

# Régimen de afectación de bienes en los servicios públicos sanitarios chilenos: una aplicación matizada en un régimen liberal

Regulation of the equity of affectation in the Chilean sanitary services: a nuanced application in a market economy

María Gabriela Molina Olivera\*

Se aborda la afectación de los bienes que sirven a las concesiones de agua potable y saneamiento de aguas servidas en Chile, realizando una sistematización de su tratamiento normativo, contexto doctrinario y aplicación a la luz del carácter indefinido de las concesiones de esta especie.

**Palabras clave:** Concesiones de servicios públicos, orden público económico, bienes, Superintendencia de Servicios Sanitarios.

**Abstract:** We review the equity of affectation regulations regarding drinking water and wastewater treatment concessions in Chile. A systematization of its regulatory treatment, doctrinal context and its application in light of the indefinite duration of these type of concessions is provided.

**Keywords:** Public services concessions, public policy doctrine, equity, Superintendence of Sanitary Services

RESUMEN / ABSTRACT

## Introducción

Dentro de los derechos constitucionales asociados al orden público económico chileno, destacan el derecho a la propiedad (artículo 19 N° 24) y la libertad económica (artículo 19 N° 21). Ambas garantías constitucionales sirven de sustento al régimen de las concesiones sanitarias (de agua potable y alcantarillado), el que por su vinculación con derechos fundamentales como la vida, la integridad física y la protección del medio ambiente, deben relegar una parte de sus fines por verse subordinados a un interés público que exige la atención continua y de calidad de un servicio básico imprescindible.

\* Abogada. Licenciada en Derecho, Universidad Central de Chile. Diplomada en Recursos Naturales mención Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogada en Superintendencia de Servicios Sanitarios. Chile.

Recibido el 2 de mayo de 2017 y aceptado el 12 de diciembre de 2017

En este contexto, los bienes que son necesarios para que la concesión cumpla con sus objetivos de interés público, importan verse expuestos al gravamen de uso y destinación exclusivo en aras del supremo propósito en que se basa la actividad regulada que se trata.

Así entonces, el artículo 7 de la Ley General de Servicios Sanitarios (LGSS) dispone que los bienes de la concesión quedan afectos y por ende, tienen el carácter de inembargables. Ahora bien, la normativa de servicios sanitarios no entrega un tratamiento sistemático que permita definir claramente cuáles son las características de este régimen ni cómo se materializaría, lo que lleva a preguntarnos si los bienes afectos a los servicios públicos sanitarios chilenos cuentan con la protección suficiente, en virtud de los fines para los que han sido destinados.

## I. La afectación como técnica administrativa destinada a proteger intereses públicos

### 1. Origen en los estudios del dominio público

La "afectación o destino" como construcción jurídica, tiene sus orígenes en las teorías funcionalistas<sup>1</sup> del dominio público, las que relevan al elemento teleológico como un factor esencial en la noción de dominio público. De este modo, para que un bien sea de dominio demanial, no solo se requiere que la titularidad pertenezca a la Administración, sino que además, esté destinado a satisfacer una función o servicio público. Así, José Antonio García-Trevijano (García-Trevijano 1959, citado en Vergara 1990), señala que: 'los bienes demaniales necesitan, para ser tales, de la titularidad y el destino como requisitos concurrentes, y en cuanto falte alguno de ellos nos encontraremos con bienes privados'<sup>2</sup>.

Por su parte, en la doctrina nacional, Alejandro Vergara señala que el dominio público antes que un conjunto de bienes, representa un soporte jurídico de potestades. Lo anterior, permite que la Administración pueda disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, según los intereses generales<sup>3</sup>.

En este punto, conviene develar el tratamiento de la noción de *publicatio*, del mismo autor, como aquel régimen especial al que se someten los bienes, motivado en lo que el legislador ha considerado de alto impacto social, sustrayéndolos *ad initio* de la apropiación privada y de la aplicación de

<sup>1</sup> En contraposición, se encuentran las teorías patrimonialistas que establecen un vínculo entre el Estado y los bienes bajo el concepto de "propiedad" o "dominio", es decir, se concibe el dominio público como una forma de "propiedad" distinta a la privada.

<sup>2</sup> VERGARA 1990, pp. 147.

<sup>3</sup> VERGARA 2016, pp. 27.

los principios propios del derecho privado como la prescripción, ocupación, accesión, etcétera<sup>4</sup>.

## 2. Publicación de los servicios prestacionales

Este régimen especial al que se someten los bienes en razón de estar destinados a un fin público, tiene su expresión en los servicios básicos a través de la publicación de estos mercados y la consecuente restricción en materia de libertad empresarial, tal es el caso en Chile de los mercados de servicios sanitarios, electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones. De este modo, la restricción se traduce en que los particulares solo podrán acceder a los mercados destinados a satisfacer servicios públicos a través de la obtención de un acto de la Administración que así se los permita, reconociéndose por la doctrina como títulos para la prestación pretendida; el permiso de uso o autorización<sup>5</sup> y la concesión.

Ahora bien, los servicios públicos explotados por privados no pierden sus atributos, por lo que el concesionario deberá respetar en la gestión de ellos sus cualidades inherentes; a saber, acceso igualitario, búsqueda del interés de la comunidad, prestación continua, satisfacer una necesidad pública y respeto a las normas y reglas preestablecidas para su ejecución<sup>6</sup>.

En este orden de cosas es importante diferenciar los bienes publicados (bienes nacionales de uso público), de los que sirven a una concesión de servicio público, pues en los primeros tienen plena aplicación las restricciones al dominio definidas por el legislador para esa categoría de bienes, por lo que son inembargables, inalienables e imprescriptibles en razón de su naturaleza. En cambio, los bienes afectos a una concesión de servicio público, son aquellos que sirven a la gestión de una actividad publicada, pudiendo pertenecer tanto a la Administración como a particulares, regulándose para ellos un régimen especial de protección y limitaciones en favor de los intereses que sirven.

## II. Concesión de servicios sanitarios en Chile

### 1. Características generales del sector sanitario

En el contexto de la privatización de los servicios sanitarios chilenos en la década de los 80, el legislador creó cuatro tipos de concesiones sanitarias que abarcan las etapas del ciclo de agua potable y saneamiento de las aguas servidas, a saber: producción de agua potable; distribución de agua potable; recolección de aguas servidas y disposición y tratamiento de aguas servidas. Si bien estas concesiones fueron concebidas en forma separada, la regla general es que todas ellas sean solicitadas por un solo operador y operen

<sup>4</sup> VERGARA. *op.cit.* pp.10.

<sup>5</sup> Permiso de uso de un bien de dominio demanial otorgado de forma exclusiva a un particular.

<sup>6</sup> BERMÚDEZ 2014, pp. 306.

integral y simultáneamente por una decisión voluntaria o forzada. La simultaneidad e integridad debe responder a la exigencia de continuidad y calidad de los servicios públicos, lo que es consagrado expresamente en el artículo 35 de la LGSS, el cual señala que *“el prestador deberá garantizar la continuidad y la calidad de los servicios, las que solo podrán ser afectadas por causa de fuerza mayor”*.

A su turno, el artículo 8 de la LGSS, dispone que las concesionarias sanitarias deben constituirse como sociedades anónimas<sup>7</sup> de objeto único, por ende solo podrán destinar los bienes que sirven a la concesión que se trate al servicio público respectivo. Asimismo, y tal como se ha explicado, al exigirse un servicio continuo, los bienes destinados a él deben estar permanentemente afectados, o dicho de otra forma, destinados a servir para el objeto de la concesión.

## 2. Contenido de los bienes afectos a las concesiones sanitarias chilenas

La normativa sanitaria chilena no entrega un concepto de bienes afectos a la concesión, ni los singulariza. Ante esto, la SISS –haciendo uso de sus facultades interpretativas–, mediante Oficio Ord. N° 1635/99, ha definido como bienes afectos a la concesión sanitaria a *“aquellos bienes que están gravados o destinados exclusiva, directa, actual y permanentemente al servicio público de producción y distribución de agua potable y de recolección, disposición y tratamiento de aguas servidas”*. Luego agrega que: *“bienes afectos a la concesión son aquellos que sin su presencia, uso o aprovechamiento no es posible actualmente prestar el servicio sanitario correspondiente”*.

Finalmente, indica que *“se consideran bienes afectos a la concesión; los derechos de agua, arranques de agua potable, uniones domiciliarias de alcantarillado, conexiones y empalmes, redes públicas; obras de capacidad tales como, estanques, plantas elevadoras, bombas impulsoras, plantas de tratamiento de aguas servidas y de agua potable, sus instalaciones y bienes en que están emplazados, bases de datos computacionales que almacena la información relativa a la empresa y sus clientes”*.

Por otro lado, en relación a los derechos de agua, la SISS mediante Oficio Ord. N° 1993/08, ha definido que *“se consideran afectos la totalidad de los derechos que la empresa ha presentado a la SISS en el sistema de fuentes de agua y planes de desarrollo y sus actualizaciones”*.

## 3. Tratamiento normativo

Para efectos de dar mayor claridad sobre lo planteado en este trabajo, dividiremos los temas en que la legislación se ha pronunciado con respecto a la afectación de bienes en las concesiones sanitarias chilenas:

<sup>7</sup> Hay excepciones, como la existencia de cooperativas y la explotación de los servicios sanitarios por parte de la Ilustre Municipalidad de Maipú.

a) *Liquidación*. Los artículos 32 bis y 32 bis A de la LGSS y artículos 74 y 75 del Reglamento de las concesiones sanitarias (D.S 1199/04), tratan la liquidación de una empresa sanitaria. Dichos artículos establecen el siguiente proceso: Una vez dictada la resolución de liquidación de la empresa, la concesionaria quedará inhibida, de pleno derecho, de la administración de la concesión y de los bienes afectos a ella. Junto con ello, el secretario del tribunal deberá notificar de esta resolución al Superintendente de Servicios Sanitarios, quien dispondrá la administración provisional del servicio.

Finalmente, y dentro del plazo de un año a partir de la firma de la resolución de liquidación, la SISS abrirá la licitación de la concesión y los bienes afectos a ella, recayendo la adjudicación de esta sobre quien ofrezca el mayor valor por la concesión y por los bienes afectos a ella, debiendo cumplir además con los requisitos señalados en el artículo 8° de la LGSS.

Cabe señalar, que la Ley 20.720, junto con modificar el antiguo régimen concursal de quiebra –configurándose en el actual Procedimiento Concursal de Liquidación–, crea el Procedimiento Concursal de Reorganización de las empresas, el cual tiene por finalidad la reestructuración de los pasivos y activos de la empresa deudora mientras sea viable. Este proceso, si bien no es mencionado expresamente en la normativa sanitaria, representa un ajuste en los activos y pasivos de la empresa, debiendo en consecuencia aplicarse por analogía las limitaciones en los bienes afectos dispuestas para la liquidación.

b) *Inembargabilidad*<sup>8</sup>. El artículo 7 bis de la LGSS, luego reiterado en el artículo 8 del D.S MOP 1199/04, dispone que los bienes afectos a la concesión son inembargables en virtud de lo dispuesto en el numeral 17 del Art. 445 del C.P.C, el cual establece expresamente que no son embargables los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse como las *empresas de agua potable o desagüe de las ciudades*, sin embargo, podrá embargarse la renta líquida que produzcan.

Este es quizá uno de los atributos más importantes del régimen de protección de los bienes afectos, ya que se traduce en la sustracción de estos de la masa de bienes en que un acreedor puede reclamar judicialmente el cobro de sus acreencias, pudiendo ser embargados solo si ya no sirven a la concesión (salvo la renta líquida proveniente de la explotación de los servicios). En ese sentido, VERA JURADO señala que “en definitiva, los bienes afectos son inembargables por la sencilla razón de que la propia afectación es ya en sí misma un embargo tácito preventivo anterior, en garantía no de un crédito, sino de una actividad pública”<sup>9</sup>.

Si algún bien afecto a la concesión fuera embargado, al margen de la eventual nulidad del acto, el administrador provisional designado quedaría

<sup>8</sup> Como ya hemos dicho, este análisis resulta más provechoso en el caso de los bienes afectos a la concesión que no pertenecen a la Administración, pues aquellos que pertenecen a la Administración son inembargables por definición, incluso antes de su afectación.

<sup>9</sup> VERA 1986, pp 221.

en posición de impetrar el incidente de exclusión del embargo del artículo 519 inciso 2° del C.P.C.

c) *Caducidad*. Dentro de sus facultades, la SISS puede proponer al Presidente de la República, previo informe técnico de la misma Institución, la caducidad de una concesionaria, en tanto concurren las causales dispuestas en el artículo 26 de la LGSS, a saber: 1) Deficiencias en la calidad del servicio, 2) Incumplimiento de Programa de Desarrollo, 3) Incumplimiento de los compromisos comerciales acordados entre las concesionarias para asegurar el ciclo sanitario, la transferencia del dominio o el derecho de explotación sin la autorización previa de la SISS.

Al respecto, cabe destacar lo señalado en Oficio SISS N° 234/16, respecto de los efectos de la quiebra y la caducidad de una concesionaria: *“la declaración de quiebra de la concesionaria ESSESA, constituye una figura diversa de la caducidad, aunque ambas producen los mismos efectos jurídicos [...]. Es decir, el operador o concesionario que es declarado en quiebra o respecto del cual se declara la caducidad de sus concesiones, quedará inhibido de intervenir en la explotación de sus concesiones, las que deben pasar a un administrador provisional designado por esta SISS”*.

En efecto, los artículos 28 y 29 de la LGSS, establecen que en los casos de caducidad de una concesión que se encuentra en explotación, la SISS procederá a licitar tanto la concesión como los bienes afectos a ella dentro del plazo de un año a contar de la fecha de tramitación del decreto de caducidad.

d) *Inventario*. La ley impone al concesionario la obligación de mantener un inventario actualizado de sus bienes afectos. La importancia de disponer de este registro es fundamental, pues será respecto de los bienes contenidos en el que se podrá reclamar el régimen de protección especial al que hemos aludido en este documento. En este sentido, la obligación de entregar a la SISS un catastro de los bienes afectos a la concesión está regulada en los artículos 3 transitorio y 50 de la LGSS, considerando escenarios distintos.

Así, el artículo 3 transitorio de la LGSS, se refiere a las concesionarias que recién entran en operación, imponiendo regularizar contablemente su situación patrimonial en el primer balance a realizar, adjuntando un *inventario de los bienes afectos a la concesión*. Por su parte, respecto de los concesionarios en operación, el artículo 50 de la misma ley dispone que los prestadores sanitarios deben mantener un inventario actualizado *que identifique los bienes afectos a la concesión*, debiendo enviar una copia a la SISS el día 31 de diciembre de cada año. Al respecto, mediante Oficio N° 1993/08, la SISS ha señalado que este inventario de bienes afectos debe incluir, entre otros, su ubicación, concesión a la que accede, rol de avalúo, la condición de ser propia o arrendada y los datos de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Sobre los bienes muebles, indica que estos deben especificar su uso y destino.

En consecuencia, será a partir de la información contenida en este inventario que la SISS podrá otorgar certificados que den cuenta que un determinado bien se encuentra afecto a la concesión y aplicar, en su caso, las reglas de la liquidación, caducidad y administración provisional que para tales bienes se dispone; los que, posteriormente serán recibidos en las mismas condiciones por los nuevos titulares.

e) *Reemplazo*. En el entendido que todos los bienes que sirven a la concesión conforman una unidad indisoluble, a objeto de mantener la integridad de dicha masa de bienes, el artículo 55 de la LGSS indica que los prestadores anualmente deberán presentar a la SISS una nómina de las obras puestas en explotación durante el año y los montos de inversión. Asimismo, se deben especificar las obras ejecutadas de conservación, reparación y reemplazo de los *bienes afectos a la concesión*.

El Oficio SISS N° 1635/99, se ha puesto en el caso de la enajenación de bienes afectos, imponiendo al cedente *“reponer el bien en forma inmediata para que este siga prestando el servicio o cumpliendo el fin para el cual el primero estaba destinado”*.

Lo afirmado sobre este punto por la SISS es de toda lógica, puesto que el reemplazo de los bienes debe respetar el contenido finalista que justifica la afectación de estos bienes, de forma que el regulador debe considerar que si un determinado bien no es necesario para la explotación de la concesión, no tendrá sentido su reemplazo por otro bien, pues carecerá de la finalidad que justifica su afectación.

f) *Derechos de aprovechamiento de aguas*<sup>10</sup>. Estos derechos también ven restringidos su libre circulación en la medida que estén destinados a una concesión de servicios sanitarios. En este caso, estos derechos acceden específicamente a la concesión de producción de agua potable, la que requerirá como insumo básico agua cruda, que luego se potabilizará para ser entregada a las redes de distribución de agua potable.

Con todo, el legislador sanitario –a diferencia del resto de los bienes que acceden a una concesión–, ha decidido en este caso dar mayor atención al título con que las concesionarias aprovechan las aguas. Así, el artículo 12 de la LGSS, exige que el postulante a una concesión de agua potable tenga la propiedad o el uso de los derechos de agua, mientras que el artículo 26 del D.S MOP 1199/04, agrega que las aguas se pueden tener también en usufructo.

Como ya hemos dicho, para que a estos derechos se les aplique el régimen de afectación deben estar incluidos en el inventario dispuesto para estos efectos, el que además en este caso tendrá una utilidad adicional. Esto, porque será respecto de estos derechos de aprovechamiento de aguas que

<sup>10</sup> Cabe recordar que los derechos de aprovechamiento de aguas se reputan inmueble por aplicación del art. 4 del Código de Aguas.

la SISS emitirá el certificado al que hace referencia el artículo 129 bis, N° 9, inciso 7° del Código de Aguas, que permite a las concesionarias de servicios sanitarios excepcionarse del pago de patente por no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas, mientras pertenezcan a las concesionarias y se encuentren afectos a la respectiva concesión sanitaria. Junto con ello, el artículo 159 del D.S MOP 1199/04, hace presente que no será necesario repetir la acreditación de los derechos de aprovechamiento de agua que se encuentren afectos a la concesión –por tanto inventariados–, en las actualizaciones de los planes de desarrollo que las concesionarias deben presentar a la SISS.

### III. La temporalidad de la concesión como elemento relevante en el régimen de los bienes afectos

#### 1. Transferencia temporal del derecho de explotación

La legislación sanitaria chilena dispone que la concesión es indefinida en el tiempo y solo termina por las causales legales de caducidad o por la decisión de su titular (transferencia). En este escenario, la ley le confiere al concesionario los mismos atributos que al propietario de un derecho, destacando para los efectos de la concesión sanitaria, la posibilidad que el titular pueda transferir definitivamente total o parcialmente sus concesiones o el derecho a explotar todas o alguna de ellas, por un tiempo dado (traspaso del derecho de explotación).

De esta forma, una opción posible es que el propio titular de la concesión ejecute la explotación de los servicios sanitarios; en este caso coincide la figura de dueño y explotador de la concesión. La otra fórmula admitida, consiste en que el titular de la concesión transfiera el derecho de explotación de una o más de sus concesiones a un tercero. En este último caso, coexisten dos titulares; el titular del derecho de dominio de la concesión, cuyo derecho es indefinido y el titular del derecho de explotación, cuyo título habilitante estará acotado al tiempo señalado en el respectivo contrato de transferencia del derecho de explotación.

Si bien la forma de doble titularidad no es la regla general, está presente en el sector sanitario chileno, cuando verificamos los servicios sanitarios de las empresas Nuevo Sur S.A., Aguas del Valle S.A., Aguas Araucanía S.A., Aguas del Altiplano S.A., Aguas Chañar S.A., Aguas Magallanes S.A. y Aguas Patagonia S.A., cuyo derecho para explotar las concesiones tiene una vigencia de 30 años y fue adquirido a la Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios ECONSSA Chile S.A., siendo esta última una sociedad anónima propiedad del Estado de Chile.

Dado que la transferencia del derecho de explotación es temporal, el artículo 88 del D.S MOP 1199/04, ha regulado la suerte de los bienes afectos a la concesión una vez que este derecho finaliza, señalando que a su término el derecho de explotación se radicará nuevamente en el titular de la concesión,



incluyendo *los bienes afectos a la concesión* y las obras construidas durante el tiempo de explotación, salvo acuerdo en contrario y mientras este no afecte el normal funcionamiento de los servicios ni las obligaciones propias de la concesión.

Por su parte, los contratos de transferencia de derecho de explotación de ECONSSA Chile S.A. y las citadas empresas explotadoras de servicios sanitarios, regulan los bienes afectos a la concesión, entregando en comodato al explotador los bienes afectos y no afectos que formaban parte de la concesión al momento de la suscripción del contrato. Asimismo, estos contratos regulan el destino de los bienes afectos adquiridos por el explotador una vez finalizado el contrato, estipulándose la obligación de transferir –sin mediar pago al titular de la concesión–, todos los bienes afectos y no afectos a la concesión adquiridos durante la vigencia del contrato que se hayan financiado mediante el cobro de tarifas y otros ingresos generados en la explotación del servicio, pudiendo el explotador excluir de esta transferencia gratuita, a aquellos bienes e inversiones que no hubieren sido totalmente remunerados durante la vigencia del contrato.

## 2. Regulación comparada en concesiones temporales

Como hemos dicho, la titularidad de las concesiones sanitarias chilenas es indefinida, situación casi única a nivel mundial en materia de concesiones de servicios públicos, por lo que sus bienes afectados mantienen el carácter también de un modo indefinido.

La mayoría de las regulaciones comparadas –y temporales– contemplan dentro del contrato de concesión las denominadas Cláusulas de Reversión. Dichas cláusulas, permiten que al finalizar la concesión, pasen gratuitamente a la Administración aquellos bienes necesarios para la continuidad del servicio, incluso los aportados por el concesionario, bajo el requisito de que hayan sido amortizados durante la explotación de la concesión y que sean indispensables para la continuidad del servicio. Por tanto, se trata de un derecho que nace para la Administración una vez terminada la concesión, dando origen a bienes que deberán transferirse a la Administración gratuitamente y a otros que, estimándose como necesarios, deberá pagarse un precio por ellos. Los fundamentos dados para estas cláusulas, se refieren a asegurar la continuidad del servicio y evitar la generación de rentabilidades excesivas a costa de la explotación de un servicio público.

En este sentido, resulta interesante lo señalado por el Consejo de Estado de Francia respecto de los bienes afectos a un servicio público, al pronunciarse sobre las siguientes categorías de bienes: *Biens de retour*, aquellos bienes adquiridos por el concesionario durante la vigencia de la concesión y necesarios para el funcionamiento del servicio. Estos bienes, salvo acuerdo en contrario, se entiende que pertenecen *ab initio* a la Administración, por lo que permanecerán en el dominio público al finalizar la concesión. En este caso, se ha razonado que dado que dentro de la explotación de la concesión

se ha incluido el cobro necesario para realizar estas inversiones, resulta lógico que dichos bienes pertenezcan a la Administración, por lo que de no haber sido totalmente amortizados durante la explotación del servicio, el concesionario puede reclamar indemnización por ellos.

En una segunda categoría, se encuentran los denominados *Biens de reprise*, que son adquiridos por el concesionario para la ejecución del servicio público –y en principio pertenecen al concesionario–, pero al finalizar el contrato debe ponerlos a disposición de la Administración, quien elegirá si recuperarlos o no, según se haya convenido, pagando un precio por ellos o de forma gratuita. Estos bienes, a diferencia de los *biens de retour*, no son indispensables para el funcionamiento del servicio.

Por último, se distingue a los *Biens propres*, definidos como aquellos bienes que no perteneciendo a ninguna de las categorías previas, son de titularidad del concesionario y si bien pueden servir a la ejecución del servicio público, no existe obligación de regresarlos a la Administración al finalizar la concesión<sup>11</sup>.

Estas distinciones, buscan hacerse cargo de diversos efectos derivados de la temporalidad de la concesión, tales como asegurar la conservación de los bienes afectos y hacer frente a la contingencia de que los operadores dejen de invertir en los últimos años de su concesión (al no alcanzar a amortizar lo invertido), todo esto bajo la perspectiva de que se trata de concesiones de servicios públicos en las que se debe garantizar la calidad y continuidad de estos.

Estas figuras exógenas calzan en la situación de los bienes afectados que se entregan temporalmente a un titular del derecho de explotación en Chile, caso en que el dueño de la concesión recuperará su titularidad plena y también sus bienes al vencer el periodo de explotación. Tal situación deja en claro que tales bienes vuelvan al dueño, que puede o no ser la Administración, pero sin que dichos bienes pierdan la condición por la cual se erigieron y sirven, pues su destino y naturaleza es estar indefinidamente ligados a la concesión.

## Conclusiones

El régimen de afectación de bienes de las concesiones sanitarias chilenas, contempla la distinción entre dominio y destino de los bienes en los términos elaborados por la doctrina. Así, por ejemplo, existe incluso la posibilidad de que un tercero distinto a la empresa concesionaria sea dueño de bienes afectos a la concesión.

Ahora bien, en base a los aspectos normativos analizados, se vislumbra que los efectos prácticos de este régimen de exorbitancia tienen mayor claridad en aspectos como insolvencia y liquidación de una concesionaria sani-

<sup>11</sup> ASSOCIATION DES MAIRES DE FRANCE & ASSOCIATION DÉPARTEMENTALES DE MAIRES (2016).

taria, quedando otros aspectos con vagas definiciones. De este modo, cabe preguntarnos algo basal, ¿el titular de la concesión puede libremente vender algunos de los bienes afectos a la concesión, o requiere de una autorización previa de la SISS? Según lo analizado en este trabajo, la respuesta no está dada en la normativa actual.

Probablemente, esto ha dado pie a pronunciamientos muy disímiles sobre esta materia por parte de la SISS. Por ejemplo, en el Oficio Ord. N° 3552/08, se ha señalado que *"La Superintendencia estima imprescindible, que ante una decisión de la empresa de reemplazar, vender, o efectuar cualquier operación de bienes que están afectos a la concesión, exista el conocimiento y la aprobación previa, de dicha operación con el objeto de que la nueva solución asegure la adecuada prestación de servicios"*. En contraste, en Oficio Ord. N° 3318/14, ha dispuesto lo siguiente: *"Esta Superintendencia no observa incumplimiento de sus deberes por cuanto la legislación sanitaria vigente no exige expresamente que se tramite ante ella alguna especie de autorización administrativa a objeto de que el concesionario pueda disponer de un bien afecto a su concesión, debiendo entenderse los instructivos citados como un deber de informar oportunamente a la autoridad a fin de resguardar la garantía de calidad y continuidad de servicio"*.

De este modo, dado que la normativa sanitaria no impone expresamente a las concesionarias solicitar una autorización para vender un bien afecto, ni trata expresamente cómo estos bienes deberían desafectarse, realizar tal exigencia implicaría establecer una limitación al derecho de dominio que no está señalada en la ley, lo que hace difícil aceptar la tesis de la autorización como exigencia previa. Con todo, el legislador ha establecido claramente una obligación que el concesionario debe cumplir respecto de los bienes afectos, esto es, la obligación de mantener un inventario actualizado. Esta obligación de informar podría interpretarse como el único requisito que la legislación dispone para la enajenación de los bienes afectos.

Desde un aspecto más general, al momento de analizar los efectos prácticos de estas limitaciones, surgen dos elementos que le restan efectividad: el carácter indefinido de la titularidad de la concesión y las casi nulas facultades con que se ha dotado la SISS para custodiar estos bienes.

En efecto, en sistemas comparados donde las concesiones de servicios públicos son temporales y vuelven después de un tiempo a la autoridad que las confiere, la afectación de bienes tiene pleno sentido y eficacia, pues su custodia y correcto catastro servirán no solo para asegurar la continuidad y calidad del servicio, sino que además para definir aspectos contractuales de interés también de la concesionaria, tales como determinar si estos bienes pasaran automáticamente al dominio de la Administración, evaluar si fueron amortizados mientras se detentaba la concesión, solicitar compensaciones, entre otros.

En contraste, las concesiones sanitarias chilenas son indefinidas y la gestión de los servicios –incluyendo las decisiones de inversión–, ha sido confiada a las concesionarias, quedando poco espacio de intervención al órgano regulador. Es así como por ejemplo, en los contratos de transferencia del derecho de explotación, la SISS no tiene facultades para pronunciarse o fiscalizar los acuerdos sobre los bienes afectos, quedando estas cláusulas mayormente al arbitrio del dueño de la concesión.

A su vez, conviene observar que el régimen de bienes afectos en otros sectores regulados en Chile, no ha estado exento de dificultades. Así, en materia de transporte público, ad portas de finalizar la primera concesión<sup>12</sup> del sistema de Transporte Público de Santiago (Transantiago), constituyó un importante desafío asegurar la continuidad operativa del sistema pues se debió enfrentar que los bienes necesarios para ello, como buses y terminales de buses, se encontraban bajo la titularidad de los operadores salientes, haciendo difícil la competencia de otros operadores en el nuevo proceso de licitación, sumado a ello, dos de los operados más importantes se encontraban al borde la quiebra, no estando completamente resuelto la protección de los bienes necesarios para dar continuidad al sistema. Lo anterior, motivo una serie de reformas que incluyeron la creación de un registro de bienes afectos (Decreto MTT N° 192/15) y la protección de estos bienes en caso de quiebra, sustrayéndolos de la masa concursal pasando a la custodia de un Administrador Provisional (Ley 20.877). En este orden de cosas, resulta interesante el proyecto de ley en tramitación que crea el Sistema de Educación Pública<sup>13</sup>, pues este importa la desmunicipalización de la educación provista por el Estado, contemplando en ello el traspaso del servicio educacional y de los bienes afectos a este desde las municipalidades a una nueva institucionalidad pública denominada Servicios Locales de Educación Pública.

Refiriéndonos nuevamente al análisis de los servicios sanitarios, es importante señalar que a pesar de las debilidades anotadas en la protección de sus bienes afectos, se debe tener en perspectiva que el régimen de protección dispuesto para ellos tiene como objetivo fundamental proteger la integridad del patrimonio concesional sanitario por los fines que este está llamado a cumplir. Lo anterior, motiva, por ejemplo, la inembargabilidad de estos bienes, a objeto de evitar que terceros puedan sustraer bienes de la concesión y, por idéntico argumento, el concesionario también debe respetar las restricciones al dominio de los bienes afectos, pues el régimen de protección no debiera agotarse en las actuaciones de terceros, sino también incluir los actos de las concesionarias en su calidad de sujetos de fiscalización especial de la SISS.

Los desencuentros en la protección a los bienes afectos a las concesiones sanitarias chilenas que hemos expuesto, denotan que conceptualmente

<sup>12</sup> Estas licitaciones fueron otorgadas el año 2007 por un periodo de 10 años.

<sup>13</sup> Aprobado por el Congreso con fecha 3 de octubre de 2017.

el régimen de afectación de bienes a las concesiones de servicios públicos es más amplio que su tratamiento en las concesiones sanitarias chilenas. Lo anterior, dado que doctrinalmente la afectación de bienes se inserta y trata desde la perspectiva universal de que las concesiones de servicios públicos son temporales, lo que desencaja con el carácter de concesión indefinida de las concesiones sanitarias chilenas. Esta situación, forma parte de los principios de protección a la propiedad privada y subsidiaridad del Estado que han formado parte de la privatización de los servicios públicos sanitarios chilenos, resultando en definitiva la técnica de afectación de bienes en las concesiones sanitarias chilenas una versión ajustada a dichos preceptos, siendo aconsejable revisar por parte del legislador la efectividad de la normativa vigente impuesta para los bienes afectos a las concesiones sanitarias, pues existen aspectos a desarrollar a objeto de alcanzar el objetivo supremo propuesto para el establecimiento de dicho régimen de bienes, esto es, asegurar la calidad y continuidad de un servicio básico de trascendental importancia, como es la provisión de los servicios de agua potable y alcantarillado.

## Bibliografía

- Association Des Maires De France & Associations Départementales De Maires (2016): *La délégation de service public d'eau potable. Les cahiers du réseau*, N° 19 (traducción propia).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General*, tercera edición (Santiago, LegalPublishing).
- VERA JURADO, Diego José (1986): "El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público", en: *Revista de Administración Pública*, N° 10.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1989): "Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 3.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2016): "Apuntes Sistemas de Recursos Naturales". Diplomado en Recursos Naturales, Pontificia Universidad Católica de Chile.

## Otras fuentes citadas

Contrato de Transferencia de Derecho de Explotación de Concesiones Sanitarias. Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A a Aguas Antofagasta S.A. 29 de diciembre de 2003. Notaria de la Fuente. Santiago de Chile.

## Jurisprudencia Administrativa

Oficio Ord. de la SISS N° 249/90; N° 656/91; N° 3048/02; N°3552/08; N° 3318/14; N°1635/1999; N° 1993/08; N° 617/16; y N° 3787/14.

## Normativa citada

Constitución Política de la República de Chile.  
 Código de Procedimiento Civil.  
 Código Civil.  
 Código de Aguas.  
 D.F.L. M.O.P. N° 382 de 1988 "Ley General de Servicios Sanitarios".  
 D.S. MOP. N° 1.199 de 2004 "Aprueba el reglamento de las concesiones sanitarias de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas y de las normas sobre calidad de atención a los usuarios de estos servicios".

Ley N° 18.902 de 1990 "Ley de la Superintendencia de Servicios Sanitarios".

Ley N° 20.720 de 2014 "Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo".

Decreto MTT N° 192/15 "Aprueba reglamento sobre registro de bienes afectos a concesiones de uso de vías".

Ley 20.877 "Introduce mejoras al transporte público remunerado de pasajeros".