satisfacer de forma continua y universal las necesidades públicas así calificadas por la legislación<sup>24</sup>.

Bajo su cobertura, las incipientes actividades de prestación, como el suministro de agua, de recolección y disposición de aguas servidas y de alcantarillado (en lo que sigue, servicios sanitarios), entre otras, pasaron de ser actividades privadas con poca o ninguna presencia estatal, a ser actividades de titularidad estatal con ninguna o muy restringida participación privada<sup>25</sup>, por ejemplo, vía concesión de servicio público.

<sup>20</sup> ESTEVE 2015a, 97

<sup>21</sup> BECK 2002, 108 y ss.

<sup>22</sup> MONTT 2010, 7-9.

<sup>23</sup> ROJAS 2014c, 174 y ss.

<sup>24</sup> ESTEVE 2015a, 102-103.

<sup>25</sup> Como se muestra, para el caso de España, en MATÉS 2017.

Del mismo modo, pasaron dichas actividades de prestarse a través de la gestión privada de forma intermitente y desigual, a estar obligadas a prestarse a través de la gestión estatal de forma continua y universal, con las inevitables diferencias que puedan encontrarse en el cumplimiento de tales obligaciones de un país a otro.

A partir de la confianza en la capacidad de control y prestación por el Estado de los servicios públicos, resultó inevitable que, durante el largo período de predominio del paradigma del control en el derecho administrativo, en éste se asumieran de forma pétrea dos premisas centrales.

En primer lugar, la primacía de la Administración Pública frente a los grupos intermedios para tutelar el interés público y prestar de forma directa servicios dirigidos a satisfacer necesidades públicas así calificadas por la ley, mediante el empleo de técnicas y potestades tales como la reserva, la autotutela, la planificación y la sanción.

Y, en segundo lugar, el control de legalidad formal de la actividad administrativa como máxima prioridad de la disciplina, orientado a corregir el exceso de poder de la autoridad al ejercer las técnicas y potestades mencionadas, pero sin evaluar, controlar y cuestionar sus razones de fondo para decidir en casos concretos<sup>26</sup>.

Tales premisas, como se expondrá en el capítulo II de este trabajo, han experimentado un importante debilitamiento a partir de la década de los años 80 del siglo XX, a tal punto que al menos la primera de ellas, en muchos países de Europa continental<sup>27</sup> y en no pocos de Hispanoamérica<sup>28</sup>, han sido abandonadas casi por completo.

Sin embargo, tal y como lo muestra el sector de los servicios sanitarios tanto de España como de Chile, las premisas centrales del paradigma del control siguen teniendo vigencia y no poca influencia, tanto en la legislación aplicable como en la práctica de las autoridades administrativas y de los órganos jurisdiccionales encargados de controlar la actividad de esas autoridades.

Ejemplo emblemático de lo anterior es España, país en el cual los servicios sanitarios son todavía de titularidad estatal, si bien están descentralizados en las autoridades locales, al ser una competencia propia de los Ayuntamientos, y son susceptibles de prestación por particulares a través de concesiones<sup>29</sup>.

Tal fenómeno también se observa en Chile, país en el cual, a pesar de la liberalización de actividades de prestación tales como los servicios sanitarios,

<sup>26</sup> ROJAS 2019a, 60 y ss.

<sup>27</sup> Respecto, por ejemplo, de la situación de los servicios económicos de interés general en los países que integran la Unión Europea, ver LAGUNA 2019, 168 y ss.

<sup>28</sup> Sobre la situación en algunos países hispanoamericanos, véanse los trabajos incluidos en la obra colectiva coordinada por CIENFUEGOS SALGADO y RODRÍGUEZ LOZANO 2008.

<sup>29</sup> MESTRE 2009.

el suministro de energía eléctrica, las telecomunicaciones y el suministro de gas, entre otras<sup>30</sup>, se advierten todavía elementos propios del paradigma del control en la supervisión, ejecución y control de dichas actividades, como pasamos a examinar con más detenimiento.

## 2. Algunas manifestaciones del paradigma del control en la prestación de servicios sanitarios en España y en Chile

### a) *Caso España*

Como ya se indicó, en el caso español los servicios sanitarios, denominados servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales, son una actividad reservada a las autoridades municipales, según lo dispuesto en el artículo 25.2.l de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985, siendo tarea de los Ayuntamientos encargarse de su gestión directa<sup>31</sup>.

Tal reserva de actividad no ha impedido que, mediante la aplicación de normativas reguladoras del aprovechamiento de aguas, como la Ley de Aguas, las autoridades municipales hayan procurado emplear diferentes fórmulas para asegurar el servicio, entre otras, la formación de mancomunidades, de consorcios públicos, la colaboración con las Comunidades Autónomas y, sobre todo, la concesión de servicio público<sup>32</sup>.

Al investigar sobre las particularidades del régimen de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales en España, se observa que predominan los trabajos dedicados al estudio de las razones históricas de por qué es una competencia local y no estatal, al análisis de las competencias y potestades que la Administración local ha tenido y tiene para gestionar la actividad, y a identificar los desafíos que supone el encomendar a grupos intermedios la prestación directa de estos servicios<sup>33</sup>.

En cambio, pocos trabajos examinan las razones por las cuales es la concesión y no la prestación directa a través de organismos administrativos, incluso por influencia del derecho comunitario europeo, la técnica que los Ayuntamientos españoles han adoptado para asegurar la continuidad, universalidad y calidad de los servicios<sup>34</sup>.

Asimismo, a pesar del predominio de la gestión privada en este sector de los servicios económicos de interés general, según la categoría empleada por el derecho comunitario europeo, no profundizan en el por qué se sigue analizando jurídicamente la prestación de dichos servicios desde la técnica

<sup>30</sup> ROJAS 2014b, 14 y ss.

<sup>31</sup> CALVO 2010, 302

<sup>32</sup> GARCÍA 2012a y 2012b.

<sup>33</sup> MATÉS 2017.

<sup>34</sup> Uno de esos trabajos que aborda el uso de la concesión, aunque desde una perspectiva crítica, es el de LÓPEZ DE CASTRO 2014, 181 y ss.

del servicio público en lugar de hacerlo desde la técnica de la fiscalización o, más correctamente, de la regulación de riesgos.

Por último, salvo en las investigaciones de Esteve y algunos otros pocos juristas<sup>35</sup>, no es factible encontrar estudios jurídicos que describan o analicen la factibilidad de ajustar el régimen de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales al paradigma del riesgo, a pesar de que este último es el que más influencia ha tenido en el desarrollo del derecho comunitario europeo, promotor de la iniciativa privada y la competencia efectiva.

Cabe presumir que el énfasis que la legislación vigente y al menos una parte de la dogmática española dedicada al estudio de los servicios sanitarios dan al rol de la Administración Pública como titular de la prestación de los servicios sanitarios y de potestades de planificación y sanción, sin prestar la misma atención al rol de los grupos intermedios proveedores de los servicios, obedece a la importante influencia que el paradigma del control tiene todavía en el derecho administrativo de este país.

En tal sentido, tanto en este sector como en otros con actividades todavía reservadas al Estado por estar calificadas como servicio público, no se aborda el rol de los privados desde la perspectiva de los incentivos, riesgos y capacidades que ellos asumen y tienen para prestar los servicios en mejores condiciones que la Administración, sino como meros auxiliares de la autoridad titular de la actividad en su labor de satisfacción de intereses públicos<sup>36</sup>, lo que estimula los cuestionamientos formales a su desempeño, guiado naturalmente por factores como la rentabilidad y la eficiencia.

Por otro lado, tampoco facilita, con los matices que se harán en el capítulo II, el que a nivel normativo y dogmático no se profundice en la necesaria diferenciación entre las condiciones de prestación de los diferentes servicios públicos, lo que es indispensable para darle preeminencia al cumplimiento por los particulares de la regulación que los rige, por sobre la sanción de los incumplimientos de dicha regulación.

Lo anterior dificulta el análisis de los riesgos tolerables en cada caso, lo que a su vez es consecuencia de continuar operando bajo los esquemas de la teoría del servicio público tradicional<sup>37</sup> y del Estado social, y sin asumir las innovaciones del Estado garante y su propuesta de reorientación del derecho administrativo, como un derecho no reservado solo a la Administración Pública<sup>38</sup>.

#### *b) Caso Chile*

En Chile, la liberalización o apertura a la iniciativa privada y competencia de los servicios públicos no ha implicado, más allá del contenido de la legisla-

<sup>35</sup> ESTEVE 2018, 387 y ss.

<sup>36</sup> Como se desprende del análisis expuesto por GARCÍA 2012a y 2012b.

<sup>37</sup> CHINCHILLA 1991, 946 y ss.

<sup>38</sup> ESTEVE 2012, 28 y ss.

ción y las regulaciones sectoriales, un cambio de raíz en el paradigma desde el cual se conciben tanto el rol del Estado como de los particulares en esta materia de especial relevancia en toda sociedad.

En efecto, si bien desapareció la *publicatio* de casi todas las actividades consideradas por la ley como servicio público, que antes de la década de los años 80 del siglo XX eran de exclusiva titularidad estatal, y se crearon progresivamente organismos administrativos de fiscalización sectorial, dictándose además regulaciones especiales por sector, en la práctica, las premisas desde las que han operado desde entonces y hasta la fecha los nuevos actores institucionales y privados han sido las del paradigma del control.

Situación que, debe destacarse, ha contado con el respaldo de un reconocido sector de la doctrina patria, afín a la teoría tradicional del servicio público<sup>39</sup>.

Asimismo, el mantenimiento de la concesión en lugar de la autorización como técnica administrativa para supervisar la prestación de los servicios públicos<sup>40</sup>, incluidos los servicios sanitarios, a pesar de no existir la situación de reserva que como se examinó antes sí rige en España, la carencia en los fiscalizadores de competencias propuestas por el modelo de supervisión basada en riesgos (en lo que sigue, SBR), propio del paradigma del riesgo y del Estado garante, así como el énfasis creciente en la actividad sancionatoria y en la fiscalización no focalizada de la acción de los proveedores, son indicadores de la persistencia del viejo paradigma en el ámbito de los servicios públicos del país.

Por último, la incertidumbre sobre los derechos y garantías jurídicas de los proveedores privados de servicios públicos, por ejemplo, en supuestos como el de la prohibición de ser sancionados dos veces por la misma conducta o hecho, o el de la propiedad privada sobre las aguas servidas tratadas por el proveedor con recursos propios, evidencian que no hay todavía superación del paradigma del control.

En parte al menos, las causas de tal persistencia pueden provenir de algunos criterios jurisprudenciales, en materia de servicio público en general y de servicios sanitarios en particular, que pasamos a exponer y comentar de seguidas, dejando su análisis más pormenorizado a otro trabajo actualmente en preparación.

Algunos de esos criterios soslayan la liberalización vigente, al no aludir a ella de ninguna forma, no establecen las consecuencias de la eliminación de la *publicatio* legislativa sobre estas actividades y, en cambio, sí afirman que "el Estado tendrá un papel principal en materia de servicio público"<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Entre otros, PIERRY 1977; y SILVA 1995, 67 y ss.

<sup>40</sup> ARANCIBIA 2020, 26 y ss.

<sup>41</sup> Corte Suprema Rol 73.923-2016.

En tal sentido, se sostiene que: "(...) d) se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las que monopólicamente le correspondan al Estado", sin indicar que, en materia de servicios públicos, salvo a nivel local<sup>42</sup>, no hay actividades reservadas al Estado chileno.

Otros criterios, en este caso contenidos en fallos de la Corte Suprema de Justicia, parecen anclados a la teoría tradicional del servicio público, coherente del todo con las premisas del paradigma del control, pues en ellos se afirma que en Chile "el Estado ha decidido asumir a través del sistema de concesión de servicio público"<sup>43</sup>, sin aclarar que más bien el Estado decidió abrir los servicios públicos, y más en concreto los sanitarios, a la iniciativa privada, solo que manteniendo la concesión en lugar de la autorización como técnica para habilitar y fiscalizar la acción de los grupos intermedios.

En tales casos se llega a indicar que, en tanto concesionarios de un servicio público, no cabe considerarles "actividad empresarial de naturaleza privada", al estar destinada su gestión a "satisfacer una necesidad de interés general de manera regular y continua", obviando que, en tales casos se aplican también normas de derecho privado, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de continuidad, universalidad y calidad.

Añádanse criterios en los cuales al proveedor del servicio público se le asimila a un órgano del Estado, al afirmar que aunque se trate de un proveedor privado es "el Estado mismo" dado que presta un servicio que éste "ha decidido asumir a través de concesión"<sup>44</sup>, siendo lo más delicado del asunto que, como se examinó en otro lugar<sup>45</sup>, la asimilación busca liberar a las empresas sanitarias de obligaciones regulatorias urbanísticas, relevantes para la tutela de las personas y sus bienes a nivel local.

No obstante lo previsto en la vigente Constitución y en la legislación reguladora de los servicios públicos, se encuentran votos disidentes, redactados por insignes catedráticos de la disciplina en el país, que reconocen a partir de la variabilidad y mutabilidad del concepto de servicio público, que "dependerá de lo que el Estado –sus gobernantes– a través de la ley, decida asumir en un momento dado"<sup>46</sup> para conocer las implicaciones y condiciones de prestación de una actividad calificada como servicio público.

En tales casos, se encuentran afirmaciones tales como "(...) puede ocurrir que una actividad sea servicio público en algún tiempo y en otro no", que "la intención del legislador de transformar o crear una actividad como servicio público, tratándose de personas jurídicas de derecho privado, no es explícita en muchos casos", lo que puede interpretarse como el reconocimiento de la

<sup>42</sup> Una postura crítica de este caso en AGUILERA 2020, 25 y ss.

<sup>43</sup> Corte Suprema Rol 8.268-2012.

<sup>44</sup> Corte Suprema Rol 27.106-2019.

<sup>45</sup> HERRERA 2020, 196.

<sup>46</sup> Corte Suprema Rol 25.123-2015.

potestad del Estado de dirigir a los proveedores privados de servicios públicos a partir de criterios estrictamente políticos sin incurrir en antijuridicidad.

Asimismo, cabe destacar la existencia de criterios que erosionan una garantía esencial en una sociedad democrática cuya Constitución es la norma suprema del ordenamiento, como es la reserva legal.

En unos casos, el criterio permite extender *ad hoc*, de forma tónica, la calificación legal como servicio público de una fase de una actividad privada a otras fases de esa misma actividad<sup>47</sup>.

Mientras que, en otros casos, el criterio permite a órganos del Estado diferentes al Congreso de la República, como son la Contraloría General de la República o el Poder Judicial, aplicar la calificación de servicio público, anclada al paradigma del control, a las actividades abiertas a la iniciativa privada que juzguen susceptibles de esa calificación<sup>48</sup>.

Por último, cabe resaltar la presencia de criterios que complican la adopción del paradigma del riesgo en el ámbito de los servicios públicos, como aquél que sostiene que los proveedores de servicios sanitarios deben restituir las aguas servidas o tratadas por ellos, sin derecho a disponer de ellas, que cuestiona a la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en lo que sigue, SISS) por no exigir al proveedor del servicio cumplir con esa obligación de restitución, y que se señala que el Poder Judicial no tiene "competencia para determinar si la interpretación dada por la Superintendencia a la norma en análisis era la correcta o no"<sup>49</sup>.

Mientras en la doctrina administrativa de la Contraloría General de la República, como se verá en el capítulo II de este trabajo, se pueden encontrar criterios favorables a la adopción del paradigma del riesgo tanto en el sector de los servicios sanitarios como en otros sectores en que se prestan servicios públicos, será en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que, de un modo más indirecto pero notorio, se observan criterios que más bien pueden dificultar tal adopción.

Por ejemplo, en un caso relativo a la inaplicación de una disposición legal que permitía sancionar al proveedor dos veces por el mismo incumplimiento, solo que con base en dos "fundamentos" o fuentes formales diferentes, se consideró que no procedía inaplicar la ley pues cada uno de los organismos involucrados –Servicio Nacional del Consumidor y SISS–:

obran en ámbitos distintos, motivados a su vez por fundamentos disímiles y tutelando bienes diversos. Si se llegare a aplicar, en cada una de dichas sedes, no hay compromiso al principio del *no bis in idem*, como tampoco una superposición, interferencia o duplicación de funciones<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Corte Suprema Rol 4.365-2015.

<sup>48</sup> Corte Suprema Roles 18.930-2018 y 28.868-2019.

<sup>49</sup> Corte Suprema Rol 1.419-2009.

<sup>50</sup> Sentencia TC N° Rol 4795-18 (2018).

En refuerzo de tal conclusión, añadió que se estaba ante ordenamientos sectoriales rectores de los servicios públicos que prestan privados en ejercicio de derechos propios, y que:

(...) tales ordenamientos sectoriales lo que hacen es en esencia normar el funcionamiento de la actividad, regular la forma de prestación de los servicios (calidad, continuidad, tarifas si fuera el caso, etc.), establecer las atribuciones de la autoridad en su fiscalización y las sanciones por infracción a esa normativa<sup>51</sup>

Con lo cual, en lugar de enfatizar el cumplimiento de las obligaciones y la efectiva reparación de los daños generados a los usuarios por incumplimiento de aquéllas, se refuerza como prioridad la actividad sancionatoria de la autoridad fiscalizadora.

A modo de cierre de esta sección, en argumentos tanto de algunas disidencias como de prevenciones a fallos recientes del Tribunal Constitucional, en que se parece abandonar el criterio antes destacado, también es posible advertir criterios cercanos al paradigma del control, y por consiguiente lejanos del paradigma del riesgo.

Por ejemplo, se afirma en alguna disidencia que *“irán estableciéndose progresivamente parámetros de cumplimiento de las obligaciones de los prestadores (...) siendo absolutamente legítimo el configurar potestades sancionatorias al respecto (...) pudiendo o no concurrir varias a partir de un mismo hecho”*<sup>52</sup>.

En el mismo sentido, se considera que *“una definición más restringida, que entiende por servicio público toda actividad que las personas jurídicas administrativas ejercen directa o indirectamente para la satisfacción de necesidades colectivas, mediante procedimientos peculiares del Derecho Público (...) sustentado de la idea clásica de servicio público: la actividad excepcional exclusivamente asumida por la Administración, por incapacidad de la actividad individual, para realizar actividades de satisfacción práctica y necesidades colectivas”*<sup>53</sup>.

Así, de acuerdo con las consideraciones de la citada disidencia, se podría colegir que, en primer lugar, el mayor peso de la fiscalización de los servicios públicos recae en el ejercicio de la potestad sancionatoria antes que en el ejercicio de potestades orientadas al cumplimiento, y, en segundo lugar, que pervive una definición *“más restringida”* de servicio público, surgida de la *“incapacidad”* de la actividad individual, que justificaría asumir aquél como una *“actividad de personas jurídicas administrativas”*, a pesar que tal definición es difícil de encontrar operando en la práctica de otros países, con buenas experiencias en la prestación de estos servicios.

<sup>51</sup> *Ídem.*

<sup>52</sup> Sentencia TC N° Rol 8484-2020 (2020).

<sup>53</sup> *Ídem.*

## II. La prestación de los servicios públicos, y en particular de los servicios sanitarios, bajo el paradigma del riesgo

### 1. Premisas básicas del paradigma del riesgo

El paradigma del riesgo, siguiendo de nuevo a la doctrina consultada para describir el paradigma del control<sup>54</sup>, surge a partir de las ideas de la segunda modernidad, época signada por un sentimiento de inquietud y de responsabilidad ante las consecuencias no deseadas del progreso alcanzado por la humanidad, la cual se inicia a partir de la segunda mitad del siglo XX y llega hasta nuestros días.

De acuerdo con Beck<sup>55</sup>, lo específico de este tiempo será la preocupación por los efectos que el ser humano genera en la sociedad al usar las tecnologías y la industria que hace posible la mejora constante de sus condiciones de vida, el debilitamiento de la creencia en las capacidades de control y de planificación sobre la naturaleza y sobre la sociedad, y la aceptación de los riesgos asociados al progreso, así como la necesidad de gestionarlos<sup>56</sup>.

Todas estas ideas, como lo destaca Esteve, se han ido manifestando paulatinamente en el ámbito jurídico, con especial énfasis en el derecho público de países tanto europeos como hispanoamericanos, dando lugar al surgimiento de nuevas disciplinas como el derecho ambiental, y reorientando los principios y prioridades de otras, como el derecho administrativo<sup>57</sup>.

Aquí, una de las manifestaciones más relevantes de las ideas de la segunda modernidad en el ámbito político y jurídico será el cuestionamiento y progresivo abandono de la tesis de la titularidad estatal de actividades de satisfacción de necesidades públicas, a través del servicio público, dada la creciente incapacidad del Estado para cumplir ese cometido de forma continua y con acceso universal<sup>58</sup>.

De este modo, tanto en los países anglosajones como en los europeo-continetales e hispanoamericanos, se pasa a dudar que pueda el Estado, a través de la conducción de la Administración Pública, estar en mejor posición que los grupos intermedios de asegurar de forma continua y universal tales servicios al conjunto de la población, al no estar ya esa organización política en pleno dominio y control de los avances científicos y de las inno-

<sup>54</sup> ROJAS 2019a, 69 y ss.; y MONTT 2010, 10 y ss.

<sup>55</sup> BECK 2002, 203 y ss.

<sup>56</sup> ESTEVE 2015a, 98 y ss.

<sup>57</sup> *Ibidem*, 98. En el caso del derecho administrativo, esa reorientación del lleva a desplegar una actividad de garantía: "La función que le cumple a la actividad garante es la de mantener o recuperar la atención de los intereses generales en sectores y actuaciones situados de lleno bajo la iniciativa y dirección privada pero que tienen una dimensión pública por afectar a estos intereses". ESTEVE 2015b, 26.

<sup>58</sup> ESTEVE 2012, 21.

vaciones tecnológicas y económicas, desarrollados en ámbitos propios de la sociedad civil, el mercado y las relaciones internacionales<sup>59</sup>.

Es bajo tales circunstancias, como también se ha explicado en abundantes trabajos dedicados al tema<sup>60</sup>, que la teoría del servicio público debió renovarse a sí misma para reconocer, de un lado, que la prestación de servicios públicos no es lo único que justifica la existencia del Estado, y para aceptar, de otro, que el servicio público debe concebirse como una técnica de intervención de la autoridad administrativa, capaz de combinarse con normas de derecho privado para asegurar a través de la acción de grupos intermedios la satisfacción de forma continua y universal de necesidades públicas así calificadas por la legislación.

Así, desde razones técnicas y prácticas que buscan mantener la factibilidad de los fines del denominado Estado social, el paradigma del riesgo ha impulsado la transferencia de numerosas actividades de prestación como, entre otras, las de servicios sanitarios, a la gestión privada bajo la fiscalización y dirección de la autoridad administrativa, reduciendo los casos de titularidad estatal y sustituyendo la técnica de habilitación empleada al pasar de la concesión de un servicio público a la autorización para dedicarse a una actividad liberalizada.

Por esta vía, pasaron dichas actividades de prestarse a través de la gestión estatal, al margen de lo prescrito por la legislación, de forma intermitente y desigual debido a la falta de recursos, la ineficiencia burocrática y el rezago técnico, a prestarse a través de la gestión privada de forma más eficiente y próxima a los principios de continuidad y de universalidad, al exigir la legislación a esa gestión el cumplimiento de ciertas obligaciones de servicio público y reorientar el rol de la Administración, a partir de la idea de un Estado que garantiza las prestaciones en lugar de ofrecerlas directamente<sup>61</sup>.

El cambio de perspectiva, operado por la fuerza de los hechos, en cuanto al rol que tanto el Estado como los privados deben asumir y mantener para que los servicios públicos puedan ser disfrutados por la población en su conjunto, ha generado un paulatino debilitamiento de las dos premisas centrales del paradigma del control, si bien no todavía a su definitivo abandono y superación, así como a la adopción de tres nuevas premisas.

En primer lugar, la reorientación de la Administración Pública en nuevas técnicas de intervención como, por ejemplo, la SBR<sup>62</sup>, indispensables para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado social, entre ellos la prestación continua y universal de los servicios públicos, y priorizando el cumplimiento antes que la sanción por incumplimiento.

<sup>59</sup> ESTEVE 2015b, 17 y ss.

<sup>60</sup> Entre otros, ver DE LA CUÉTARA 1997, 156 y ss.

<sup>61</sup> CAMACHO 2010, 273 y ss.

<sup>62</sup> ARANCIBIA 2012, 268 y ss.; ROJAS 2019a, 83 y ss.

En segundo lugar, el establecimiento de garantías jurídicas para los grupos intermedios a fin de que ejecuten una prestación eficiente y segura de los servicios públicos, a través de mecanismos de colaboración público-privada, a partir del inequívoco reconocimiento de que la gestión privada cuenta con los incentivos, recursos y capacidades adecuadas para realizar la prestación directa de los mismos, si bien sujeta a fiscalización y al cumplimiento de ciertas obligaciones de servicio público<sup>63</sup>.

Y, en tercer lugar, el redimensionamiento del control jurídico de la actividad administrativa, para hacerlo más complejo al incluir la evaluación jurisdiccional, junto a la juridicidad en sentido estricto, la revisión de los elementos materiales de la decisión administrativa, para contribuir a la mejor gestión de los riesgos tolerables<sup>64</sup>.

A pesar de la aceptación tanto doctrinaria como institucional de estas premisas, en diferentes países tanto de tradición jurisprudencial como de tradición legislativa, las mismas han experimentado a partir de la década de los años 80 y sobre todo 90 del siglo XX una muy desigual aplicación.

En efecto, mientras la primera de ellas muestra importantes concreciones y estabilidad en diferentes países, la segunda y tercera aguardan por mayor desarrollo y consolidación, si se tienen presente las objeciones que aún se formulan contra la gestión privada de los servicios públicos<sup>65</sup> y los insuficientes criterios que emplean las jurisdicciones para ejercer el control de la actividad administrativa en éstas y otras áreas similares.

Si nos centramos de nuevo en el caso de los servicios sanitarios, se puede constatar, como se adelantó en el capítulo I, que las premisas centrales del paradigma del riesgo han venido ganando espacio a las premisas del paradigma del control, sobre todo por el rol que a los particulares asigna la legislación aplicable a dichas prestaciones. Sin embargo, su impacto sigue siendo todavía muy incipiente en la práctica tanto de las autoridades administrativas como de los órganos encargados de controlarlas jurisdiccionalmente.

Al retomar los casos de los países examinados para este trabajo, se puede advertir como en España, a pesar de la titularidad estatal de los servicios sanitarios, se prestan en general a través de proveedores privados que operan bajo el sistema de concesiones, siendo aquí la excepción la prestación directa por los Ayuntamientos de tales servicios.

En el caso de Chile, que bien podría considerarse más avanzando a nivel legislativo que España y otros países debido a la liberalización de los servi-

<sup>63</sup> BARNES 2012, 309 y ss.

<sup>64</sup> "Desde esta perspectiva, la actuación de la Administración, de la que en todo caso, como acabo de indicar, se afirma su 'posición propia', vendría analizada no solo desde parámetros de legalidad formal, propios del método estrictamente jurídico, sino también desde parámetros de racionalidad económica y de eficacia en la resolución de los problemas sociales y en la satisfacción de las necesidades colectivas" CARRO 2014, 41.

<sup>65</sup> VERGARA 2005, 5 y ss.

cios sanitarios, como quedó de manifiesto en el capítulo I, persisten elementos propios del paradigma del control tanto en las condiciones de operación de los proveedores privados como en la práctica de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, lo que impide apreciar cambios sustanciales en este y otros sectores en que se prestan servicios públicos<sup>66</sup>.

2. Algunas manifestaciones del paradigma del riesgo en la prestación de servicios sanitarios en España y en Chile

a) *Caso España*

Expuestas en el capítulo I de este trabajo las evidencias detectadas en torno al presumible predominio en España del paradigma del control, en especial en el ámbito de los servicios sanitarios, destacaremos a continuación los aspectos que, más allá de las fuentes formales y su interpretación oficial, permiten inferir que el paradigma del riesgo tiende ya y tenderá, en éste y otros sectores, a tener un mayor impacto e influencia en ese país.

Uno de ellos, por ejemplo, es el ya destacado predominio de la gestión privada en lugar de la estatal de los servicios abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales, sin que se planteen críticas serias a tal esquema, orientadas a la exclusión de los privados de la actividad o a la reducción de los otorgamientos de concesiones.

El predominio de la técnica concesional por delante de la prestación directa a través de empresas estatales u organismos similares muestra la oportuna aceptación, en este caso de las autoridades municipales, de que el conocimiento y capacidades científicas, técnicas y económicas necesarias para una adecuada prestación del servicio no son ya dominio del Estado, y que lo responsable ante los usuarios es trabajar con los grupos intermedios que sí dominan tales elementos.

Asimismo, cabe resaltar la expansión, calidad e incremento en el acceso a los servicios mencionados de un porcentaje creciente de la población española, gracias precisamente a la aplicación de un mecanismo de colaboración público-privado como es la concesión de servicio público<sup>67</sup>, lo que apunta a que predomine el interés por el cumplimiento antes que el interés por sancionar los incumplimientos y por controlar esa actividad sancionatoria.

Sin duda, el impacto ineludible del derecho comunitario europeo, así como la influencia de otros ordenamientos jurídicos junto a su dogmática y su jurisprudencia, en el derecho español, y más en concreto en el ámbito de los servicios públicos, es un factor que se debe destacar al examinar la influencia del paradigma del riesgo en sectores como el de los servicios sanitarios.

<sup>66</sup> BERMÚDEZ 2014, 314.

<sup>67</sup> Como se desprende de información consultada en el portal del Sistema Español de Información sobre el Agua (HISPAGUA) <https://bit.ly/3suFF8C>

En efecto, tanto ese derecho supranacional y vinculante de la Unión Europea, como el derecho público de prestigiosos países como Inglaterra y Alemania, se inclinan de manera resuelta hacia el modelo de la SBR en sustitución del tradicional sistema de potestades de control, gestión directa y sanción, reservando esta última para los incumplimientos de instrucciones específicas y focalizadas, emitidas con plena participación del proveedor.

Difícilmente, cabe concluir, se producirá en España un reforzamiento o retorno pleno al paradigma del control, mientras ese país siga siendo parte de la Unión Europea<sup>68</sup>, y sobre todo mientras los sistemas institucionales adoptados en países como los ya mencionados, sigan ofreciendo resultados positivos, en éste y otros servicios públicos, como los que esperan los usuarios en toda sociedad libre y democrática.

Para finalizar, y advirtiendo que por extensión del trabajo solo se ofrecen aquí algunos indicios de la influencia del paradigma del riesgo en el derecho español de los servicios sanitarios, debe señalarse como indicador de este fenómeno, en especial en la dogmática administrativa de dicho país, la creciente acogida nacional e internacional que ha tenido la obra de Esteve y de otros destacados juristas españoles<sup>69</sup>.

Dicha obra está dedicada, de manera central, al estudio y difusión del paradigma del riesgo, del Estado garante y de la adaptación de los regímenes jurídicos sectoriales positivos que regulan servicios públicos o actividades vinculadas con intereses generales, como las financieras en general, las de salud o educación, a las novedosas técnicas de intervención que estas ideas plantean.

Los trabajos en que se despliega esta valiosa doctrina, relevante para todos los países de habla hispana, se apoyan de forma manifiesta en las profundas y exitosas reformas que experimentó el Estado social en Alemania durante la década de los años 90 del siglo XX, cuando se hizo necesario, para evitar inequidad e inestabilidad social, adoptar la política de “adelgazar el Estado”, cuyos aspectos cardinales están desarrollados en el denominado informe “Schlanker Staat”, en el cual la aplicación del principio de subsidiariedad muestra un destacado papel central<sup>70</sup>.

Al margen de sus manifiestas coincidencias con análisis desarrollados por otras disciplinas del conocimiento en los ámbitos de las ciencias sociales<sup>71</sup>, la economía<sup>72</sup> y la filosofía<sup>73</sup>, es la dogmática alemana que surge tras la

<sup>68</sup> LAGUNA 2019, 161 y ss.

<sup>69</sup> Una importante parte de esta obra se recopila en MUÑOZ y ESTEVE 2010.

<sup>70</sup> En el sumario de dicho informe se afirmó: “La privatización –como consecuencia de una cualificada crítica de funciones– constituye un necesario cambio de vía por causas político-legales: corresponde al principio de subsidiariedad que el Estado deba retroceder cuando empresas privadas puedan realizar prestaciones de igual o mejor forma que las empresas públicas”. DARNACULLETA y TARRÉS 2000, 340.

<sup>71</sup> KRAUSE 2011, 124 y ss.

<sup>72</sup> MARTÍNEZ 2009, 255 y ss.

<sup>73</sup> RHONHEIMER 2017, 159 y ss.

aprobación y ejecución de las políticas planteadas en el referido informe, la que aportará sólidos fundamentos a los estudios dogmáticos españoles que hoy día, con aportaciones propias y consideraciones relevantes para las sociedades de habla hispana, plantean sin complejos la conveniencia de que el Estado asuma “una posición más retrasada y estratégica”<sup>74</sup>.

De este modo, apoyado en un conocimiento empírico, interdisciplinario y atento a la realidad humana y social, que se hace cargo de las consecuencias de las normas, políticas y sentencias que se producen desde el Estado, es que el paradigma del riesgo muestra una creciente y exitosa expansión en el tratamiento de los problemas propios del derecho administrativo en los inicios de esta tercera década del siglo XXI<sup>75</sup>, con respuestas más eficientes y beneficiosas para las autoridades y los usuarios, en comparación con las que ofrecen otros enfoques de la disciplina que asumen cierta noción del derecho, afincada en su autonomía, que lo aleja de su rol responsivo ante las problemáticas de la vida en común<sup>76</sup>.

#### b) *Caso Chile*

Tal y como lo destaca la doctrina nacional, el paradigma del riesgo ha sido adoptado en forma progresiva en algunos sectores sujetos a regulación económica, siendo ejemplos de ello el régimen aplicable a las materias ambiental, de bancos, seguros, pensiones, salud, libre competencia, trabajo y aprovechamiento de aguas<sup>77</sup>.

En concreto, en la normativa aplicable a dichas materias, así como de forma creciente en la praxis de los diferentes organismos de fiscalización que en ellas operan, se aprecian rasgos del modelo SBR, cuyo elemento central es el cambio de orientación de la supervigilancia que ha de ejercer la autoridad administrativa.

Dicha supervigilancia, como se ha explicado detenidamente<sup>78</sup>, en primer lugar, pasa a ser *focalizada y proporcional* y no ya general e ilimitada, centrada en monitorear el nivel de los riesgos tolerados asumidos por los grupos intermedios que operan en el sector.

En segundo lugar, es *colaborativa* y no unilateral, pues la matriz de riesgo de cada agente se define a partir de un trabajo conjunto entre la Administración y el particular interesado.

Y, en tercer lugar, es esencialmente *preventiva* antes que punitiva, al estar orientada al cumplimiento de las obligaciones sectoriales antes que a la búsqueda de incumplimientos para sancionar a los particulares sujetos a su fiscalización.

<sup>74</sup> ESTEVE 2015b, 19.

<sup>75</sup> DARNACULLETA, ESTEVE y SPIECKER 2015, 38 y ss.

<sup>76</sup> MUÑOZ 2011, 509 y ss.

<sup>77</sup> ARANCIBIA 2012, 273 y 274; ROJAS 2019a, 97 y ss., y 135 y ss.

<sup>78</sup> ARANCIBIA 2012, 268.

Tal entendimiento de la supervigilancia, tanto en los sectores antes mencionados como en otros a los que se pretenda extender en sustitución de la supervigilancia propuesta por el paradigma del control, ha de cumplir, a su vez, con específicos cometidos, muy diferentes a los presentes en el paradigma del control.

Esos cometidos, en síntesis, son: a) la *determinación de los riesgos tolerables o aceptados*, b) la *gestión de los riesgos aceptados*, a través del ejercicio de potestades y técnicas innovadoras, y c) la *determinación y aplicación de mecanismos de retribución o adjudicación de responsabilidad* al particular generador de daños<sup>79</sup>.

Valga indicar que el último de los cometidos señalados permite descartar toda sospecha respecto de la intención manifiesta o solapada del paradigma del riesgo de debilitar o privar a la Administración de su potestad sancionatoria. Muy por el contrario, como se ha señalado<sup>80</sup>, lo que busca es que la sanción no sea la principal tarea de la autoridad fiscalizadora, dado que ella ni asegura la continuidad y calidad de la actividad, ni evita los daños y tampoco los repara.

La aplicación de una sanción, tomada como principal tarea del fiscalizador, es insuficiente para la tutela de derechos de los usuarios y la reducción de niveles de riesgo derivados de la actividad desarrollada por los grupos intermedios.

Una multa, una suspensión, etc., se limita a castigar una infracción legal, a partir de la expectativa de que el reproche será suficiente para desincentivar incumplimientos futuros, pero siempre subordinado este análisis a la legalidad formal, sin tomar en cuenta los riesgos aceptados y la incertidumbre propia del sector en particular, así como tampoco el grado de responsabilidad que pueda tener la propia autoridad en la ocurrencia de los hechos perjudiciales.

Aclarado lo anterior, y para concluir con esta breve descripción de lo que caracteriza la acción fiscalizadora de las autoridades administrativas que operan en Chile con influencia del paradigma del riesgo, debe añadirse que el trabajo técnico de los organismos fiscalizadores se diferencia del realizado por autoridades similares en otros sectores del ordenamiento jurídico del país, en la medida que incluye, más allá de las típicas potestades y acciones regulatorias, elementos singulares, orientados a contribuir con el cumplimiento de los objetivos de la normativa vigente<sup>81</sup>.

Por ejemplo, a partir de la definición legal de los riesgos aceptados en cada sector, los fiscalizadores deben de forma coordinada con los regulados

<sup>79</sup> ROJAS 2019a, 83 y ss.

<sup>80</sup> ARANCIBIA 2012, 268; ROJAS 2019a, 144 y ss.

<sup>81</sup> ROJAS 2019a, 78 y 79.

determinar en cada caso cuáles son, entre los tolerados por la ley, los riesgos más apremiantes y probables.

Luego de ello, se definen, como ya se indicó de forma colaborativa, cuáles serán las medidas que los particulares se obligan a cumplir para reducir al máximo tales riesgos.

Y a partir de ello, mediante la integración de lo previsto en la legislación, en la regulación administrativa y en las obligaciones concretas que asuma el particular, es que ejerce la autoridad su supervigilancia, incluido el ejercicio, de proceder, de su potestad de sancionar, quedando así bastante atrás la antigua idea de una Administración suprema, que actúa de forma unilateral y con autotutela, sin atender la realidad de los particulares<sup>82</sup>.

Ahora bien, de todo lo antes expuesto, poco o nada se observa, en la actualidad, en el ámbito de las actividades de servicio público en Chile.

En efecto, un examen general tanto de la legislación como de la jurisprudencia aplicable a las actividades de suministro de energía eléctrica, de telecomunicaciones, de gas, de transporte terrestre y de servicios sanitarios, entre otros, así como de la dogmática dedicada a su estudio y de la doctrina de la Contraloría General de la República en que se analiza al servicio público como actividad, permite concluir que tales sectores siguen, en general, influidos por las premisas centrales del paradigma del control<sup>83</sup>.

Ni en el rol de la Administración fiscalizadora, ni en el estatuto de los proveedores de los servicios, tampoco en la relación jurídico-administrativa que mantienen ni en los criterios jurisprudenciales, como ya se mostró en el capítulo I, se advierte la recepción, siquiera tímida, de las premisas y técnicas del paradigma del riesgo, así como de la idea del Estado garante.

A pesar de lo anterior, estimamos que existen bases jurídicas suficientes en el caso chileno para, sin necesidad de urgentes reformas normativas y más bien a través de nuevas y adecuadas interpretaciones de las normas vigentes, acercar de forma progresiva la dinámica de las actividades calificadas por la ley como servicios públicos, y en particular la de servicios sanitarios, al paradigma del riesgo, a fin de superar las categorías del paradigma del control que aún condicionan su funcionamiento.

Ello, en primer lugar, debido a lo idóneo del todavía vigente régimen constitucional en materia económica, regido por el principio de subsidiariedad y la libertad económica como regla general, para impulsar una legislación y regulación administrativa orientada al paradigma del riesgo<sup>84</sup>.

En segundo lugar, debido a la vigencia a nivel legislativo de una política de liberalización de las actividades de servicio público, en sintonía con los

<sup>82</sup> MONTT 2010, 21.

<sup>83</sup> AIMONE y SILVA 2019.

<sup>84</sup> Siempre que se entienda la subsidiariedad en su doble manifestación y no solo en su expresión negativa o de abstención. Ver SOTO KLOSS 2011, 115 y ss.

casos más exitosos de prestación de tales servicios y las recomendaciones de organismos internacionales de cooperación<sup>85</sup>.

Y, en tercer lugar, por la existencia de algunos criterios tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como en la doctrina de la Contraloría General de la República y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, favorables o conexos al paradigma del riesgo, como se muestra a continuación.

Veamos algunos de estos criterios. En uno de ellos, por ejemplo, se estableció que un proveedor estatal que opera bajo una concesión de servicio sanitario –en el caso concreto se trató de un organismo municipal– está, igual que un proveedor privado del servicio, llamado a cumplir con las obligaciones previstas en otros sectores regulados en que requiera actuar para alcanzar sus cometidos como prestador de un servicio público, como es el sector de aprovechamiento de bienes nacionales de uso público, que en el caso de los cuerpos de agua está bajo la fiscalización de la Dirección Nacional de Aguas<sup>86</sup>.

Estimamos importante el criterio porque descarta el considerar a la Administración como liberada del cumplimiento de obligaciones legales vinculadas con la prevención de riesgos o la tutela de derechos de los particulares, y porque ratifica la potestad de fiscalización de un organismo administrativo que ya opera bajo criterios del paradigma del riesgo.

Otro criterio que merece atención, por obvio que pueda parecer su razonamiento, es el que ratificó el derecho de los proveedores de servicios públicos –en el caso concreto, de servicios sanitarios– al cobro de tarifas por el servicio prestado y la suspensión del servicio en caso de incumplimiento del pago por tratarse de un servicio público obligatorio.

En el mismo fallo, se declaró la inexistencia de un lapso de prescripción para ejercer la demanda ejecutiva de cobro de la tarifa adeudada y la sujeción de la actividad a un régimen especial, previsto en el D.F.L. N° 382, y la Ley N° 18.902, con preferencia a otros regímenes que apliquen al proveedor<sup>87</sup>.

Dicho en breve, el criterio reconoce la existencia de obligaciones contractuales entre el proveedor y el usuario que la calificación de servicio público de la actividad no elimina, que el derecho al cobro del proveedor no está sujeto a prescripción y la preeminencia de la regulación especial al resolver controversias entre proveedores y usuarios del servicio.

En el caso de la Contraloría General de la República, se observan dictámenes en los que, por ejemplo, se analiza la actividad del organismo fiscalizador de servicios sanitarios desde una perspectiva cercana al paradigma de los riesgos, al señalar que:

<sup>85</sup> VERGARA 2004, 41 y ss.

<sup>86</sup> Corte Suprema Rol 12.991-2019.

<sup>87</sup> Corte Suprema Rol 11.909-2019.

(...) la SISS debe ejercer una fiscalización permanente sobre los actos de las concesionarias, debiendo pronunciarse sobre la legalidad de los mismos en caso de ser requerida, por lo que corresponde que esa entidad determine (...) cualquier otra circunstancia que represente un riesgo para la continuidad y calidad de ese servicio<sup>88</sup>.

En idéntico sentido, en otros dictámenes ha indicado el órgano contralor que:

(...) compete a la SISS velar que los entes fiscalizados –calidad que posee la peticionaria– cumplan las disposiciones legales relativas a la prestación de los servicios sanitarios. También, que la preceptiva transcrita ha dotado a la SISS de diversas herramientas para llevar a cabo aquel cometido (...) y (...) adoptar las medidas que estime necesarias para resguardar los derechos de los usuarios y, en general, para velar por el cumplimiento de la normativa vigente<sup>89</sup>.

Como refuerzo de los criterios anteriores, ha establecido la misma autoridad que:

(...) la referida Superintendencia es (...) el organismo técnico normativo encargado de supervigilar a los prestadores de servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado, de tal manera que corresponde a esa entidad pronunciarse y evaluar que los servicios pertinentes sean prestados por sus agentes en condiciones satisfactorias (...) (aplica dictamen N° 21.747, de 2009)<sup>90</sup>.

Y ya a modo de cierre de esta sección, hemos de destacar que, en recientes sentencias, el Tribunal Constitucional ha adoptado criterios que pueden facilitar y potenciar la adopción del paradigma del riesgo en los diferentes sectores en que se prestan servicios públicos en Chile.

En una de ellas advirtió que los supuestos de la teoría tradicional del servicio público, vinculada al paradigma del control, "...no son del todo compatibles con el derecho público chileno, que parte por el deber del Estado de reconocer y amparar a los cuerpos intermedios de la sociedad"<sup>91</sup>.

Por último, en sentencia de reciente publicación, el Tribunal parece matizar su criterio respecto de la aplicación de múltiples sanciones a proveedores de servicios sanitarios a propósito de una misma conducta, al acordar inaplicar la norma que habilita al organismo fiscalizador a aplicar dos o más sanciones a raíz de un mismo incumplimiento, por infringir el principio *non bis in idem*<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> CGR, Dictamen N° 009402N16, 2016.

<sup>89</sup> CGR, Dictámenes N° E63587N20, 2020, y N° 53863, 2020.

<sup>90</sup> CGR, Dictamen N° 29.354, 2019.

<sup>91</sup> TC, Roles 5572-18 / 5650-18, acumulados.

<sup>92</sup> TC, Rol 8484-2020, de 08 de octubre de 2020.

### III. Impacto previsible de asumir el paradigma del riesgo en la fiscalización, prestación y control jurisdiccional en el sector de los servicios públicos sanitarios en Chile

Enfocados en este último capítulo del trabajo en la situación actual de los servicios sanitarios en Chile, cabe preguntarse: ¿cómo impactaría la adopción, con base en el marco normativo vigente, del paradigma del riesgo, sobre la actividad del organismo fiscalizador, sobre la operación de los proveedores del servicio y sobre el control jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial sobre ambas partes de la relación jurídico-administrativa del sector?

Tomando en cuenta las competencias actualmente atribuidas por la Ley N° 18.902 a la SISS<sup>93</sup>, en concordancia con el D.F.L N° 382 de 1982 y el D.F.L N° 70 de 1988, los derechos y garantías que esas fuentes formales reconocen a los proveedores de servicios sanitarios y los criterios presentes en la doctrina administrativa y la jurisprudencia chilenas sobre los servicios sanitarios, planteamos a continuación cómo podría impactar la adopción del paradigma del riesgo sobre el desempeño de cada uno de los involucrados en la prestación de aquéllos.

#### 1. En el rol de la SISS en tanto organismo fiscalizador

De la posición jurídica actual, de regulador y fiscalizador tradicional, pasaría la SISS a tener un rol más activo en el cumplimiento por parte de los proveedores, tanto privados como estatales, de sus obligaciones legales y concesionales, en beneficio de los principios de continuidad, universalidad y calidad propios del servicio público.

En síntesis, y siguiendo a Rojas, implicaría pasar de un rol anclado a la perspectiva de la "luz roja" centrado en incentivar la no realización de conductas contrarios al marco jurídico, a un rol orientado por la perspectiva de la "luz verde", a partir del cual desplegar estrategias complejas que "incluyan, además de la sanción, el uso de la persuasión, la negociación y lo que se denomina conversación regulatoria"<sup>94</sup>, así como la aplicación de la figura de la autodenuncia para evitar sanciones o al menos reducir su gravedad.

Tal y como lo plantea también Arancibia, se trata de adoptar criterios, protocolos, pautas y medidas que sienten las bases de una colaboración permanente y eficaz entre el fiscalizador y el fiscalizado, lo que "obliga a las

<sup>93</sup> El artículo 2° de la Ley N° 18.902 establece que: "...corresponderá a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que le sirven de base".

<sup>94</sup> ROJAS 2019a, 144.

autoridades a ‘salir de su zona de confort’ y asumir, inter alia, diálogos cara a cara y reuniones detalladas con las plantas gerenciales y directorios<sup>95</sup>.

Con éstas y otras acciones de similar orientación, la SISS podría, sin necesidad de cambios legislativos, migrar de un desempeño más distante de contribuir con que el servicio se preste en las condiciones que el marco regulatorio exige y que los usuarios esperan, a uno en que podrá tener, junto al prestador del servicio, mayor protagonismo, más allá de la reacción ante peligros, en la gestión de los riesgos, en la continuidad y calidad, lo mismo que en la ampliación de cobertura, de los servicios sanitarios<sup>96</sup>.

## 2. En el rol de los proveedores privados de servicios sanitarios

Aplicar las premisas del paradigma del riesgo a las condiciones de funcionamiento de los proveedores de servicios sanitarios implicaría, en general, fortalecer la protección de los derechos de los grupos intermedios que operan en el sector, incrementar los niveles de eficiencia, cumplimiento y calidad del servicio que entregan y determinar con mayor certeza y anticipación las obligaciones a que están sometidos, así como las consecuencias sancionatorias de incurrir en incumplimientos.

En primer lugar, fortalecería la protección a los derechos fundamentales, legales y contractuales de los proveedores de servicios al disipar dudas en torno a la titularidad de la actividad y el ejercicio de derechos propios, entre ellos la propiedad privada<sup>97</sup>, a pesar del uso por la legislación vigente de la concesión en lugar de la autorización para permitir el ejercicio de la actividad abierta a la iniciativa privada.

Asimismo, ayudaría a definir el alcance de las obligaciones de servicio público que deban cumplir los grupos intermedios proveedores del servicio, sin que nada de ello desnaturalice su condición de privados<sup>98</sup>, solo que prestando lo que se denomina un servicio público impropio o, más acertadamente, un servicio privado de interés público<sup>99</sup>.

En segundo lugar, incrementaría la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, así como en la calidad del mismo, gracias al acompañamiento o estrecha relación de colaboración con la SISS en la detección temprana de riesgos asociados a la actividad<sup>100</sup>, de respuesta ante peligros derivados de eventos naturales y la oportuna adopción de medidas tanto financieras como tecnológicas, de ser necesario con ayuda pública, para no afectar la continuidad y universalidad en el acceso del servicio público.

<sup>95</sup> ARANCIBIA 2012, 272.

<sup>96</sup> ESTEVE 2014, 1.234 y ss.

<sup>97</sup> VERGARA 2020, 108 y ss.

<sup>98</sup> ESTEVE 2012, 38.

<sup>99</sup> ROJAS 2014b, 24 y ss.

<sup>100</sup> ESTEVE 2018, 371 y ss.

Y, en tercer lugar, adoptar el paradigma del riesgo en el ámbito de los servicios sanitarios contribuiría a mejorar la certeza en torno a las obligaciones específicas que, más allá de las comunes a todos, cada proveedor debe cumplir según sus características y contexto particular, así como la previsibilidad en cuanto a las consecuencias que tendrán los incumplimientos en que incurra, no ya solo de exigencias generales y abstractas, abiertas en casos a la interpretación, sino a compromisos específicos, asumidos en el marco de la relación colaborativa con el organismo fiscalizador<sup>101</sup>.

### 3. En el rol del control jurisdiccional sobre la SISS y los proveedores de servicios sanitarios

Finalmente, respecto del impacto de adoptar el paradigma del riesgo a la actividad de control jurisdiccional tanto de la actividad de los proveedores de servicios sanitarios como de la actividad del organismo fiscalizador de aquéllos, cabe señalar que contribuiría a que respecto de ésta y otras actividades calificadas por la ley como servicios públicos, se actualice, complejice y profundice el análisis jurídico que jueces y ministros efectúan respecto de sectores con elevados niveles de riesgo, incertidumbre, innovación y costos.

En efecto, permitirá que se actualice al verse en la obligación de desarrollar su análisis jurídico a partir del hoy indispensable diálogo entre ciencia y derecho<sup>102</sup>, así como de las consecuencias que de ese diálogo derivan respecto del papel de los Estados, y más en concreto de sus Administraciones Públicas, en las sociedades contemporáneas, regidas por la libertad económica, los principios democráticos y el estado de derecho.

También hará posible que se complejice el rol de los órganos jurisdiccionales al añadir a sus criterios formales de control, centrados en la juridicidad de la actividad administrativa, criterios materiales de control, vinculados a la eficiencia, eficacia, utilidad y justa determinación de las obligaciones y derechos involucrados, como los que la dogmática administrativa anglosajona y europea han venido desarrollando desde hace ya algunas décadas, bajo el paradigma del riesgo<sup>103</sup>.

Por último, permitirá enriquecer y profundizar el razonamiento judicial al resolver controversias entre el fiscalizador y los fiscalizados, al estar en capacidad de evaluar y verificar el uso dado a los criterios técnicos y fácticos empleados por la Administración fiscalizadora de común acuerdo con el proveedor, al momento de determinar si existió o no incumplimiento por parte de los grupos intermedios que proveen el servicio, de sus obligaciones regulatorias<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> BARNES 2012, 315 y ss.

<sup>102</sup> ESTEVE 2009, 37 y ss.

<sup>103</sup> ESTEVE 2012.

<sup>104</sup> SCHMIDT-ASSMAN 2012, 88 y ss.

Es evidente que la adopción del paradigma del riesgo demandará, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional, inversión de tiempo y recursos, a través de capacitaciones y estudios de experiencias exitosas de otros países, así como del análisis y puesta en práctica de las buenas recomendaciones generadas por organismos como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)<sup>105</sup> y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>106</sup>.

## Conclusiones

1. A fines del siglo XX comenzó un proceso de transición del paradigma del control al paradigma del riesgo al interior del derecho administrativo, que ha supuesto el abandono de la confianza absoluta en el progreso lineal de la humanidad planteado por la primera modernidad, así como de las consecuencias que de esa premisa derivaron para el derecho en general, y el derecho público en particular, en torno al rol del Estado y de la Administración.

2. Mientras el paradigma del control plantea un Estado titular y prestador directo de multiplicidad de servicios, en especial de servicios públicos, y conductor de la actividad de los privados, solo limitado por el control formal de juridicidad aplicado por los órganos jurisdiccionales, mientras que el paradigma del riesgo propone un Estado garante, que ya no presta de forma directa los servicios sino que adopta medidas direccionales, responsivas y regulatorias clásicas, para asegurar que proveedores privados de esos servicios los presten de forma continua, universal y con calidad, en ejercicio de derechos propios.

3. El paradigma del riesgo, en el caso de Chile, si bien está presente y ya impacta en otros sectores de su ordenamiento jurídico, no se aprecia en la regulación y prestación de las actividades calificadas por la ley como servicios públicos, entre ellas los servicios sanitarios, a pesar de estar liberalizadas y de prestarse en algunos casos bajo régimen de competencia, materia que sigue bajo la marcada influencia del paradigma del control.

4. Una parte de la dogmática jurídica chilena, así como algunos criterios jurisprudenciales y dictámenes de la Contraloría General, fundados en el marco regulatorio vigente, aportan suficientes criterios y bases para avanzar, en el ámbito de los servicios públicos y en particular en el de los servicios sanitarios, en la adopción del paradigma del riesgo.

<sup>105</sup> En el caso de la CEPAL, muy lejos de la titularidad estatal centralizada en autoridades nacionales, prevalece la descentralización en la fiscalización de los servicios y la aplicación de técnicas contractuales de colaboración público-privada que incluyen tanto el uso de la concesión como del arrendamiento. VERGÉS 2010, 18 y ss.

<sup>106</sup> En el caso de la OCDE, es relevante examinar en su *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Agua*, las acciones de colaboración público-privada que plantea partiendo de la noción de "gobernanza del agua".

5. La reorientación propuesta, a la que convendría dar bases firmes en la constitución a elaborar en este 2021 de modo tal que Chile pueda finalmente dejar atrás el paradigma del control, generaría importantes cambios en el rol de la Administración Pública del sector sanitario, al adecuarlo a la idea del Estado garante, en el rol de los proveedores, que tendrían más participación, responsabilidad y seguridad al ejercer la actividad, y en el rol del control jurisdiccional, que pasaría de limitarse a una revisión formal de juridicidad de la actividad administrativa a evaluar con mayor rigor la metodología de decisión seguida por la Administración.

### Bibliografía citada

- AGUILERA MEDINA, C. (2020). ¿De qué hablamos cuando hablamos de servicio público? Notas para un análisis crítico. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 5-31.
- AIMONE GIBSON, E. y SILVA WALBAUM, A. (2019). *Noción de Derecho Económico y Actividades Económicas Reguladas*. Thomson Reuters.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 5-36.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2016). La supervisión basada en riesgo. Notas sobre su aplicación en Chile. En J. Carlos Ferrada, J. Bermúdez y O. Urrutia (Eds.). *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (pp. 267-283). Ediciones Universitarias de Valparaíso-PUCV.
- BARNES, J. (2012). Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación. En J. Barnes (Ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo* (251-377). Instituto Nacional de Administración Pública.
- BECK, U. (2002). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters.
- BÖHMLER, A. (1998). *El Ideal de Cultural del Liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo*. Unión Editorial.
- CALVO MIRANDA, J. (2010). Abastecimiento de agua potable y saneamiento de las aguas residuales urbanas en España. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (36), 295-312.
- CAMACHO CÉPEDA, G. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado*. Tomo IV. Abeledo Perrot.
- CIENFUEGOS SALGADO, D. y RODRÍGUEZ LOZANO, L. (Coord.) (2008). *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (1991). El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión. En S. Martín-Retortillo Baquer y E. García de Enterría Martínez-Carande (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. De los derechos y deberes fundamentales* (Vol. 2, pp. 943-972). Editorial Civitas.
- COMISIÓN EUROPEA (2014). *Comunicación de la Comisión relativa a la Iniciativa Ciudadana Europea "El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!"*. <https://bit.ly/3npJyYs>
- DARNACULLETA, M. ESTEVE, J. y SPIECKER, I. (2015). *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Marcial Pons.
- DARNACULLETA, M. y TARRÉS, M. (2000). "Adelgazamiento" del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe "Schlanker Staat". *Revista Catalana de Derecho Público* (26), 335-347.
- DE LA CUÉTARA, J. (1997). Tres postulados para el nuevo servicio público. En J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz, *El nuevo servicio público* (pp. 107-184). Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, J. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

- ESTEVE PARDO, J. (2015a). Las aportaciones de Ulrich Beck a la comprensión del nuevo entorno sociológico. En C. Amado Gomes y L. H. Terrinha (Coord.), *In Memoriam Ulrich Beck*. (pp. 96-104). Centro de Investigação de Direito Público.
- ESTEVE PARDO, J. (2015b). La Administración garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública* (97), 11-39.
- ESTEVE PARDO, J. (2015c). *Estado Garante. Idea y Realidad*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- ESTEVE PARDO, J. (2014). La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la Ley a la contractualización. *Revista Vasca de Administración Pública* (núm. especial 99-100), 1231-1239.
- ESTEVE PARDO, J. (2012). La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. *Revista de Administración Pública* (189), 11-40.
- ESTEVE PARDO, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública* (193), 11-44.
- GARCÍA RUBIO, J. (2012a). (6 de enero de 2021). Régimen jurídico-administrativo del servicio de abastecimiento de agua a las poblaciones y sus vinculaciones urbanísticas y de servicio público (I). *La Administración al día*. Instituto Nacional de Administración Pública. <https://bit.ly/35hJLGU>
- GARCÍA RUBIO, J. (2012b). (6 de enero de 2021). Régimen jurídico-administrativo del servicio de abastecimiento de agua a las poblaciones y sus vinculaciones urbanísticas y de servicio público (I). *La Administración al día*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. <https://bit.ly/3nwwy3D>
- HERRERA ORELLANA, L. (2020). 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). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 193-200.
- KRAUSE, M. (2011). *Economía, Instituciones y Políticas Públicas*. La Ley.
- LAGUNA DE PAZ, J. (2019). *Derecho Administrativo Económico*. Civitas-Thomson Reuters.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. (2014). La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el mercado interior mucho más que un servicio de interés económico general. *Revista española de derecho administrativo* (163), 181-215.
- MARTÍNEZ MESEGUER, C. (2009). *La Teoría Evolutiva de las Instituciones. La perspectiva austríaca* (2º ed.). Unión Editorial.
- MATÉS BARCO, J. (2017). El servicio público de abastecimiento de agua en España (siglos XIX y XX): El proceso de acumulación de competencias de los ayuntamientos. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais* 9(18), 36-57.
- MESTRE DELGADO, J. (2009). Abastecimiento de agua a poblaciones. En T. Cano Campos (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (Vol. 7) (Servicios públicos), pp. 361-383). Iustel.
- MOLINA OLIVERA, M. (2017). Régimen de afectación de bienes en los servicios públicos sanitarios chilenos: una aplicación matizada en un régimen liberal. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (25), 81-94.
- MONTT OYARZÚN, S. (2010). *Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurisdicadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*. Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile.
- MUÑOZ LEÓN, F. (2011). Autonomía y responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad. *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* (1), 502-524.
- MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (2010). *Derecho de la Regulación Económica. Fundamentos e instituciones de la regulación* (Vol. 1). Iustel.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2016). *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Agua*. <https://bit.ly/2LewMPs>.

- PERALTA ANABALÓN, D. (2006). Imperfecciones de la regulación de los servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (16), 157-166.
- PIERRY ARRAU, P. (1977). El servicio Público en Chile. En *Actas de las VII Jornadas de Derecho Público* (pp. 197-210). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- RHONHEIMER, M. (2017). *Libertad Económica, Capitalismo y Ética Cristiana. Ensayos para un encuentro entre economía de mercado y pensamiento cristiano*. Unión Editorial.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2019a). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. Ediciones DER.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2019b). Potestades de la Comisión de Mercado Financiero (CMF). Entre control y regulación de riesgos. En *Anuario Iberoamericano de Regulación: Hacia una regulación inteligente* (pp. 117-131). Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2014a). *Las potestades administrativas en el derecho chileno*. Thomson Reuters.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2014b). Particularidades del servicio público de abastecimiento de agua potable. El servicio privado de interés público en los sistemas de agua potable rural (APR). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (18), 7-44.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2014c). La categoría jurídica de los "servicios privados de interés público". El caso de las juntas de vigilancia de ríos. *Revista Chilena de Derecho* (41), 171-204.
- SALDIVIA MEDINA, J. (1999). Rol y facultades de la superintendencia de servicios sanitarios al amparo del nuevo marco regulador. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I/2, 335-340.
- SILVA CIMMA, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El servicio público*. Editorial Jurídica de Chile.
- SCHMIDT-ASSMAN, E. (2012). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. En: Javier Barnes (editor). *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- SOTO KLOSS, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Thomson Reuters.
- VERGARA BLANCO, A. (2020). Aguas servidas tratadas contenidas en instalaciones sanitarias: Su naturaleza jurídica. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 85-118.
- 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), 33-49.
- VERGARA ESTÉVEZ, J. (2005). El mito de las privatizaciones en Chile. *Polis. Revista Latinoamericana* (12), 1-9.
- VERGÉS, J. F. (2010). *Servicios de agua potable y alcantarillado: lecciones de las experiencias de Alemania, Francia e Inglaterra*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

## Normativa citada

- Decreto N° 382 de 1982 [con fuerza de ley]. Ley general de servicios sanitarios. 30 de diciembre de 1988. D.O. N° 33.410.
- Decreto N° 70 de 1988 [con fuerza de ley]. Ley de tarifas de servicios sanitarios. 30 de marzo de 1988. D.O. N° 33.259
- Ley N° 18.902 de 1989. Que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. 8 de enero de 1989. D.O. N° 33.581.
- Constitución Política de Chile [Const.]. Art. 19 N° 24 inc. final. 22 de septiembre de 2005 (Chile).

## Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 1.419-2009; 17 de mayo de 2011.
- Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 8.268-2012; 28 de enero de 2013.

Dictamen N° 009402N16, de 5 de febrero de 2016.  
Tribunal Constitucional. Roles 5572-18/5650-18 –acumulados–; 18 de enero de 2019.  
Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 12.991-2019; 25 de julio de 2019.  
Tribunal Constitucional. Rol 4795-18; 2 de agosto de 2019.  
Dictamen N° 29.354, de 15 de noviembre de 2019.  
Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 11.909-2019; 3 de enero de 2020.  
Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 27.106-2019; 30 marzo 2020.  
Tribunal Constitucional. Rol 8484-2020; 8 de octubre de 2020.  
Dictamen N° 53863, de 23 de noviembre de 2020.  
Dictamen N° E63587N20, de 28 de diciembre de 2020.