



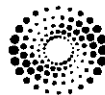
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,
Universidad de Valparaíso

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

**EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES
ACTAS DE LAS XL JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO, 2010**

**JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ
(COORDINADOR)**

 **AbeledoPerrot®**
LegalPublishing Chile



THOMSON REUTERS

UNA TRÍADA ECONÓMICA Y JURÍDICA:
RECURSOS NATURALES, BIENES PÚBLICOS Y SERVICIOS PÚBLICOS CONEXOS
PARA UN BALANCE DE 30 AÑOS DE LIBERALIZACIÓN ECONÓMICA EN CHILE
(1980-2010)

Alejandro Vergara Blanco¹

RESUMEN

Este trabajo realiza un recorrido por la evolución que han tenido los sistemas jurídicos en relación al derecho de aprovechamiento de los bienes y recursos naturales, comenzando con un análisis de las libertades de emprendimiento y la de adquirir toda clase de bienes, continuando con las regulaciones del aprovechamiento de los recursos naturales, como son el agua y las minas. El texto finaliza con el estudio de la regulación de mercados relevantes para la actividad económica, especialmente el del servicio eléctrico.

PALABRAS CLAVES

Libertades Económicas - Bienes Públicos - Regulación de la Administración
Liberalización económica - Recursos Naturales.

INTRODUCCIÓN

En 1980, se dictó en Chile la actual Constitución, que vino a consagrar una serie de garantías y libertades dirigidas a asegurar el emprendimiento económico de los particulares, y que dieron comienzo a una serie de cambios legislativos y regulaciones en sectores y mercados relevantes de la economía del país. Asimismo, consagra la Carta Fundamental un régimen respecto de los bienes, clasificándolos en públicos o privados, siendo, los primeros, patrimonio de la Nación toda, quedando fuera de la apropiación estatal las grandes masas

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

de bienes de alto interés social y económico, pero cuyo aprovechamiento es posible en virtud de un título otorgado conforme a la ley. Este es el caso de los recursos naturales.

A 30 años de ese acto regulatorio, es posible realizar un recorrido a través de la evolución que han tenido los sistemas jurídicos relativos al aprovechamiento de los bienes y recursos naturales, en especial cuando esta utilización se conecta con la prestación de relevantes servicios públicos.

i) el recorrido propuesto comienza con un análisis de dos libertades económicas operadas en Chile: por una parte, la libertad de emprendimiento; y, por otra, la libertad para adquirir toda clase de bienes.

ii) en seguida, se analiza la evolución de las regulaciones del aprovechamiento de dos recursos naturales de enorme importancia en Chile; estos son, el agua y las minas. Ambos son una clase de bienes públicos, e íntimamente conectados con la prestación de servicios públicos relevantes.

iii) finalmente, se analiza la regulación de mercados importantes en la economía; derivada de la potestad regulatoria de la Administración y que presenta manifestaciones claramente identificables en Chile; mencionándose los casos de los mercados regulados de significancia especial en el desarrollo del país; en especial, el caso de servicio eléctrico.

PRIMERA PARTE

LAS BASES JURÍDICAS: LIBERTAD ECONÓMICA, BIENES PÚBLICOS NO ESTATIZADOS Y TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS PARA EL EMPRENDIMIENTO

Son tres las bases regulatorias que han operado en Chile, a propósito de la regulación de la actividad económica, y no siempre esto es observado como una tríada:

- i) la libertad de emprender toda actividad económica,
- ii) la libertad de adquirir todo tipo de bienes, y
- iii) la aplicación de técnicas administrativas adecuadas para esas libertades.

La primera libertad, de emprender, es resultado de la aplicación del principio de subsidiariedad, como elemento esencial que determina el papel del Estado en la economía del país; y, por otra parte, cabe analizar conjuntamente otra libertad, que pocas veces es vista bajo este prisma: la libertad para adquirir toda clase de bienes.

Pero todo ello sería inútil si la Administración siguiese operando con una discrecionalidad amplia, y con técnicas de intervención poco aptas para el desenvolvimiento de las libertades económicas.

Esto es lo que se revisa en esta primera parte.

I. LIBERALIZACIÓN ECONÓMICA EN CHILE A PARTIR DE 1980

1. El principio de subsidiariedad y la libertad económica: construcción y reconocimiento constitucional

Antes de la aparición de la libertad económica como garantía fundamental, y del establecimiento de la subsidiariedad como principio, primaba en nuestro país un concepto de Estado de Bienestar donde se aceptaba una gran concentración de la actividad empresarial en manos de la Administración del Estado, constituyéndose así en un "Estado empresario", lo que hoy resulta totalmente anacrónico¹.

En virtud del principio de subsidiariedad, esta actividad empresarial del Estado aún se permite, pero sólo en la medida que los particulares no puedan o no quieran realizarla. De esta forma, el rol del "Estado empresario" se ve relegado a un segundo plano, dando mayor espacio a la iniciativa particular.

De esta forma, el principio de subsidiariedad es aquel en virtud del cual el Estado ejecuta una labor orientada al bien común cuando advierte que los particulares no la están realizando, ya sea por imposibilidad o por cualquier otra razón. En otras palabras, según este principio, el Estado actúa donde los particulares no puedan o no quieran actuar.

La presencia del principio de subsidiariedad en el orden constitucional chileno se estructura a partir del artículo 1º incisos 3º y 4º, y del artículo 19 Nº 21 inciso 2º, ambos de la Carta Fundamental, además de recurrir al contexto histórico en que fue dictada la misma.

Para que opere la subsidiariedad deben darse tres elementos:

a) Un deber de abstención, esto es, que el Estado no se involucre en actividades que puedan ser realizadas por los particulares, promoviendo así su iniciativa;

b) Una hipótesis de falencia, es decir, que los particulares no puedan o no quieran realizar una determinada actividad, y

c) Un deber de actuación estatal cuando se dé la referida falencia.

Conforme a esto, la construcción normativa del principio en la Constitución se produce en base a las siguientes disposiciones constitucionales:

i) El deber de abstención emana del artículo 1º inciso 3º, que en su texto señala que *"el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos"*;

ii) A su vez, el deber de actuación surge del artículo 1º inciso 4º que establece que *"el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien"*

¹ Cada vez que me refiero, en este trabajo, a "Estado", quiero decir "Estado/Administración", y no incorporo al "Estado/Legislación", ni al "Estado/Jurisdicción", en la tradicional separación de funciones y poderes.

común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”;

iii) Por último, la construcción se completa con lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 inciso 2º, que formula que *“el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.*

En el ámbito económico, además, la Ley Fundamental ha establecido una serie de garantías que, en su conjunto, y conformando un entramado armónico, podemos denominar Orden Público Económico o Constitución Económica.

Se trata de un concepto jurídico, que dice relación con la actividad económica, garantizando su libre desenvolvimiento. Se integra por una serie de garantías, que operan de manera entrelazada y armónica:

- i) la libre iniciativa económica,
- ii) la igualdad de trato económico empresarial,
- iii) la libre apropiabilidad de los bienes,
- iv) la garantía de que una vez apropiados dichos bienes puedan mantenerse bajo la titularidad privada,
- v) su traspaso a terceros libre e informadamente.
- vi) en fin, el establecimiento de la garantía que protege dichos derechos en su esencia o la pretensión de impedir su libre ejercicio.

Todo lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 19 N°s. 21, 22, 23, 24 y 26 de la Constitución.

Es necesario recalcar que éstas son libertades públicas, y cualquier atentado a estas libertades, en su conjunto, es un atentado en contra de ese orden que la Constitución asegura al público para el libre desenvolvimiento de sus garantías en el ámbito económico.

2. La liberalización económica de los bienes en Chile a partir de 1980

La aparición de la libertad económica y del principio de la subsidiariedad vino de la mano con la liberalización de los bienes, como se expone en seguida, sobre los cuales se estableció una política pública de dar la calidad de bienes públicos a ciertos tipos de bienes que resultan de total relevancia en la economía del país, como son, por ejemplo, los recursos naturales.

Cabe analizar la libertad para adquirir toda clase de bienes, salvo aquellos que excepcionalmente sean declarados públicos, cuya operatividad se deriva de

la *summa divisio* de los bienes que consagra la Constitución, distinguiéndolos entre públicos y privados, y haciendo desaparecer la categoría de bienes estatales respecto de grandes masas de bienes.

a. *El artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental.* La ley no sólo regula aquellas cosas susceptibles de propiedad, sino también aquellas que quedan fuera de su alcance, como los recursos naturales (aguas, minas), y como aquellas cosas abiertas al uso público (calles, plazas), todas las cuales tienen una importante interrelación.

Estos bienes públicos y recursos naturales de alto interés social, corresponden a los llamados bienes publicificados —el mundo de la *publicatio*—, que corresponde a un sector jurídico en el que se sitúan las cosas y bienes que no son susceptibles de propiedad privada.

De acuerdo al art. 19 N° 23 de la Constitución, puede decirse que todas las personas tienen garantizado que el legislador no impedirá la adquisición de todo bien o cosa, salvo que, en casos calificados, hayan sido declaradas *res communis omnium* o *res publicae* (esto es, en este segundo caso, que pertenezcan a la Nación toda). Así, se ha establecido por la Constitución una “reserva nacional” (de la Nación, pero no estatal) de cosas o bienes, una efectiva posibilidad de que el legislador (actuando con un quórum calificado) pueda reservar ciertas categorías de bienes a la Nación toda, esto es, establecer bienes públicos. Al mismo tiempo, se ha dejado en esa misma condición de reserva o inapropiabilidad privada a los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.

b. *Summa divisio de los bienes en el derecho chileno.* Para identificar el ámbito de esa garantía, cabe desarrollar el contenido de la *summa divisio* de los bienes establecida en la Constitución. Esta *summa divisio* está incorporada en una disposición constitucional que limita el régimen legal a que pueden ser sometidas las cosas o los bienes, que modifica y reconfigura el ordenamiento jurídico chileno a este respecto, y altera las bases dogmáticas existentes en la época.

A partir de los términos de la Constitución, se precisa una antigua clasificación, describiendo el texto constitucional las posibilidades de acceso de los particulares al dominio de los bienes y, de paso, dejando claramente eliminadas las posibilidades de que el Estado pueda llegar a ostentar un papel de titular de los bienes no privados. Así, dejando de lado los bienes comunes a todos los hombres (aire, alta mar, estratósfera, etc.), las cosas en Chile, a partir de esta *summa divisio*, son o públicas o privadas.

c. *Los bienes públicos o nacionales.* Los bienes públicos (o nacionales de uso público o “que deban pertenecer a la Nación toda”) es un concepto cercano a “pueblo”, en quien reside la soberanía, y que por eso mismo los aleja de cualquier titularidad estatal. Por lo tanto, estos bienes, que deben pertenecer a la Nación toda, no corresponden ni pertenecen al Estado, ni a alguno de sus órganos. Debe recordarse que el Estado es un concepto al que la propia Constitución le da ex-

presamente un contenido diferente a Nación, aclaración esta que podrá parecer trivial, pero que en el habla común suele confundirse o teñirse de confusiones, lo que hace al tema algo ambiguo, así se suele decir que existen “bienes nacionales del Estado”, como si decir que un bien sea de la Nación sea lo mismo que decir que un bien es estatal.

Son bienes públicos los que la legislación denomina “bienes nacionales de uso público”, como las calles, plazas, puentes y caminos; o las aguas, álveos o lechos de ríos o lagos; el mar adyacente entre otros. Y, también son públicos los recursos naturales, como las aguas o las minas: Pero no hay posibilidad constitucional de que sean estatales.

d. Régimen de los bienes públicos. Sus características son:

i. Abiertos al uso público. Por ejemplo, la Constitución al referirse a “plazas, calles y demás lugares de uso público” está remarcando no sólo su condición de bienes abiertos al “uso público”, sino, además, al mismo tiempo, que este uso público implica falta de apropiación, de dominio.

ii. Régimen de excepción. De acuerdo a la Constitución, en su art. 19 N° 23 inc. 1°, los bienes que deban pertenecer a la nación toda no pueden ser adquiridos en dominio por las personas naturales o jurídicas, en derecho privado o público. Esto constituye una excepción, pues la regla general es la libertad de adquirir toda clase de bienes. Por lo tanto, cada vez que las leyes deseen declarar como nacionales de uso público toda una clase de bienes, tendrán que hacerlo mediante una ley de quórum calificado.

Y esta inapropiabilidad o impedimento general para adquirir, rige no sólo para todo tipo de personas, sino que también para el propio Estado. Por tanto, a partir de la vigencia de la Constitución de 1980, el Estado no es una entidad habilitada para ser titular de los bienes o categorías de bienes de alto interés social, sino que quedarán para la Nación toda, al uso del público.

iii. Inenajenabilidad o inalienabilidad. Las características de los bienes públicos acá desarrollados, surge del propio hecho de que no hay libertad para adquirirlos, por lo que las disposiciones civiles no podrán, por ejemplo, amparar su legado, venta o prescripción, ni tampoco en virtud de las leyes podría disponer su enajenación, palabra esta última desajustada para este tipo de bienes en que no opera el comercio jurídico privado, al que se aplica tal concepto.

En materia de bienes públicos no cabe hablar de enajenación, pues es un supuesto imposible, dado que para que la enajenación operara previamente los bienes tendrían que desafectarse, actó este último por el cual comienzan a ser apropiables. La desafectación es, en los hechos, un traslado de bienes específicos desde la publicatio a la apropiatio.

e. Los bienes fiscales. Estos bienes están sometidos al régimen general de bienes privados; por lo que sobre ellos, el fisco tendrá la propiedad. Pero no deben ser

confundidos con los bienes públicos o *res publica*. El fisco es una verdadera persona jurídica de derecho público, al que se le destinan algunos bienes. Así, los bienes fiscales se rigen por el derecho común, y a lo que señalen, en cuanto a su uso y goce a favor de los particulares, las leyes especiales. De este modo, por ejemplo, la Ley de Servicios Eléctricos, para los efectos de imposición de servidumbres, pone en un pie de igualdad a los bienes fiscales con los demás bienes de particulares, pues ambos están sometidos al régimen jurídico de los bienes privados; por lo que en todo lo que no se diga en estatutos legales especiales, estos bienes del Estado quedan sometidos a la legislación civil o común de los demás dominios.

II. POTESTAD DE ORDENACIÓN, PRINCIPIOS REGULADORES Y TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS ACORDES CON LA LIBERALIZACIÓN ECONÓMICA

En consistencia con lo anteriormente expuesto, hay una coherencia con esta política pública liberalizadora, no sólo en el hecho de que se haya configurado una libertad económica respecto de ciertos sectores, como lo son los mercados de aguas, minas, eléctricos y sanitarios (que analizamos más adelante), sino que se articulen potestades administrativas acordes con tales libertades.

Eso es lo que revisamos ahora, a grandes trazos.

1. En general, la potestad de regulación u ordenación

La actividad de ordenación es una de las modalidades de intervención de la Administración sobre la conducta o actividad de los ciudadanos. Esta se manifiesta en las técnicas que la Administración utiliza para organizar, planificar, dirigir, limitar y controlar las actividades privadas que pueden incidir o lesionar un interés general.

La actividad reguladora de la Administración es distinta de la actividad legislativa, y esta es una distinción muy importante al tratar las fuentes del Derecho Administrativo.

La regulación en el Derecho tiene dos sentidos distintos; uno es el que se refiere a la regulación como la potestad de dictar normas; y otro sentido que es aquel que se refiere a la regulación como contenido mismo de la actividad administrativa, que tiene por objeto ordenar, planificar, limitar o decidir sobre ciertas actividades que desarrollan los particulares. Para estos efectos, es esta segunda acepción la que nos interesa, en donde se ordena y regula la libre espontaneidad de los particulares para desarrollar ciertas actividades de interés general.

Ahora bien, ¿qué actividades son las que se ordenan por la Administración? Las actividades que tienen incidencia en el interés general. Por lo tanto, habrá un

área residual en que no habrá intervención. Ahora, ¿qué es de interés general y qué no? Cambia con los tiempos y el criterio del legislador.

La actividad regulatoria debe sujetarse a dos principios fundamentales:

Primero, debe atenderse al principio de legalidad, el que constituye un principio general del Derecho Administrativo, por el cual se sostiene el sometimiento de los actos administrativos a la ley.

En segundo lugar, debe sujetarse al principio de especificación, que se refiere a que los supuestos de intervención deberán ser singularizados; así, la Administración no queda por ésta habilitada para desarrollar cualquier intervención, sino la que la propia norma prevé.

2. La realidad chilena en relación a la regulación de los sectores relevantes

En el caso de Chile, la actividad regulatoria se manifiesta de la siguiente forma:

a) En primer lugar, esta actividad está distribuida o dispersa en varios órganos de la Administración, los cuales ostentan una posición institucional, tienen una naturaleza jurídica, y una relación orgánica con el gobierno y la Administración muy disímil, que va desde la absoluta dependencia jurídica y administrativa del Presidente hasta formulas intermedias de descentralización administrativa con autonomía funcional (servicios, comisiones y superintendencias).

b) En seguida, la actividad regulatoria se manifiesta en una variedad de poderes jurídicos de intervención dispersos en la multiplicidad de sectores en los que el Estado interviene, lo que trae como consecuencia una pluralidad y heterogeneidad de órganos administrativos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno, haciendo difícil establecer parámetros claros de identificación que ayuden a constituir una tipología de los mismos. Concurren en estas funciones reguladoras, departamentos ministeriales, subsecretarías, direcciones generales, órganos autónomos de rango constitucional, comisiones, consejos e, incluso, corporaciones de derecho privado, cada uno con potestades distintas y en muchos casos concurrentes. Esta heterogeneidad de órganos y dispersión de la actividad de regulación, denota una falta de sistematización del legislador en la determinación de las figuras organizativas, que desarrollara la función reguladora, lo que conspira contra una definición clara de la estructura del aparato público administrativo.

c) Pluralidad y heterogeneidad de regímenes jurídicos, los que se manifiestan en la existencia de una normativa extensa y muchas veces contradictoria dentro de un mismo sector.

Los ejemplos más representativos de sectores relevantes regulados son en los mercados de telecomunicaciones, eléctrico y sanitario, como más adelante veremos.

En los mercados relevantes, la tendencia actual es publicar no actividades completas, sino ciertos sectores de la actividad, como, por ejemplo, en el mercado eléctrico donde sólo se publicó la distribución y transporte, pero no así la generación. Por lo tanto, lo que no está publicado en la ley, quedará sujeto a la libre iniciativa.

Así, la regla general es la libre iniciativa; luego, si bien el legislador puede tipificar algunas actividades como servicio público, esto no puede ir en contra de la garantía de libre iniciativa económica. De esta forma, las actividades económicas, sean o no servicio público, pueden ser llevadas adelante por los particulares, y sólo en subsidio, por falta de interés o posibilidades de los particulares, por el Estado.

En tanto, la regla especial, es el caso de actividades sujetas a regulaciones especiales que se da en mercados relevantes, en donde las potestades de la Administración cobran especial importancia, ya sea ordenando la actividad como también estableciendo mecanismos de fomento de una actividad determinada.

d) Algunos casos de entidades ordenadoras.

i) En el caso de las telecomunicaciones, la labor regulatoria la realiza el Ministerio de Transportes y de Telecomunicaciones, actividad que cumple a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. De este modo, la subsecretaría colabora con el gobierno en la definición y aplicación de las políticas, planes y normas del sector, jugando un papel clave en la interpretación administrativa de las normas reglamentarias y técnicas, en la resolución de los concursos públicos convocados para conceder dichos servicios de telecomunicaciones, fija las tarifas del servicio de telefonía local y de larga distancia nacional e internacional. Además, fiscaliza el cumplimiento de las leyes, tratados y acuerdos internacionales, reglamentos y normas técnicas del sector.

ii) En el sector eléctrico, en tanto, esta actividad la realizan tres órganos distintos, estos son, el Ministerio de Energía; la Comisión Nacional de Energía, y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; ordenación que es distribuida de la siguiente forma:

– Al Ministerio de Energía, le corresponde las funciones de dirección política, planificación reglamentación y resolución de las materias atinentes al sector.

– A la Comisión Nacional de Energía, la de estudios, análisis e informes técnicos.

– A la Superintendencia, el control, fiscalización y sanción de los agentes que participan de la actividad.

iii) En el caso sanitario, la actividad regulatoria es efectuada principalmente por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, servicio público funcionalmente descentralizado, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Obras Públicas, que ejerce las funciones reguladoras y fiscalizadoras de

la actividad de las empresas que operan en este sector, y también realizar el control de los residuos industriales líquidos respecto de los establecimientos industriales que los evacúan a cursos receptores y a las redes recolectoras de aguas servidas.

Asimismo, intervienen en esta actividad, la Dirección General de Aguas constituyendo derechos de aprovechamiento de aguas, de los cuales se abastece el sistema o autorizando obras hidráulicas; el Servicio de Salud fiscalizando la calidad de las aguas; el Ministerio de Economía, el cual dicta los Decretos Tarifarios, y el Ministerio de Obras Públicas, que interviene en las caducidades de las concesiones de servicios sanitarios, entre otros.

iv) En el caso de la minería, interactúan los Tribunales (otorgando concesiones), el Servicio Nacional de Geología y Minería (asesorando esa actividad concesional, y supervigilando la seguridad minera).

v) En el caso de las aguas interactúan dos órganos, uno de la Administración Central del Estado (la Dirección general de Aguas, que otorga concesiones y ostenta otras potestades de ordenación complementarias) y otro de conformación privada, pero que cumple funciones públicas (las Juntas de Vigilancia, de integración privada, pero que cumplen la función pública de distribución del agua).

III. TÉCNICAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS PUESTAS AL SERVICIO DEL CRECIMIENTO Y EL FOMENTO

Ya se ha hecho referencia a la importancia de la regulación u ordenación de la Administración en mercados de relevancia social; como también se ha señalado el régimen jurídico que afecta a los bienes públicos.

En cuanto a las técnicas jurídicas administrativas puestas al servicio de los particulares, ya sea para desarrollar actividades en los mercados regulados, o para aprovechar bienes públicos como los recursos naturales, son, esencialmente, la concesión y la autorización; como es usual en el concierto del derecho comparado.

La técnica jurídica más utilizada sigue siendo la concesional, que logra compatibilizar los intereses del Estado/Administración con los de los particulares.

La concesión requiere de 3 elementos:

a. La existencia de una *publicatio* previa, es decir, de una publicación que prohíbe preventivamente la actividad de los particulares en ciertos sectores. Esta prohibición ocurre cuando hay una declaración de bienes públicos sobre ciertos bienes y actividades (servicios públicos).

b. La creación de un derecho real de aprovechamiento a favor de los particulares, un derecho *ex novo* que emana de la concesión.

c. La mantención de potestades estatales en el sector, con el objeto de tutelar y velar por el cumplimiento de los fines.

Así, la técnica concesional es un acto administrativo que contiene una declaración de voluntad, donde, por una parte, los particulares buscan aprovechar algún bien público, adquirir un derecho de explotación privativo respecto de otros, gestionar un servicio público o construir una obra; mientras que, por la otra, el interés del Estado es satisfacer en forma eficiente el interés común.

Hasta antes de la Constitución de 1980 dominaba un concepto de Estado Bienestar en virtud del cual había un alto grado de intervención estatal, y eso era notorio en el tono voluntarista y altamente discrecional con que se ejercía la potestad concesional antaño. Ahora bien, actualmente prima el principio de subsidiariedad, pasando de un Estado interventor a un Estado regulador. Con la dictación de la Carta Fundamental de 1980, se consagró la libre iniciativa económica y el Estado sólo actuará en virtud de sus potestades de regulación u ordenación para evitar el daño a los intereses públicos.

Por eso se dice que hoy la *publicatio* no opera como reserva estatal de los servicios llamados públicos, sino que opera como una prohibición general con reserva de autorización, donde la Administración, a través de la concesión, reconoce un derecho cuya creación y ejercicio ya vienen garantizados por el sistema jurídico, que establece las condiciones para obtener la concesión que se requiera. De ahí que el otorgamiento de las concesiones en el actual sistema jurídico del Estado liberal haya perdido en gran medida la voluntariedad Administrativa de antaño, y se puede decir que la discrecionalidad administrativa ha quedado reducida a la nada, una vez que el particular solicitante de una concesión ha cumplido los requisitos que, regladamente, consagra la ley.

Hoy, la libertad tiene otro tono.

SEGUNDA PARTE

LA ACTIVIDAD ECONÓMICA BASADA EN LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS NATURALES

La liberalización de los bienes, en especial de los recursos naturales, representan un elemento esencial en el desarrollo de las actividades económicas más importantes del país, las que están muy ligadas unas con otras. En efecto, las aguas, son utilizadas –y requeridas en forma indispensable– en sectores tan relevantes como la energía y la minería; asimismo, en la actividad agrícola o el sector sanitario.

Por ello, es claro que todas estas actividades están concatenadas y requieren de un tratamiento con principios y reglas jurídicas que las informen en conjunto, toda vez que no se tendrá el resultado deseado si se liberaliza un sector de la economía mientras los otros siguen limitados. Como se ha señalado precedentemente, la liberalización de los bienes se ha establecido en virtud de una política pública

apegada a la libertad económica y al principio de la subsidiariedad, lo que se ha reflejado y transmitido al caso de los recursos naturales.

I. EL CASO DE LAS AGUAS: LIBERALIZACIÓN ESENCIAL

En relación a las aguas, dado que para el hombre el agua es un elemento inseparable de su propia subsistencia, su aprovechamiento ha jugado un papel capital a través de la historia de las civilizaciones. Son las cuencas de los ríos las que se han convertido en el eje del desarrollo urbano; a partir de su caudal se alimentan los sistemas de riego, o la fuerza de las aguas que arrastran se convierte en fuente de energía.

1. Naturaleza jurídica de las aguas: "bien nacional de uso público"

A partir del siglo XIX el agua es concebida en Chile, al igual que en otros sitios, como pública, a través de un eufemístico concepto: "bien nacional de uso público", que domina igualmente todo el siglo siguiente. Si alguien pregunta ¿de quién son las aguas?, todos o casi todos quienes respondan se sentirán atraídos a señalar que en el fondo son "del Estado" (aun cuando esto cada vez se nos presenta como más anacrónico). Es interesante despejar ciertos mitos que reaparecen cada cierto tiempo en nuestra discusión pública: así se dice "¿puede un particular sentirse propietario de unas aguas que son de uso público?". Ante la apropiación privada de grandes masas de agua, se dice que es necesario "recuperar su condición de bien nacional de uso público".

2. Técnica concesional y requisitos para adquirir un derecho de aprovechamiento sobre las aguas. Complejidades del sistema

Al ser las aguas un bien nacional de uso público, se ha establecido que sea la Administración, específicamente la Dirección General de Aguas, la encargada de otorgar y constituir los derechos de aprovechamiento de aguas a favor de los particulares.

El procedimiento concesional de tales derechos está regulado en los artículos 140 y siguientes del Código de Aguas. En relación a ello, cabe sostener que la Dirección General de Aguas está obligada a otorgar derechos de aguas a nuevos peticionarios una vez que se reúnan los tres requisitos siguientes:

- i. Que la solicitud sea legalmente procedente.
- ii. Que exista disponibilidad del recurso.
- iii. Que no se afecten, ni menoscaben derechos de terceros.

Y, en especial, si se constata la existencia de caudales no otorgados previamente a otros particulares, no puede negarse a otorgar esos nuevos derechos de aguas sin infringir una garantía constitucional (Art. 19 N° 23 de la Constitución).

A raíz de una declaración estatal, durante toda nuestra vida republicana, todo uso de las aguas por los privados debe necesariamente ser concedido por el Estado: éste otorga a los particulares una "concesión o merced de aguas", de la cual nacen "derechos de aprovechamiento de aguas". Esta es la regla legal y teórica: no debieran existir usos válidos sin previa concesión; aun cuando, como veremos, en Chile es sólo "teórica" la vigencia íntegra de un sistema concesional, pues un gran porcentaje de los usos de agua legítimos, constitutivos de derechos y reconocidos como tales, se han originado, desde el siglo XIX, en prácticas consuetudinarias, de apropiación privada por ribereños o canalistas, o en especiales reconocimientos prestados por las leyes, quienes hoy no tienen título concesional alguno que exhibir (y deben "regularizar" su derecho).

Así llegamos a nuestro actual Derecho de Aguas y a la definición y reconocimiento legal de los títulos privados de aprovechamiento de aguas.

Cuando se habla de los "derechos de aprovechamiento de aguas", se refiere de una potencia jurídica, de una posibilidad jurídica, de un ámbito jurídico, de un poder jurídico entregado a un particular. De eso se tratan los derechos en definitiva. En materia de aguas, esa potencia jurídica se manifiesta por la posibilidad que tiene una persona, natural o jurídica, de usar agua, de utilizar agua para los fines que estime convenientes, de acuerdo con las características de su título.

Entonces, al realizar un análisis de los derechos de agua, debemos preguntarnos ¿quiénes tienen derecho a usar agua? ¿Es necesario siempre que el derecho lo haya otorgado el Estado-Administración? ¿Qué ocurre con los derechos no inscritos? Luego esas preguntas las podemos ir descomponiendo en otras preguntas más: ¿En qué condiciones? ¿En qué cantidad? ¿En qué momento?, etc. Pero es una cuestión central, básica saber quiénes tienen derecho a usar las aguas, y de qué modo se manifiesta esa posibilidad en el derecho chileno.

Hay varias vías para entrar al análisis de esta situación. Todos tenemos ciertas ideas respecto de los usos de las aguas, conocemos ciertas reglas generales. Sabemos que, en general, las aguas están puestas por el ordenamiento jurídico en una situación excepcional respecto de los demás bienes, y han sido consideradas "bienes nacionales de uso público" (artículo 5° Código de Aguas) o, dicho de otro modo, han sido excluidas de la apropiación directa por parte de los particulares. El ordenamiento jurídico ha establecido vínculos públicos respecto de las aguas, que son diferentes de los vínculos privados con las aguas; además, este último vínculo es dependiente del primero. El vínculo de los particulares con las aguas depende del Estado, que fija las reglas, las posibilidades que tienen los privados o las personas de utilizar las aguas.

Entonces, para definir la situación de los derechos de aguas, tenemos que partir de la idea de los “usos del agua”. ¿Cómo se pueden usar las aguas? ¿Cuáles son las posibilidades de uso que confiere a sus titulares un derecho de aguas? ¿Pueden ser afectados por la autoridad administrativa por motivos de escasez (sequía) o problemas en los ecosistemas?

La condición de “bien nacional de uso público” de las aguas, ¿tiene implicancias sobre la certeza y seguridad de los derechos constituidos respecto de ellas? ¿Quiénes son titulares de derechos de aguas? ¿Todas las titularidades son regulares? ¿Qué papel le corresponde al Estado para proporcionar una mayor información pública sobre las titularidades de aguas existentes? Para responder a tales o a otras cuestiones relativas al uso privado de las aguas y comprender el significado e implicancia de la condición jurídica de las aguas, ya sea respecto del acceso de los particulares a su uso, o de las posibilidades de intervención de la autoridad administrativa en tal acceso, es necesario efectuar una descripción del actual estatuto de los derechos de agua en Chile y, a partir de ella, analizar u ofrecer una tipología de los diferentes derechos. Luego, es conveniente, para completar tal análisis, exponer los problemas actuales de los derechos de aguas, en especial los relativos a su certeza (formalización de características esenciales).

El sistema del Derecho de Aguas, establecido en virtud del D.L. N° 2.603, de 1979, y del Código de Aguas de 1981, consagra el sistema concesional de los derechos de aguas, pues éstas siguen manteniendo su condición de bienes nacionales de uso público; derechos que gozan de una amplia protección, de un marco jurídico especial y pueden ser libremente transferidos; emanado de un esquema legislativo fundado en el estatuto jurídico estructurado básicamente a partir del Código de Aguas de 1981.

3. El derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho real

Una de las principales instituciones del Derecho de Aguas es, precisamente, el derecho que permite a los particulares usar exclusiva y privativamente este recurso natural publico. Revisemos a continuación los principales aspectos de esta figura.

La fuente normativa de esta característica (derecho real) es el Art. 6° CA, que dispone, en su inc. 1°, que: “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código*”.

El derecho de aprovechamiento de aguas no es un derecho real a secas, o, por así denominarlo, “civil”, sino que se trata de un “derecho real administrativo”.

Cuando se habla de los “derechos”, se habla de una potencia jurídica, de una posibilidad jurídica, de un ámbito jurídico, de un poder jurídico entregado a un

particular. De eso se tratan los derechos en definitiva. En materia de aguas, esa potencia jurídica se manifiesta en la posibilidad que tiene una persona, natural o jurídica, de usar agua, de utilizar agua para los fines que estime convenientes, de acuerdo con las características de su título.

4. Caracterización de los derechos de aguas ante el Derecho vigente y "mercado" de tales derechos

De acuerdo a lo expuesto, ya sea por la vía concesional (lo más común) o por la vía excepcional de los usos consuetudinarios, existen en todos los países unos derechos de aguas, en manos de particulares, que la legislación reconoce, y regula su utilización. Ahora, es en esta regulación legislativa en donde pueden existir más variaciones entre los distintos ordenamientos, especialmente en Hispanoamérica, pues es aquí donde se pone el acento en la aplicación de distintas políticas estatales de administración del recurso hídrico, y las variaciones van desde los sistemas más centralizados, planificados, en que existe un gran control estatal sobre el uso del recurso (Nicaragua, Perú y otros), hasta las legislaciones en que existe una aplicación de políticas de descentralización, en que los particulares son los que toman las decisiones libremente (en especial Chile y México).

a) Los sistemas centralizados o tradicionales. Los sistemas centralizados implican para los titulares de los derechos de aguas estar sometidos a una férreo control estatal, en especial de la Administración burocrática del recurso, más o menos centralizada, más o menos organizada por cuencas o áreas hídricas, en cuanto: (i) a la cantidad de recurso a utilizar y, (ii) al destino económico del recurso, esto es, agricultura, agua potable, hidroelectricidad u otros usos. Es el Estado, a través de la Administración, el que planifica la utilización del recurso. No existe propiamente una re-asignación privada de los usos del recurso, sino una estudiada planificación de las utilidades del mismo. En otras palabras, las transferencias libres de derechos son muy limitadas.

b) Los sistemas descentralizados: el mercado de los derechos de aguas. Por otra parte, los sistemas más descentralizados se basan en crear posibilidades de libre transferibilidad a los títulos de aguas.

El caso paradigmático de aplicación de políticas descentralizadas en materia de reasignación de derechos de aguas es la legislación chilena, cuyas características principales son las siguientes:

1°) Amplia protección y libre transferibilidad de los derechos de aguas. Se ha producido un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas y han obtenido protección tanto los derechos concedidos por el Estado (constituidos), como los usos consuetudinarios y otros usos especiales (reconocidos por éste), todos los cuales gozan de las mismas garantías constitucionales de la propiedad (Art.19 N° 24 inc. final CPR).

El hecho de existir un régimen de propiedad firme sobre el derecho de aprovechamiento tiene importantes implicancias, entre las que cabe señalar las siguientes:

i) El titular del derecho tendrá acceso al crédito, pues tendrá la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo a través de la hipoteca del referido derecho;

ii) El agua correspondiente a dicho derecho puede ser insumo de importantes sectores de la actividad socioeconómica (tales como hidroelectricidad, minería, servicios sanitarios, entre otros).

El titular del derecho de aguas puede separar el agua del terreno en que estaba siendo usada primitivamente, esto es, puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones previas que deberán obtenerse. Adicionalmente, el titular de las aguas puede usarlas para cualquier destino, que puede no ser el primitivamente asignado, posibilitando libres cambios de uso de las aguas.

La certeza de tales derechos la desea proporcionar el sistema por medio de un Registro de Aguas, a cargo de los Conservadores de Bienes Raíces. No obstante, y esta es una notable debilidad del actual sistema chileno, hay aún una gran proporción de derechos reconocidos, sean consuetudinarios, o provenientes de otros usos especiales que autoriza la ley, que no están inscritos ni regularizados en registro ni catastro público alguno.

Estos derechos de agua, protegidos constitucionalmente, pueden, entonces, ser libremente transferidos, a través de negociaciones típicas de mercado; asimismo, pueden ser hipotecados. Además, este derecho, sobre el cual se tiene dominio, no puede extinguirse sino por las causas de Derecho común (Art. 129 CA), entre las cuales no contempla la legislación la caducidad por acto de autoridad.

Es muy importante que los derechos de aprovechamiento –tal como ocurre en el caso chileno–, sean intangibles, no caducables, pues ello es un primer paso para la existencia de un sistema de mercado. Luego, las transferencias de derechos se pueden dar o no, dependiendo de las condiciones del sector y de las decisiones que al efecto adopten los titulares respectivos.

2º) *Libre ejercicio de los derechos de aguas.* Una segunda característica de las titularidades de aguas en Chile es que la actual legislación consagra una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, pudiendo los particulares destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen. Igualmente, no es necesario que una vez constituido el derecho, los particulares justifiquen el uso futuro de las aguas. Tampoco es necesario que en las transferencias de derechos de aguas se respete el uso a que antiguamente se destinaba el agua, y los particulares pueden cambiar libremente su destino.

La única limitación tiene relación con la cantidad de agua que se puede extraer desde la fuente natural, pues se exige el respeto de la condición del derecho.

Adicional y consecuencialmente, la actual legislación de aguas chilena no privilegia ningún uso sobre otro. Así, al momento de otorgar derechos nuevos, no hay preferencias legales de unos usos sobre otros. Si, al momento de solicitarse las aguas, simultáneamente existen varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro, sino que la legislación ha recogido un mecanismo de mercado y debe llamarse a un remate público.

3°) *Acceso libre y gratuito a las titularidades de aguas.* Una tercera característica de los derechos de aguas en Chile es la gratuidad con que se obtienen.

Hasta el año 2005, la conservación de los derechos de aprovechamiento de aguas en la titularidad privada era también totalmente gratuita, de manera que los particulares tenían completa libertad para decidir si usaban o no las aguas. No obstante ello, en tal año entró en vigencia la ley N° 20.017, que introdujo, entre otros aspectos, la figura del pago de una patente por la no utilización de las aguas, la cual, sin lugar a dudas, relativizó la libertad y gratuidad en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, de acuerdo a lo instaurado en el sistema normativo creado a partir del año 1979 en este ámbito.

4°) *El papel restringido del Estado.* Una cuarta característica de las titularidades privadas en materia de aguas, es que si bien existe un organismo público (Dirección General de Aguas) encargado de constituir los derechos de aguas, de la policía y vigilancia del recurso, de autorizar las construcciones de obras, de supervigilar a las organizaciones de usuarios y de planificar el recurso, sus facultades son más bien limitadas, y no puede introducirse ni en la distribución de las aguas (que se realiza descentralizadamente por las organizaciones de usuarios), ni puede resolver los conflictos de aguas (que se solucionan, antes que nada, por las propias organizaciones de usuarios, o por los tribunales de justicia), ni puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas, que se llevan adelante libremente entre los usuarios.

5°) *La posibilidad de integrar organizaciones de usuarios para la autónoma y descentralizada distribución del agua.* Tal posibilidad existe para cada cuenca hidrográfica (un río íntegro, o secciones del mismo), por los propios titulares de derechos, no pudiendo intervenir la autoridad, sino transitoriamente, en casos excepcionalísimos (ante faltas graves o abusos en la distribución de aguas y en épocas de extraordinaria sequía).

II. LAS MINAS Y EL DESARROLLO DE SU INDUSTRIA: EXPLOAR LA RIQUEZA PARA CRECER

El elemento constitutivo esencial de la industria minera, y que constituye además su objeto, es el yacimiento minero natural, esto es, los minerales.

La industria minera realiza fundamentalmente la labor cuyo fin es poner a disposición de las demás industrias básicas las materias primas minerales buscándolas y extrayéndolas de la corteza terrestre y del fondo marino.

La importancia de la minería en el desarrollo económico de los países—muchos de los cuales basan su desarrollo casi exclusivamente en la riqueza minera—, le ha dado a este sector ciertos perfiles que le son propios. En efecto, los costes crecientes en las explotaciones la hacen muy sensible a las políticas estatales, sobre todo por las elevadas inversiones que exige su explotación.

1. Masa regulatoria del Derecho de Minería

La regulación del sector ha quedado marcada definitivamente con indudables sesgos ius publicistas, como consecuencia de la importancia estratégica que ha tenido desde siempre la minería y de las subsiguientes potestades regulatorias y de intervención administrativa.

De un análisis somero de la normativa vigente y de la realidad de la minería como materia regulada, resulta, sustantiva y esquemáticamente, que el orden jurídico chileno contiene la siguiente masa regulatoria de la relación jurídica minera:

i) En lo relativo a la posición jurídica de las minas, éstas se encuentran excluidas de toda apropiación directa por los particulares; se encuentran publicadas; así, el artículo 19 N° 24 CP establece que “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas”. Esta disposición es repetida en el artículo 1° del Código de Minería (CM).

ii) Existe un procedimiento concesional, a través del cual se crean derechos mineros a favor de los particulares, respecto de la explotación de los minerales publicados. Tales derechos son regulados ampliamente en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM) y en el CM. El sistema opera a base de dos tipos de actos emitidos por el Estado/Administración (a través de los tribunales ordinarios de justicia): concesiones de exploración y concesiones de explotación; a cuyos procedimientos los particulares tienen libertad de acceso a través de pedimentos y manifestaciones, respectivamente. Los minerales no publicados (que acceden al suelo) tienen un régimen distinto.

iii) Nacen a favor de los concesionarios, según los casos, derechos a explorar o a explotar los minerales libres (esto es, que no acceden al propietario del suelo), “derechos” que la legislación denomina “concesión”: artículos 2° LOCCM y 2° CM. En cuanto a las actuales obligaciones de los concesionarios, considera la ley sólo el pago de “patentes” anuales (tasas), como forma de “amparo”, sin que exista necesidad de una “actividad” exploratoria o explotatoria efectiva. Existe una regulación especial relativa al ejercicio de estos derechos mineros.

2. Riqueza minera publicitada: publicatio minera

El primer aspecto de esta realidad es la existencia de una generalizada publicatio que cubre toda la actividad minera, esto es, para la actual lex (y para la explicación doctrinaria usual), la existencia de un “dominio” o “propiedad” estatal de todas las minas; publicatio que opera, en verdad, sobre la actividad económica minera consistiendo en la regulación que el Estado/regulador (legislador) establece para el acceso y reparto de titularidades privadas en todo el sector.

Es a partir de la publicatio minera que surge toda la especial regulación que sobre la actividad minera realiza el actual Estado/Administración y no de una inexistente, anacrónica o irreal “propiedad” estatal de las minas, que de propiedad no tiene nada, como nos pretende “engañar” la lex constitucional vigente (artículo 19 N° 24i.7 CP). Para justificar la regulación especial de la minería se ha utilizado artificialmente la “propiedad” como instrumento, como inadecuada técnica legislativa de publicación, que más bien da origen a toda una categoría de bienes públicos, llamados usualmente “dominio público” por la doctrina y la legislación.

El efecto práctico de esta publicatio es la sustracción ab initio de la apropiación privada de todos los minerales de mayor valor, salvo los que excluye el ordenamiento jurídico; en nuestro caso, todos los materiales que se aplican directamente a la construcción: las arenas, las piedras, en general, los áridos; todos estos últimos no son parte de la publicatio, o propiamente, no forman parte del núcleo dogmático del derecho de minería. Más bien, son un especialísimo derecho minero: un intersticio interdisciplinario.

3. Libre acceso a las titularidades mineras

En seguida, el segundo aspecto de esta realidad es el ineludible procedimiento concesional minero, cuyo acto terminal consiste en la institución más típica y caracterizada del derecho minero: la concesión minera, a partir de la cual hoy el Estado/Administración “debe” (pues ya ha dejado de ser un acto discrecional o gracioso, como antaño) crear ex novo los derechos mineros a favor de los particulares.

En efecto, como consecuencia de la publicatio opera en el sector la institución denominada “concesión minera”, que consiste en el acto terminal de un procedimiento ante el Estado/Administración, de una especial naturaleza jurídica y cuyo procedimiento (y juicios) son especiales, pues se desgaja del derecho administrativo.

El efecto práctico del funcionamiento de este comercio jurídico-público es que la concesión es el único instrumento jurídico que origina derechos en el sector; no hay aquí posibilidad de recurrir a los instrumentos de adquisición originaria

de bienes del derecho privado, como la ocupación o la prescripción de estos bienes (si es que es jurídicamente posible postular la “ocupación” las sustancias minerales in situ).

4. Libre ejercicio de los derechos mineros

En fin, el tercer y evidente aspecto de la realidad son los derechos mineros, que nacen ex novo a partir de la concesión y que posibilitan el aprovechamiento de las sustancias minerales situadas en un sector territorial determinado, ya sea para conocer o reconocer (explorar) o extraer (explotar) tales sustancias minerales publicadas.

En efecto, de la concesión minera, que es un acto administrativo (en Chile emitido por un Tribunal Ordinario de Justicia), surge cada derecho minero, cada título minero en cuya virtud los particulares podrán explorar y explotar la riqueza minera (véase más adelante, párrafo en que se aborda la naturaleza jurídica del vínculo entre el particular y las minas, materia estudiada tradicionalmente a través de la teoría de los derechos reales administrativos). Es el ejercicio de estos derechos para explorar y explotar los yacimientos mineros lo que forma parte del núcleo de la disciplina.

Lo esencial y presupuesto básico de todo derecho de minería (esto es, el principio ontológico de la disciplina), es la eliminación del poder de disposición de los propietarios del suelo sobre determinadas sustancias minerales, y de ahí se han derivado los dos sistemas que básicamente han existido en el derecho histórico y comparado: (i) de regalía, en que lo excluido de la propiedad privada se lo apropia como titular el Estado (existencia de propiedad estatal), y (ii) de libertad minera, en que si bien hay exclusión de la propiedad privada, no hay apropiación estatal (por esa razón podemos calificar a los minerales como “libres”: ni propiedad estatal ni propiedad privada). La evolución de (i) a (ii) es evidente en Chile: en un inicio, el Estado se considera “dueño” de las minas (artículo 591 del Código Civil de 1855); en seguida, fruto de una dilatada disputa doctrinaria, pareciera otorgarse “propiedad minera” al particular; hasta hoy, en que formalmente, como cáscara literal, pareciera que rige el sistema de regalía (véase artículo 19 N° 24 CP: “el Estado es dueño de las minas”), pero que en realidad implica sólo la existencia de una prohibición general previa a explotar, bajo la reserva de obtener una “concesión judicial”, que también sólo formalmente es un título discrecional (como pareciera ser toda acción de “conceder”), sino que en realidad es un acto administrativo de naturaleza autorizacional, con una discrecionalidad reducidísima; además, en defensa de los principios de prioridad y de juridicidad, los solicitantes tienen un real y efectivo derecho subjetivo a ser titulares de la habilitación para explorar o explotar los minerales libres.

III. EL MERCADO DE LA ELECTRICIDAD

El aprovechamiento del agua y las minas están íntimamente conectados con la prestación de servicios públicos relevantes, por lo que en seguida se trata la regulación de un mercado importante en la actividad económica y de significancia relevante en el desarrollo del país; este es el caso del servicio eléctrico.

Los últimos años de la legislación eléctrica pueden ser calificados como de consolidación y mejoría de un modelo, reflejo de decisiones políticas sucesivas. Es una legislación que ha sido relativamente estable, cuyas bases no han cambiado, sino que han sido mejoradas por largas leyes “cortas”.

1. Orígenes regulatorios

Desde 1974, la Administración dio comienzo a un proceso de descentralización y privatización de las empresas eléctricas y la electricidad fue objeto de nuevas regulaciones. El primer paso fue crear, mediante el DL N° 2.224, de 1978, la Comisión Nacional de Energía, con el objetivo de elaborar y coordinar planes y políticas del sector. En seguida, se dicta el D.F.L. N° 1/1982, que aprueba una nueva “*Ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica*” (LGSE); y la Ley N° 18.410, de 1985, que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (LSEC).

La finalidad de estos textos fue revertir la situación anterior de preponderancia estatal, y de otorgarle una participación significativa a la iniciativa privada. El Estado, en su función subsidiaria, mantendría en todo caso su rol normativo, regulador y, principalmente, fiscalizador de las actividades realizadas en el ámbito eléctrico. Los objetivos de estas nuevas políticas estaban dirigidos a dotar de mayor eficiencia al sector eléctrico, y a dejar al mercado como herramienta de asignación de los recursos.

Los objetivos antes descritos fueron plasmados por medio del DFL N° 1, de 1982, el que estableció una institucionalidad dirigida a: i) Permitir el libre acceso de los privados al negocio eléctrico, en especial a la generación y al transporte de energía eléctrica; además, la vía concesional sólo pasa a ser imprescindible para el servicio público de distribución en áreas de concesión a usuarios finales. ii) Establecer una certeza jurídica, concretizando una regulación general para el mercado eléctrico nacional, delimitando las reglas a seguir por los particulares.

2. Modificaciones normativas

Dos modificaciones, producidas en 2004 y 2005, han intentado, con algunos aciertos, dar nuevas señales para la inversión privada en el mercado eléctrico. Se

trata de la Ley N° 19.940/2004 (llamada Ley Corta I) y de la Ley N° 20.018/2005 (llamada Ley Corta II).

Con el objeto declarado de *“fortalecer el régimen de fiscalización del sector eléctrico”*, se dictó la ley N° 19.613, en 1999, que introdujo modificaciones relevantes a la LSEC y a la LGSE, dirigidas, básicamente, a: 1°) aumentar y fortalecer las facultades de fiscalización de la Superintendencia; 2°) aumentar considerablemente el monto de las multas, y modificar el procedimiento de reclamo de las mismas, y 3°) eliminar la sequía o fallas de centrales eléctricas como causales de fuerza mayor o caso fortuito que posibiliten a las empresas excluirse de los efectos de la dictación de decretos de racionamiento. Junto a estas modificaciones, la ley N° 19.674 publicada en el año 2000, estableció una regulación a los cobros por servicios asociados al suministro eléctrico que no se encuentran sujetos a fijación de precios.

Estas normas, como es sabido, produjeron un desincentivo en la inversión, y pronto serían objeto de otros ajustes, en 2004 y 2005.

Con el objetivo de establecer variadas modificaciones a la regulación eléctrica se dictó la Ley N° 19.940, en 2004 (*“Regula sistemas de transporte, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos”*). En términos generales, a través de esta ley se regulan de un nuevo modo las siguientes materias:

a) Los sistemas de transporte de energía eléctrica, los cuales se definen y regulan en un nuevo título. En este sentido el legislador estableció tres subsistemas, a saber, transmisión troncal, subtransmisión y sistemas adicionales. Además, a través de esta ley se tipifica el transporte de energía eléctrica por sistemas de transmisión troncal y de subtransmisión como un “servicio público”.

b) En los sistemas cuya capacidad instalada superior a 1.500 Kw e inferior 200 Mw, denominados como sistemas eléctricos medianos, se establece un nuevo régimen de tarifas a los distintos segmentos del mercado eléctrico de estos sistemas medianos.

c) Se establece un procedimiento nuevo para la tarificación del segmento de transmisión, por el cual se modifica el concepto de área de influencia y el mecanismo de determinación de los peajes. En esta misma lógica se establece el sistema de cobro de peajes en las redes de distribución.

d) Se crea el panel de expertos, que es una instancia especializada de resolución de conflictos, con efecto de cosa juzgada.

e) Relacionadas con las anteriores, se introducen varias adecuaciones a la LGSE, y entre ellas: transferencia de concesiones; desaparición (por vía derogatoria del tipo) de la servidumbre de paso de energía eléctrica, la que es reemplazada por el “régimen de acceso abierto”; nueva regulación del CDEC; servicios complementarios, y, en fin, Valor Nuevo de Reemplazo.

La ley N° 20.018, de 2005, tiene por objeto principal crear condiciones de estabilidad suficientes para los inversionistas en generación, sustituyendo el sistema de venta a precios de nudo por uno que refleje precios estables determinados mediante procedimientos competitivos de mercado, parecido al aplicado a los grandes clientes industriales y mineros a precio libre.

Se establece que los propietarios de los medios de generación conectados al sistema eléctrico respectivo cuya fuente sea no convencional, tales como geotérmica, eólica, solar, biomasa, mareomotriz, pequeñas centrales hidroeléctricas, cogeneración y otras similares determinadas fundadamente por la Comisión, cuyos excedentes de potencia suministrada al sistema sea inferior a 20.000 kilowatts, estarán exceptuados del pago total o de una porción de los peajes por el uso que las inyecciones de esos medios de generación hacen de los sistemas de transmisión troncal, conforme a los siguientes criterios.

En seguida, se dicta un Reglamento para medios de generación no convencionales y pequeños medios de generación.

Lo anterior mejora las condiciones de acceso a financiamiento para este tipo de proyectos y estabiliza los ingresos esperados. Adicionalmente, el aumento del costo de la energía en Chile, sumado al descenso continuo de las inversiones en nuevas tecnologías, podría mejorar las expectativas para el desarrollo y la conexión de estos pequeños medios de generación.

Una modificación más reciente ha reordenado la Administración y, en su virtud, se ha creado el Ministerio de Energía.

3. Situación actual del mercado eléctrico y desafíos

En la actualidad estamos expectantes ante los nuevos desafíos que el mercado eléctrico nos depara. Resulta de público conocimiento que la actividad económica de nuestro país, en los últimos años, presenta un crecimiento sostenido. Lo anterior se debe, principalmente, a nuevas actividades extractivas en la gran minería en el norte, el incremento de la industria forestal y pesquera en el sur, junto a una mayor demanda energética en los grandes centros poblados, han determinado la necesidad de aumentar la matriz energética con la finalidad de abastecer las necesidades tanto de los usuarios sujetos a regulación de precios, como de los denominados clientes libres.

En cuanto a la generación de energía, resulta importante estar atentos al plan de diversificación de la matriz energética, fomentado por el Ministerio de Energía, conocido como el plan 2020. De acuerdo a esta iniciativa, el Ejecutivo planea establecer al año 2020 un 20% de generación de energía en base a ERNC. Este ambicioso plan presenta grandes oportunidades para alcanzar niveles óptimos de sustentabilidad ambiental, sin embargo, requiere, a su vez, de grandes esfuerzos

económicos y de operatividad. En este sentido, las instalaciones de producción de energía como eólica, solar, biomasa, minicentrales y centrales de pasada, formarán parte de estos esfuerzos por alcanzar la meta propuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos con un gran problema. En el evento de contar con una matriz energética variada y que solvente todas las necesidades de los consumidores, debemos preguntarnos si nuestro actual sistema de transmisión cuenta con la capacidad de transportar toda la energía que sea producida. La respuesta a esta pregunta es negativa y no precisamente por falta de interés en la inversión privada para el establecimiento y construcción de las estructuras de transporte de electricidad, sino por la actual estructura normativa que rige el sistema concesional eléctrico, especialmente en lo referente a la imposición de servidumbres por parte de la autoridad administrativa. Actualmente, el procedimiento de imposición de este tipo de gravámenes se ha convertido en el gran cuello de botella en la instalación de los proyectos eléctricos. En este sentido, y con la finalidad de brindar una solución al problema, hemos fomentado una modificación al actual Reglamento de la Ley General de Servicios de Eléctricos, buscando hacer más expedita la imposición de este tipo de servidumbres, con la finalidad de disminuir los tiempos de puesta en servicio de las instalaciones destinadas no sólo al transporte de energía, sino que también a los otros segmentos del mercado eléctrico, constituidos por la generación y la distribución de energía.

IV. OTROS CASOS DE LIBERALIZACIÓN: EL SECTOR SANITARIO Y LAS TELECOMUNICACIONES

1. Servicios sanitarios

La historia de los servicios sanitarios nace con la fundación misma de la ciudad de Santiago cuando se trazan sus calles con canales de riego y acequias de desagüe. La mayor parte de los habitantes de Santiago consumía entonces aguas provenientes, principalmente, del río Mapocho.

Pero, no fue sino hasta mediados del siglo XIX, en que comenzaron a construirse las principales obras de ingeniería sanitaria y es en 1931 cuando se crea la Dirección General de Agua Potable y Alcantarillado del Ministerio del Interior, marcando los inicios de la institucionalidad del sector.

Entre 1977 y 1988 los servicios de agua potable y alcantarillado se concentran bajo la responsabilidad del Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS). El Estado desarrolla funciones productivas junto a funciones de control y fiscalización mientras el sector privado mantenía un rol muy secundario.

A fines de la década de los ochenta, se comienza a aplicar un nuevo modelo institucional, otorgándose un rol más importante a la iniciativa privada.

Conforme al marco regulatorio vigente, las Concesionarias de Servicios Sanitarios deben operar según el régimen de concesiones que la ley establece, bajo la forma de sociedades anónimas y someterse a la regulación que ejerce y fiscaliza la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

2. Telecomunicaciones

Respecto a las telecomunicaciones, gracias al desarrollo de ellas podemos decir hoy en día que estamos frente a una sociedad de la información. Las telecomunicaciones ayudan al desarrollo de la Nación, lo que se manifiesta, por ejemplo, son importantes para el comercio internacional, ya que permiten establecer relaciones comerciales a distancia y permiten obtener información sobre el comportamiento de los distintos mercados en el mundo.

En síntesis, las telecomunicaciones son una actividad económica relevante o estratégica dentro de la economía de un país, que presenta como nota distintiva que requiere que la autoridad actúe como ente regulador fijando un régimen de concesiones y autorizaciones.

La principal fuente legal de este sector es la ley N° 18.168, de 1982, que vino en reformar las telecomunicaciones, sector que hasta ese entonces estaba formado sólo por empresas de propiedad estatal; con esta ley, comenzó el traspaso paulatino de las empresas de telecomunicaciones al sector privado, con el objetivo de modernizar la industria y elevar el nivel de eficiencia y productividad.

Además, la dictación de esta ley produjo una reorganización de la autoridad y de la regulación tarifaria.

La incorporación de los inversionistas privados se debe a la eliminación de obstáculos para la entrada a este mercado, debiendo respetarse la regulación del sector en el ejercicio de la industria.

CONCLUSIONES

1°. A partir de la Constitución Política de 1980, surge en Chile un sistema donde la libertad económica y el principio de subsidiariedad determinan la calidad jurídica de los bienes y la regulación de los sectores relevantes de la economía del país.

2°. Así, a 30 años de la dictación de la Carta Fundamental, es posible observar ciertos hitos que responden a una política liberalizadora de bienes y servicios que ha permitido la actividad de particulares en mercados que hasta ese entonces

les estaban vedados, accediendo a ellos a través de regímenes concesionales, que responden a una técnica administrativa puesta al servicio del crecimiento económico y el fomento.

3°. En este contexto, el primer hito liberalizador corresponde a que la Constitución propició que los bienes de sumo interés social y de significancia económica relevante fueran clasificados como bienes públicos –por tanto, no susceptibles de apropiación alguna siquiera por el Estado–, pero pudiendo ser aprovechados en virtud de un título otorgado conforme al ordenamiento jurídico, y con mínima discrecionalidad administrativa.

4°. Lo anterior, condujo, asimismo, al segundo hito, este es, la liberalización de los recursos naturales, en especial las aguas y las minas, que responde a la aplicación de un criterio funcional que permite su mejor aprovechamiento.

5°. Finalmente, dada la interrelación de estos bienes con sectores relevantes en la economía del país, la liberalización de los recursos naturales permitió, asimismo, el emprendimiento particular en los mercados conexos de los servicios eléctricos y sanitarios.

a) En el caso de los servicios eléctricos, el agua es fundamental, dada una matriz energética en que predomina la hidroelectricidad; por lo que un derecho real y seguro sobre el agua ha propiciado un mercado eléctrico en constante desarrollo.

b) En el caso de los servicios sanitarios, el agua es fundamental, dada la naturaleza de ese servicio basado en tal recurso natural, por lo que un derecho real y seguro sobre el agua ha propiciado un mercado sanitario en constante desarrollo.

c) En fin, la minería es un motor de desarrollo relevante del país, industria que sin electricidad ni agua, y derechos ciertos para acceder a ellos, no se desarrollará adecuadamente.

Entonces, estas regulaciones y políticas liberalizadoras dan forma a un tercer hito dando forma a la tríada económica y jurídica de los bienes y servicios públicos y los recursos naturales.