

# Las potestades de los organismos supervisores de servicios públicos en Chile: análisis dogmático de su aplicación responsiva, basada en riesgos y garante

The powers of public services supervisory entity in Chile: a dogmatic analysis of their responsive, risk-based and guarantor application

Luis Alfonso Herrera Orellana<sup>1</sup>

Este estudio analiza los rasgos que presentan las potestades de la Administración al ejercer su actividad de forma responsiva, identificando riesgos y orientada a garantizar el bien común; asimismo, analiza las potestades que en Chile tienen atribuidas la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el Ministerio de Transporte y la Subsecretaría de Telecomunicaciones para supervisar los servicios públicos ofrecidos en sus respectivos ámbitos de actuación; y argumenta de qué forma esas potestades pueden ser utilizadas por dichas autoridades según los conceptos de responsividad, riesgos y garantía propuestos por la dogmática extranjera y nacional, así como por organizacio-

This study analyzes the characteristics of the powers of the Administration when exercising its activity in a responsive manner, identifying risks and aimed at guaranteeing the common good; Likewise, it analyzes the powers that the Superintendency of Health Services, the Superintendence of Electricity and Fuels, the Ministry of Transportation and the Undersecretariat of Telecommunications have attributed in Chile to supervise the public services offered in their respective areas of action; and argues how these powers can be used by said authorities according to the concepts of responsiveness, risks and guarantee proposed by foreign and national dogmatics, as well as by

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Constitucional y Magister en Derecho Público. Profesor de la Universidad Santo Tomás, Chile. Dirección Postal: Av. Ejército Libertador 146, Santiago, UST, Facultad de Derecho. Correo electrónico: lherrera21@santotomas.cl.

Artículo recibido el 9 de noviembre de 2023 y aceptado el 22 de diciembre de 2023.

nes como la OCDE, sin necesidad de reformas legislativas, con el propósito de contribuir a potenciar las tareas de fiscalización y regulación de las mencionadas autoridades.

organizations such as the OECD, without the need for legislative reforms, with the purpose of contributing to enhance the inspection and regulation tasks of the aforementioned authorities.

**Palabras clave:** Potestades, supervisión, responsivo, riesgos, garante.

**Keywords:** Powers, supervision, responsive, risks, guarantor.

## I. Introducción

En fuentes dogmáticas<sup>2</sup>, seminarios<sup>3</sup> y declaraciones<sup>4</sup> se ha afirmado que la Administración Pública chilena en general, y los organismos supervisores de acciones económicas reguladas en particular, en parte por contenidos de la Constitución vigente, han visto reducidas y debilitadas sus potestades, las cuales, además, están sujetas a límites jurídicos excesivos que dificultan o impiden a dichos organismos cumplir con sus cometidos de interés público.

Asimismo, se sostiene que debido a la impronta subsidiaria y neoliberal<sup>5</sup> de la Constitución<sup>6</sup>, la Administración Pública carece de herramientas para tutelar de forma eficaz los intereses públicos que la legislación le encomienda asegurar<sup>7</sup>. Y, asimismo, que los organismos responsables de fiscalizar acciones sujetas a regulación, por déficit de potestades y por la intensidad de las garantías de que disfrutaban los particulares, no tienen capacidad institucional de impedir los incumplimientos de los fiscalizados y de sancionar adecuadamente tales infracciones<sup>8</sup>.

Tal estado de cosas implicaría, en el ámbito de la supervisión administrativa de prestacionales calificadas como servicio público<sup>9</sup>, entre otras cosas, que las exigencias de continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio carecieran de técnicas adecuadas para su exigibilidad y coercibilidad.

Sin embargo, un examen de las fuentes legislativas que rigen en Chile el funcionamiento de algunos de los organismos de supervisión de servicios

<sup>2</sup> FERRADA 2005, 112.

<sup>3</sup> Ver lo planteado por el académico PARDOW, D. (9 de septiembre de 2019). Universidad de Chile. Noticias. <https://bit.ly/3sbTm0m>.

<sup>4</sup> Véase lo propuesto por el Gobierno nacional sobre la necesidad de ampliar poderes de sanción de organismos de la Administración en Birchmeier, N. (2 de junio de 2023). El Mercurio. <https://bit.ly/46qNn75>.

<sup>5</sup> SOTO 2023, 191-192.

<sup>6</sup> En particular al orden público económico constitucional previsto en ella. Ver GUERRERO 2020, 105-134.

<sup>7</sup> OSORIO y VILCHES 2020, 73 y 76.

<sup>8</sup> Sobre la impronta "neoliberal" del derecho administrativo chileno, ver lo expuesto en seminario "Transformaciones del Derecho Administrativo", según nota de prensa de la Universidad de Valparaíso (7 de enero de 2021). Universidad de Valparaíso. Noticias. <https://bit.ly/45qckOO>.

<sup>9</sup> Entendidos según lo expuesto por el Tribunal Constitucional. Sentencia TC Rol N° 5572 (2019) y Rol N° 5650-18 (2019), considerando 18vo.

públicos, esto es, de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el Ministerio de Transporte y de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, permiten reconocer una situación diferente a la señalada, caracterizada no por la falta o precariedad de potestades, sino por la generalidad de algunas de ellas, la falta de fines concretos y un predominio del paradigma del control/sanción en su ejercicio<sup>10</sup>.

Del mismo modo, puede constatarse que, no obstante, la persistencia de problemas detectados en diferentes estudios dedicados al análisis de la estructura, competencias y funcionamiento de los organismos de supervisión con personalidad jurídica<sup>11</sup>, varias de las actuales potestades atribuidas a las referidas Superintendencias pueden ser reorientadas y potenciadas en su interpretación y utilización, para fortalecer el rol fiscalizador y regulatorio de aquellas.

Todo ello con respeto a las exigencias constitucionales en materia de reserva legal y de protección a los derechos económicos, y a la condición de acciones abiertas a la iniciativa privada de las prestaciones sujetas a supervisión en las áreas de energía eléctrica, gas, servicios sanitarios y telecomunicaciones.

Ahora bien, esa reorientación y potenciación de algunas de las potestades que ya tienen atribuidas los organismos administrativos exige renunciar, en primer lugar, a entender el servicio público prestacional como una actividad estatal<sup>12</sup>, y, en segundo lugar, superar el enfoque del control/sanción de la actividad administrativa de supervisión y regulación económica, predominante en la dogmática administrativa chilena actual<sup>13</sup>.

Por otro lado, exige asumir, apoyándose en el enfoque de la responsividad, en las técnicas y metodologías de la supervisión basada en riegos y las potestades que promueve la idea de Administración garante, que las acciones económicas calificadas por ley como servicio público o de interés público, están abiertas a la iniciativa privada allí donde no hay reserva expre-

<sup>10</sup> Paradigma que impide la adopción, en materia de sanciones administrativas, de una perspectiva diferente, como la que plantea la "responsividad regulatoria", para la cual las sanciones son medios para asegurar los fines de la regulación antes que formas de castigo o retribución a los infractores de las fuentes formales. Al respecto, Enteiche ha señalado lo siguiente: "Nos enfocaremos en una de las perspectivas cuyo propósito es materializar la eficiencia en el cumplimiento normativo –en adelante 'la eficiencia'–: la responsividad regulatoria. Para la responsividad, las sanciones administrativas son un medio para lograr la eficiencia, siempre que la Administración cuente con relevantes poderes de sanción, sin que estos deban ser –necesariamente– ejercidos". ENTEICHE 2023, 396-397. Véase también, respecto de esta misma perspectiva, lo planteado sobre la delegación a particulares de elementos de los tipos infraccionales, como caso de "autorregulación regulada", en ASCÁRATE 2023, 419-420.

<sup>11</sup> Entre otros, los ya expuestos en DÍAZ DE VALDÉS 2010, 251-253 y 258-263.

<sup>12</sup> PIERRY 2017, 105.

<sup>13</sup> Ver *SERNAC con Sociedad Austral de Electricidad S.A.* (2022), en que se cuestionó la sustanciación de dos procedimientos sancionadores por los mismos hechos contra el mismo proveedor. Un caso similar se examinó en Sentencia TC Rol N° 4.795 (2019), pero se llegó a una conclusión diferente.

sa<sup>14</sup>, y que ante ellas el objetivo primario de la Administración es asegurar los cumplimientos en lugar de pretender controlar a los particulares o limitarse a detectar ilegalidades para sancionarlas.

Tal planteamiento, en todo caso, se suma a los ya formulados en otros estudios<sup>15</sup> a favor de adoptar estas perspectivas alternativas a las tradiciones en otros sectores regulados como el bancario y financiero, el ambiental, el de aprovechamientos de aguas y el de servicios de salud.

En virtud de lo expuesto, el objetivo de este estudio es, primero, exponer de forma sintética los rasgos de las potestades de la Administración al ejercer su actividad de forma responsiva, identificando riesgos y orientada a garantizar el bien común; segundo, identificar y examinar las potestades más relevantes que tienen atribuidos los organismos de supervisión de servicios públicos ya mencionados; y, tercero, argumentar cómo esas potestades pueden ser utilizadas por las autoridades según los conceptos de responsividad, riesgos y garantía, sin necesidad de reformas legislativas, como contribución a potenciar las tareas de fiscalización y regulación de tales autoridades. Por último, se exponen las conclusiones que arrojó la investigación.

## II. Potestades de la Administración al ejercer una actividad responsiva, identificadora de riesgos y orientada a garantizar el bien común

La definición más aceptada de potestad administrativa señala que ella consiste en un poder jurídico atribuido por una fuente formal, normalmente legislativa, a una autoridad o a un particular para que satisfaga, tutele o asegure intereses, derechos o bienes que corresponden a sujetos diferentes a los investidos con tal poder<sup>16</sup>.

Tal definición suele operar, de forma general, bajo el influjo de la comprensión clásica de la actividad administrativa de policía u ordenación, según la cual el actuar de la Administración se orienta, de un lado, al control de las acciones o conductas que supervisa o estimula, y de otro, a la sanción de infracciones o incumplimientos de las normas cuya observancia debe asegurar<sup>17</sup>.

De este modo, la garantía de los intereses, derechos y bienes por parte de la Administración pasa a ser un asunto secundario, subordinado al control y la aplicación de sanciones como tareas primordiales, al asumir que tal garantía solo es posible y en efecto se concreta cuando la autoridad administrativa decide cómo se deben tutelar y sancionando a los que incumplen. Pero sin reparar en la realidad que presentan las situaciones subjetivas de los usuarios que reclaman protección<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Según se expone en VERGARA 2021, 112.

<sup>15</sup> ARANCIBIA 2016, 267-283; y ROJAS 2019b, 117-131.

<sup>16</sup> ROJAS 2014, 26-31.

<sup>17</sup> PERALTA 2006, 164.

<sup>18</sup> Vinculadas con los derechos a ser indemnizados y a adoptar medidas para evitar que se repitan las fallas y daños.

Lo anterior es consecuencia de varios factores. Primero, el asumir que la Administración tutela el interés general de forma monopólica y no que concurre con los particulares en la garantía del bien común; segundo, que se relaciona con los particulares –a través de regulaciones, contratos y ayudas– en términos instrumentales y no de cooperación social; y, tercero, que lo sustancial de la función administrativa es el cumplimiento del principio de legalidad y no la gestión de lo público<sup>19</sup>.

Si se analiza cómo impactan los factores identificados en el ejercicio de las potestades que permiten el desarrollo de la actividad de policía u ordenación en sectores regulados, como son las de supervisión, fiscalización y sanción, se puede advertir que lo prioritario para la Administración respecto de la acción o conducta de particulares sujetos a regulación es verificar si cumplen lo que esta última prescribe y, de no ser el caso, aplicar las sanciones correspondientes.

En tal sentido, si nos centramos en la supervisión de prestaciones calificadas como servicio público, se observa que los organismos supervisores, dotados de autonomía funcional y técnica para cumplir sus tareas<sup>20</sup>, asumen que su responsabilidad se limita a regular, verificar cumplimientos y sancionar incumplimientos, sin considerar, en general, si ella incluye o no la adopción de medidas suficientes y necesarias para potenciar los cumplimientos y reducir los incumplimientos.

Así, el rol de la Administración en el aseguramiento de las exigencias regulatorias de continuidad, regularidad y de acceso no discriminatorio a las prestaciones calificadas como servicio público, se centraría en constatar si los proveedores de esos servicios se ajustan o no a las normativas, y en sancionarles si no lo hacen.

Una ampliación del entendimiento de ese rol<sup>21</sup>, demanda problematizar y superar los rasgos antes identificados, a fin de pasar de una lógica del antagonismo entre supervisores y supervisados a una lógica de la sinergia entre dichos actores, para el beneficio de los usuarios. Y, a partir de ello, el asumir que, junto al aseguramiento de la juridicidad del actuar de los regulados, debe abordar la gestión de los asuntos públicos de forma preventiva, dialógica y cooperativa con estos.

En síntesis, el cambio señalado plantea que la actividad regulatoria no debe centrarse solo en el control y represión, sino que ha de ser responsiva, identificadora de riesgos y orientada a garantizar el bien común. Se examina a continuación lo que supone cada uno de los rasgos definitorios referidos, y cómo impactan en el ejercicio de las potestades de supervisión, fiscalización y sanción.

<sup>19</sup> MONTT 2010, 5.

<sup>20</sup> Sobre estos organismos ver GARCÍA y CORDERO 2012, 424 y 425.

<sup>21</sup> Lo que puede, en parte al menos, depender de un fortalecimiento de su autonomía actual, según lo propuesto en ENTEICHE 2017, 218-227.

## 1. La responsividad

Diversas fuentes coinciden en reconocer la obra de Philippe Nonet y Philip Selznick, *Law and society in transition: toward responsive law* como el origen de la idea de actividad administrativa de respuesta o responsiva frente a las necesidades ciudadanas. La propuesta básica de dicha obra plantea la necesidad de potenciar la eficacia y efectividad de la actividad administrativa, así como de asumir una perspectiva práctica y realista del sometimiento de dicha actividad al derecho<sup>22</sup>.

Tal propuesta, cabe señalar, tuvo y sigue teniendo una importante acogida en el ámbito del derecho público, y en particular del derecho administrativo, tanto en el desarrollado en el plano global por organismos multilaterales y otras instituciones de relevancia mundial, como en el desarrollado en plano interno de los Estados, especialmente frente a acciones y conductas sujetas a regulación.

Un ejemplo de lo señalado es el respaldo dado a la responsividad por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), al incorporarlo como cuarto criterio en su *Guía de la OCDE para el cumplimiento Regulatorio y las Inspecciones*, dedicado precisamente a la “regulación responsiva”. Según este criterio, para la OCDE opera un marco apropiado para que se cumplan las regulaciones y se ejerzan conforme a derecho las potestades –sujetas a límites ciertos y a rendición de cuentas– cuando “la legislación aplicable permite (o al menos no prohíbe)” que ello se haga “de manera diferenciada (responsiva)”<sup>23</sup>.

Desde luego, no se trata de renunciar, debilitar o cuestionar la potestad de sancionar, sino, de mejorar su utilización al acompañarle de otras formas de actuación, preventivas y focalizadas, que reduzcan incluso la necesidad de su uso<sup>24</sup>.

Asumir esta perspectiva implica:

(...) un verdadero giro del Derecho administrativo a una ciencia de dirección preocupada, antes que de controlarla, de que se tomen buenas decisiones; preocupado antes de aquello que no debe hacerse, de lo que debe hacerse y cómo hacerlo: en concreto, su centro gira a cómo tomar decisiones consistentes y fundadas que respeten los derechos subjetivos y custodien el interés general<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> NONET y SELZNICK 2008, 73-86.

<sup>23</sup> Esto implica que “la legislación permita explícitamente respuestas diferentes cuando se trate de promover el cumplimiento de las regulaciones (desde una simple advertencia hasta sanciones mayores e incluso denuncias penales), dependiendo de las circunstancias (riesgo derivado de los incumplimientos, antecedentes y situación del administrado, disposición a cumplir y mejorar la conducta, o la falta de esta, colaboración, obstaculización, etc.)”. Subcriterio 4.1.

<sup>24</sup> “Existe evidencia sólida acerca de que la regulación responsiva produce mejores resultados que un esquema de sanciones en el que cada violación es castigada por igual, aunque la ley no siempre lo permite”. Subcriterio 4.1

<sup>25</sup> ROJAS et al. 2021, 112.

De este modo:

(...) la responsividad en materias regulatorias significa que las acciones que adopta la Administración dependen de la estructura del respectivo sector regulado (...) las distintas conformaciones y características de los administrados conducirán a regulaciones de diversos grados y formas; ellas deberán amoldarse a la conducta de los sujetos imperados por las normas, lo cual implica que, dependiendo de su comportamiento, se diseñará una estrategia en términos de mayor o menor intervención estatal<sup>26</sup>.

En función de lo indicado, sea que tengan solo potestad normativa de ejecución o una propiamente regulatoria<sup>27</sup>, el ejercicio de la potestad de emitir normas generales y abstractas, en tanto expresión de la potestad de supervisión, pasa de un ejercicio formal de dictación de enunciados normativos ajenos a la factibilidad de su cumplimiento y a las situaciones concretas de los regulados, a una vía idónea para elevar los cumplimientos a través de la adecuación basada en el diálogo regulatorio.

Del mismo modo, en este contexto es más factible que la Administración tenga mayor capacidad, de forma oficiosa o incluso a petición de parte, de anticipar problemas en la provisión de servicios públicos, relativos a la continuidad, la regularidad o el acceso sin discriminación, y de adoptar o guiar, de forma oportuna, sobre las medidas, que pueden tomarse en cada caso para eliminar o al menos reducir tales problemas.

En efecto, una perspectiva responsiva de la actividad de supervisión, tanto al normar como al fiscalizar, ofrece a los regulados incentivos para suministrar información cierta, precisa y oportuna a la autoridad, así como para requerir ayuda cuando sea necesario, al no temer que la primera y acaso única medida que tomará aquella sea el iniciar un procedimiento sancionador.

Tal modalidad de la actividad de supervisión parte de asumir que lo más importante para los usuarios de servicios públicos, lo mismo que para los usuarios de cualquier otra acción económica sujeta a regulación, es tener acceso y disfrutar del servicio, es decir, que se haga lo necesario para que sus derechos no se afecten. En ello reside su interés, más que en ser resarcidos por fallas en la prestación o que se sancione al respectivo proveedor por incumplir con sus obligaciones jurídicas.

Justo por lo recién señalado, entendemos que la responsividad no está reñida ni supone un rechazo al principio de legalidad o juridicidad, sino una invitación a comprender tanto desde la autoridad supervisora como desde las autoridades judiciales de resolución de controversias, que la regulación es un instrumento para definir potestades, derechos, obligaciones y deberes de quienes actúan en sectores regulados, pero también para gestionar y tutelar el interés público.

<sup>26</sup> SOTO 2016, 195 y 196.

<sup>27</sup> Distinción relevante para el caso chileno, en atención a lo expuesto en ARANCIBIA 2016, 277 y 278.

En tal sentido, siempre que no sea contraria o extra-regulación una determinada opción, deberá preferirse una interpretación o conducta que permita asegurar el acceso al servicio, el cumplir una carga de servicio público o ponerse al día con una exigencia técnica de regularidad, aunque no sea la estrictamente ajustada a la normativa aplicable, que cualquier otra que sí cumpla con esto último, pero descuide o difiera la solución de fondo del interés público en juego.

## 2. La identificación de riesgos

La ya referida *Guía de la OCDE* identifica como tercer criterio el “enfoque de riesgo y proporcionalidad”, el cual plantea superar la situación que presentan diversos ordenamientos en los cuales “el lenguaje jurídico y/o la interpretación de las normas hace difícil emplear adecuadamente el enfoque de riesgo, ya que se entiende que cada norma debe hacerse cumplir completamente, sin posibilidad de discreción sobre dónde hacerlo y qué respuestas esperar”<sup>28</sup>.

Si se acepta que es tarea central de la actividad regulatoria de la Administración en el mundo actual la identificación, en los diferentes sectores regulados –uno de ellos, el de servicios públicos–, de acciones peligrosas y acciones riesgosas, y al interior de estas, las distinción entre las que son tolerables de las que no lo son, entonces de inmediato hay que reconocer que la autoridad no puede sola, de forma unilateral y centralizada, cumplir con esa labor, y que debe ajustar sus potestades y formas de actuación para lograr ese cometido con el apoyo de otros actores.

En tal sentido, para la OCDE es indispensable, si de desplegar una actividad de identificación de riesgos se trata, que:

la legislación (...) permita, de manera clara y explícita, la selectividad en las acciones de inspección (y que no requieran un control universal) y la diferencia en las respuestas sobre cómo hacer cumplir la regulación (permitiendo la adaptación a las circunstancias y la proporcionalidad, siempre y cuando los criterios sean claros)<sup>29</sup>.

Para profundizar en el punto, señala la fuente consultada que “...es incluso mejor si la legislación no sólo permite, sino que exige el uso de enfoques basados en riesgos”, por cuanto “la evidencia sugiere que muchas entidades encargadas de las inspecciones y de hacer cumplir las normas son reticentes a reducir sus potestades discrecionales resistiéndose al empleo de enfoques basados en riesgos”, ya que estos “reemplazan la discreción ilimitada” de los funcionarios “por criterios claros para la focalización y reacción”<sup>30</sup>.

De nuevo, es la realidad la que debe guiar tanto al legislador como a la propia Administración al definir cómo desarrollar las potestades que hacen

<sup>28</sup> Subcriterio 3.1.

<sup>29</sup> Subcriterio 3.1.

<sup>30</sup> Subcriterio 3.1.

posible la actividad de regulación, pues como bien afirma la OCDE "...la evidencia señala que no es posible que las inspecciones abarquen de manera efectiva todo el universo y de que las decisiones acerca sobre cómo hacer cumplir las normas se toman con algún grado de discreción"<sup>31</sup>.

Sin embargo, como se ha destacado en la doctrina nacional<sup>32</sup>, tal comprensión de la supervisión de acciones sujetas a regulación, en particular las de oferta de servicios públicos, exige que haya una nueva lectura de los roles de la Administración y de los proveedores privados, de modo que ambos protagonicen, con diferentes tareas, el proceso regulatorio.

Es a partir de esa mirada innovadora entre los sujetos de la relación jurídico-administrativa, que se entiende lo propuesto por la *Guía* OCDE, en cuanto a la necesidad de que las fuentes formales no dificulten el desarrollo de estrategias basadas en riesgos que permiten a las autoridades migrar de una supervisión arbitrariamente selectiva (por falta de tiempo y de recursos) a una selectividad discrecional basada en los riesgos detectados en cada caso<sup>33</sup>.

Esto en la medida que el foco del ejercicio de la discrecionalidad y las restantes potestades pasaría de buscar el control y la creación de supuestos generadores de incumplimientos, a la identificación, con la participación de los regulados, de fallas, debilidades y oportunidades, y la adopción de respuestas proporcionales, idóneas para reducir esas situaciones y elevar el grado de cumplimiento de quienes desarrollan las acciones sujetas a regulación.

Resulta lógico, así, que figure en la *Guía* OCDE como subcriterio vinculado a la actividad de supervisión de riesgos, la recomendación de que las inspecciones se ejecuten proactivamente, de manera focalizada según el nivel de riesgo de cada sujeto regulado, teniendo en cuenta los reclamos y los resultados de inspecciones precedentes<sup>34</sup>.

Del mismo modo, que el criterio 10 de la *Guía* OCDE destaque la importancia de promover el cumplimiento de las obligaciones, deberes y garantías previstas en la legislación y normativa sublegal que rigen las acciones calificadas como servicios públicos o de interés público.

Lo anterior supone avanzar de rol institucional más bien pasivo frente a las fallas de los proveedores que son esperadas para actuar con propósito sancionador, hacia un rol de "promoción y el apoyo al cumplimiento de las normas" por parte de los organismos supervisores. Para ello, estos últimos deben abandonar "un enfoque en el que 'todos deben conocer la ley' o que las actividades de orientación y acompañamiento deben ser hechas por consultores privados"<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Subcriterio 3.1.

<sup>32</sup> ARANCIBIA 2016, 286.

<sup>33</sup> Subcriterio 3.3.

<sup>34</sup> Subcriterio 3.3.

<sup>35</sup> Subcriterio 10.1.

Contra esa forma de concebir la actividad administrativa de supervisión, la OCDE recomienda asumir que la “promoción y el apoyo al cumplimiento debe ser una prioridad y una función clave en las organizaciones de inspección y de promoción del cumplimiento lo que debe estar establecido en la legislación y en las atribuciones de estas diferentes organizaciones”. Y para cumplir con esta meta “se deben asignar recursos significativos para desarrollar y difundir consejería e información en favor de los administrados”<sup>36</sup>.

### 3. La garantía del bien común

Si de acuerdo con el artículo primero, inciso tercero, de la vigente Constitución, la garantía del bien común consiste, tanto para el Estado como para los particulares, en “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”, el ejercicio de las potestades administrativas respecto de acciones que se encuentran reguladas tiene la mayor relevancia para el cumplimiento de esa garantía.

En particular, y tomando como base lo ya señalado en diferentes estudios sobre la evolución de la clásica actividad de policía a la más amplia y realista actividad de garantía, cabe señalar que en el ámbito de la provisión de servicios públicos el rol de la Administración debe ampliarse para disponer de las formas y medios para asegurar en forma directa esa provisión, pero también para lograr ese fin cuando son privados, en ejercicio de derechos propios, quienes la realizan.

Más aun, y considerando que la tendencia creciente es a que la provisión por privados de servicios públicos sea la regla y no la excepción, es insuficiente de cara a la garantía del bien común reducir las potestades de la Administración a las que tradicionalmente se le han atribuido para realizar la actividad de policía, entre otras razones porque no consideran técnicas para desarrollar el diálogo regulatorio ni el uso de fórmulas de colaboración público-privada.

Por ejemplo, y de acuerdo con Esteve<sup>37</sup>, a las típicas potestades de cumplimiento de obligaciones de servicio público y las de control de tarifas, transferencias e interconexiones, es indispensable atribuir otro tipo de potestades, por ejemplo, de desagregación de acciones prestacionales, de inspección de prestaciones liberalizadas y para fijar condiciones y exigencias que aseguren la atención de intereses públicos (llamadas por el autor, potestades habilitantes”).

En el derecho nacional, Arancibia ha señalado, en armonía con la supervisión basada en riesgos, que los organismos supervisores han de estar habilitados para ejercer, junto a otras más usuales, potestades de vigilancia focalizada, potestades colaborativas y potestades preventivas.

<sup>36</sup> Subcriterio 10.1.

<sup>37</sup> ESTEVE 2015, 73 y 74

Las primeras serían todas aquellas que consisten en poderes limitados requeridos por la autoridad para identificar de forma específica “los aspectos riesgosos de las empresas” y generar respuestas “de intensidad proporcional al nivel de riesgo e impacto de estas”. Las segundas tienen que ver con poderes cuyo objeto es “permitir un trabajo conjunto del fiscalizador y de la empresa en la matriz de riesgo individual y en la propuesta de políticas y medidas de mitigación”. Las terceras, por último, “procuran evitar las infracciones, los ilícitos, y cumplir los objetivos regulatorios, asegurando que las sancionadoras sean la última opción”<sup>38</sup>.

Otras fuentes consultadas<sup>39</sup> argumentan en el mismo sentido, por ejemplo, al señalar que siendo fines de la fiscalización hecha por organismos supervisores la prevención, la instrucción y la información, es conveniente potenciar la policía preventiva frente al protagonismo que puede llegar a tener la policía represiva<sup>40</sup>, teniendo especialmente en cuenta la presunción de veracidad que existe a favor de los hechos fiscalizados<sup>41</sup>.

Asimismo, para no violar derechos de los particulares interesados, pero también para contribuir a elevar el nivel de cumplimientos por los proveedores de servicios públicos de sus obligaciones, es esencial que en la regulación y la fiscalización no se consideren vías para sancionar o agravar la situación de los proveedores, sino como instrumentos idóneos para garantizar que estos últimos se ajusten a la regulación y satisfagan las necesidades primordiales de las personas.

De este modo, en materia de servicios públicos y demás sectores regulados, deben estar muy bien diferenciados los procedimientos de fiscalización o de inspección de naturaleza preventiva, de los procedimientos para la imposición de sanciones<sup>42</sup>, y juzgar contrario a derecho que los primeros muten en su objeto, pasando de medio para supervisar a medio para castigar.

En efecto, al ejercer potestades de fiscalización en garantía del bien común, la finalidad inicial de los organismos supervisores debe ser conocer

<sup>38</sup> Tal entendimiento de las potestades de los organismos supervisores se expone en ARANCIBIA 2016, 268.

<sup>39</sup> FLORES 2014, 264-267.

<sup>40</sup> FLORES 2014, 272.

<sup>41</sup> FLORES 2014, 278-279.

<sup>42</sup> Para evitar lo señalado por Vinet: “A nuestro juicio, el procedimiento administrativo que subyace a la acción judicial en comento resulta de especial interés, por cuanto se encuentra reglado en cada una de sus etapas, incluso desde la fiscalización, que antecede a la eventual sanción. Así, si bien se trata de un procedimiento sancionatorio, tiene integrada una fase de fiscalización, oportunidad en la que se recopilará la mayoría de la evidencia que servirá de base a la imputación y eventual sanción. En nuestra opinión, esto último resulta llamativo y nos lleva a analizar si acaso esta fórmula procedimental conjuga adecuadamente las garantías de un debido proceso, especialmente en lo que respecta a la defensa del prestador inculpado y su real capacidad para examinar y controvertir la prueba, frente al rol que cumple el fiscalizador en esta materia y la anticipación probatoria que resulta de integrar la fiscalización como una etapa del procedimiento sancionatorio, cuestiones que pueden llegar a incidir grandemente en su resultado”. VINET 2022, 372.

con el mayor detalle la situación de cada proveedor, identificar fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas (riesgos), para, según lo constatado, instruir al particular sobre qué acciones y compromisos debe asumir, bajo advertencia de sanción, para eliminar debilidades y reducir amenazas, sobre todo las que afecten la continuidad, regularidad y acceso sin discriminación a las prestaciones.

De allí que se sostenga al respecto que:

(...) debe dejarse de lado una perspectiva de operatividad de este sistema basado en una visión regular y tradicional –segura podría agregarse–, para dar pie a una instrumentación jurídica caracterizada por medios ágiles de respuesta, que tutelen al mismo tiempo tanto los derechos de las personas como la actividad económica y los intereses generales<sup>43</sup>.

Y, a través de tales medios, lograr un trabajo conjunto, cooperativo, entre fiscalizador y fiscalizado, en beneficio de los usuarios del servicio.

Todo lo anterior, por cierto, también encuentra respaldo en la *Guía OCDE* referida antes, cuyo subcriterio 12.1 “Poniendo los pies sobre la tierra” plantea la necesidad de evaluar los resultados, esto es, la eficacia de la supervisión y fiscalización de los organismos administrativos en lograr el cumplimiento (satisfacción) de los objetivos de interés público y bien común.

Según la OCDE, la medición regular del desempeño de las autoridades administrativas que están obligadas por ley a promover los cumplimientos y efectuar inspecciones, en cuanto a su eficiencia, efectividad y satisfacción de metas y objetivos, en modo alguno se reduce a verificar cuántos procedimientos sancionadores han instruido y cuántas sanciones han dictado y ejecutado.

Tal medición, más bien y sin perjuicio de lo anterior, implica la utilización “de una variedad de medios (encuestas, estadísticas oficiales, observaciones directas, evaluaciones de expertos, consultas, etc.)” mediante los cuales “debe hacerse un seguimiento regular de los indicadores clave de desempeño: satisfacción y confianza (entre los sujetos regulados, ciudadanos, consumidores, etc.), eficiencia (costos en términos presupuestarios, cargas a los sujetos regulados) y efectividad (salud, seguridad, protección ambiental, etc.)”<sup>44</sup>.

En tal sentido, al analizar el asunto jurídicamente, antes de concluir que el mal funcionamiento de la supervisión de servicios públicos u otras acciones reguladas tiene que ver con una insuficiente actividad sancionadora, la falta de potestades de control y sanción más intensas, o la incapacidad disuasiva de las sanciones en vigor, se debe verificar si se aplican medidas como las referidas con anterioridad, y qué información arrojan esas mediciones sobre

<sup>43</sup> ROJAS 2019a, 82; y ROJAS 2014, 139-144.

<sup>44</sup> Subcriterio 12.1.

las acciones adoptadas para ayudar a los particulares a mantener o elevar sus cumplimientos y reducir riesgos e incumplimientos.

Tal y como la OCDE lo advierte, “la recolección de datos implica retos y costos significativos” para las autoridades, pero solo a partir de esos datos es que puede evaluarse cómo optimizar el funcionamiento de la institucionalidad a través del ejercicio de una variedad de potestades, entre ellas las preventivas y las colaborativas<sup>45</sup>.

A continuación, se identificarán algunas potestades que la legislación vigente atribuye a algunos organismos supervisores de servicios públicos proveídos por privados en Chile, las cuales pueden permitir, en los respectivos sectores, una ampliación de las técnicas de supervisión, a partir de las ideas estudiadas en esta sección.

### III. Potestades atribuidas en Chile a organismos de supervisión de servicios públicos en las áreas de energía eléctrica, servicios sanitarios y telecomunicaciones

Lo primero que cabe preguntarse, a partir de lo expuesto en la sección previa, es si la legislación en vigor que atribuye potestades de fiscalización y sanción a los organismos que supervisan la prestación de servicios públicos en las áreas de energía eléctrica, gas, servicios sanitarios y telecomunicaciones, admite una reorientación del rol de tales organismos, que les permita actuar de forma responsiva, identificando riesgos y elevando la garantía del bien común.

En tal sentido, conviene tener en cuenta dos advertencias hechas por la doctrina nacional acerca de la aplicabilidad de la perspectiva aquí defendida. La primera señala que la Constitución vigente no permite reconocer a los supervisores la condición de reguladores que tienen sus pares en Reino Unido y en los Estados Unidos de América, pues mientras en estos dos casos los organismos de supervisión completan la regulación legal mediante normativas sublegales e interpretaciones, en Chile solo están habilitados para vigilar y fiscalizar la regulación “legal”<sup>46</sup>.

La segunda, por su parte, plantea que las medidas derivadas de aplicar la supervisión basada en riesgos deben estar contenidas en instrucciones administrativas, las cuales, en observancia del principio de reserva legal, no pueden crear potestades no previstas en la legislación, ni tampoco pueden desviar, extender u omitir las que sí lo están<sup>47</sup>.

Ahora bien, tras analizar la legislación que rige el funcionamiento de los organismos que ejercen la supervisión en materia de energía eléctrica y gas, de servicios sanitarios y de telecomunicaciones, en particular respecto de

<sup>45</sup> Subcriterio 12.1.

<sup>46</sup> ARANCIBIA 2016, 278.

<sup>47</sup> ARANCIBIA 2016, 278 y 279.

las prestaciones que en cada uno de esos sectores están calificadas por ley como servicio público, se pudo constatar, sin perjuicio de futuras reformas, que en ella se hallan bases suficientes para ejercer una supervisión responsable, orientada a la identificación y reducción de riesgos y a la garantía del bien común.

En concreto, se identificaron las potestades que atribuyen a dichos organismos la Ley N° 18.410. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (en lo que sigue Ley N° 18.410), la Ley N° 18.902. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante, Ley N° 18.902), el Decreto Ley N° 1.762. Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transportes y organiza la Dirección Superior de las Telecomunicaciones del País (en lo que sigue, DL N° 1.762) y la Ley N° 18.168. General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, Ley N° 18.168)<sup>48</sup>.

A continuación, se presenta una relación sintética de las potestades identificadas, a fin de mostrar en la última parte de este trabajo la idoneidad de muchas de ellas para ser interpretadas y aplicadas a la luz del derecho responsable.

#### 1. Potestades de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)

En el caso de la SEC, el artículo 2 de la Ley N° 18.410 establece que el objeto de esta será:

(...) fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas.

De acuerdo con dicho objeto, junto a potestades para iniciar procedimientos sancionatorios<sup>49</sup>, resolver controversias entre proveedores y usuarios<sup>50</sup> y aplicar sanciones en casos de incumplimientos<sup>51</sup>, la Ley N° 18.410 le atribuye otras potestades más que pueden ser utilizadas de forma responsable, para prevenir y reducir riesgos, y para contribuir a la garantía del bien común, esto es, para asegurar la continuidad, la regularidad y el acceso sin discriminación.

Cabe indicar, en ese sentido, que según la Ley N° 18.410 la SEC tiene competencia para fiscalizar y supervigilar la legislación aplicable en el sector, pero también las disposiciones reglamentarias y normas técnicas exigibles a

<sup>48</sup> Limitamos el estudio a las fuentes legales, primero, porque solo mediante ley formal se pueden atribuir potestades a la Administración, y segundo, porque el interés del presente trabajo se limita a conocer cuáles son las potestades que la legislación vigente atribuye a las autoridades supervisoras, quedando para un análisis ulterior el examinar cómo los reglamentos y otras normativas en cada sector precisan el ejercicio de dichas potestades.

<sup>49</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3 N° 23.

<sup>50</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 17 y 18.

<sup>51</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 10 y 33, 12.

quienes operen en él, por lo cual le asigna competencias para participar en la elaboración de reglamentos<sup>52</sup>, para dictar normas técnicas en ciertas materias<sup>53</sup> y para dar impulso a lo que podría ser un supuesto de autorregulación regulada en el sector<sup>54</sup>.

Asimismo, la Ley examinada le atribuye a la SEC competencia para interpretar la normativa que rige en el sector<sup>55</sup>, para recibir comunicaciones<sup>56</sup> y solicitar informaciones a los supervisados<sup>57</sup>; también para efectuar fiscalizaciones e inspecciones preventivas<sup>58</sup> y, en refuerzo de esto último, autorizar y contratar a particulares para que colaboren con dicho organismo en el cumplimiento de sus tareas técnicas de supervisión<sup>59</sup>.

Por último, la SEC puede con base en la Ley N° 18.410 adoptar medidas que reduzcan o eliminen situaciones de riesgo o peligro tanto para los usuarios como para los proveedores<sup>60</sup>, e incluso asumir de forma transitoria la acción prestacional ante la incapacidad de algún proveedor para asegurar la continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio al servicio<sup>61</sup>.

## 2. Potestades de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley N° 18.902, la SISS tiene por objeto “la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias”.

Según el objeto indicado, el artículo 4 del referido texto legal atribuye en sus diferentes literales a la SISS un cúmulo de potestades, entre las que están la de aplicar sanciones por el incumplimiento de las obligaciones y deberes previstos en la normativa del sector<sup>62</sup>, junto a otras de relevancia directa para el análisis que aquí desarrollamos.

Con base en dicho artículo, la SISS tiene potestad para dictar instrucciones, órdenes y resoluciones relativas a los servicios y acciones sujetas a su supervisión<sup>63</sup>, y para interpretar la legislación, la reglamentación y restante normativa aplicable en el sector, incluida la dictada por ella<sup>64</sup>.

<sup>52</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 33.

<sup>53</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 34, 36 y 37.

<sup>54</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 35.

<sup>55</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 34.

<sup>56</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 8 y 21.

<sup>57</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 13 y 21.

<sup>58</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 13, 24, 25 y 38.

<sup>59</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 14.

<sup>60</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 22 y 36.

<sup>61</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 5.

<sup>62</sup> Sanciones previstas en el Título III de la Ley N° 18.410, de 1985.

<sup>63</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. a y c.

<sup>64</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. c.

También tiene potestad para proponer la adopción de normas técnicas<sup>65</sup>, requerir informaciones a los supervisados<sup>66</sup>, elaborar informes<sup>67</sup> y resolver controversias entre proveedores y usuarios surgidas por el incumplimiento de las obligaciones y cargas previstas en la normativa del sector<sup>68</sup>.

En lo relativo a la fiscalización de los supervisados, la SISS tiene potestad para celebrar contratos<sup>69</sup> y efectuar inspecciones<sup>70</sup>, así como de asumir de forma temporal la prestación<sup>71</sup>. Como se alegará en la última sección de este trabajo, se trata de poderes jurídicos cuyo fin primario podría ser el contribuir a elevar el nivel de cumplimiento de los proveedores de las exigencias de continuidad, regularidad y acceso sin discriminación a los servicios sanitarios.

### 3. Potestades del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL):

En el caso del Ministerio de Transporte (MT), encontramos que el artículo 4 del Decreto Ley N° 1.762 atribuye a dicho organismo de la Administración central nacional la potestad de "adoptar todas las medidas técnicas normativas necesarias para orientar, controlar, dirigir, coordinar, fomentar, desarrollar, estructurar y organizar las Telecomunicaciones del país".

De seguidas, el artículo 6 del mismo Decreto Ley le atribuye potestades para, además de sancionar los incumplimientos<sup>72</sup>, gestionar el espectro radioeléctrico<sup>73</sup>, dictar normas técnicas<sup>74</sup>, interpretar y ejecutar las normas que integran la regulación del sector<sup>75</sup>, supervisar el cumplimiento de la normativa interna e internacional que regula la materia<sup>76</sup>— y requerir informaciones a autoridades y particulares sujetos a su supervisión<sup>77</sup>.

Por su parte, la SUBTEL tiene por objeto, de acuerdo con el artículo 7 del DL N° 1.762

(...) conocer y resolver acerca de las materias de carácter técnico relativas a las telecomunicaciones (...) En el ejercicio de estas facultades el Subsecretario podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias y aplicar las sanciones, administrativas que se establezcan en la legislación respectiva.

<sup>65</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. b.

<sup>66</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. k.

<sup>67</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. j.

<sup>68</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. i.

<sup>69</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. h.

<sup>70</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 2.

<sup>71</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. f.

<sup>72</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. l.

<sup>73</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. f.

<sup>74</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. g y art. 7, Ley N° 18.168, de 1982.

<sup>75</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. e.

<sup>76</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. c.

<sup>77</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. k.

A partir de ese objeto, por demás amplio, la Ley N° 18.168 le asigna diferentes potestades que pasamos a identificar de inmediato. Le asigna poderes normativos<sup>78</sup>, de interpretación y aplicación de la normativa que rigen en la materia<sup>79</sup>, para sancionar<sup>80</sup> y para suspender la acción prestacional de quienes incumplan con sus obligaciones, cargas y deberes conforme a la regulación del sector<sup>81</sup>.

También le asigna potestad para requerir información<sup>82</sup>, para participar o decidir en el otorgamiento de autorizaciones y concesiones<sup>83</sup>, para fiscalizar, inspeccionar e instruir<sup>84</sup>, para conocer y resolver de reclamos presentados por usuarios<sup>85</sup>; asimismo, para evaluar el estado de cumplimiento de las concesiones<sup>86</sup>, y para identificar y reducir riesgos de los proveedores<sup>87</sup>.

Además, la SUBTEL tiene potestad para contratar con mira a fortalecer sus tareas de supervisión<sup>88</sup>, para adoptar medidas para asegurar la continuidad del servicio a expensas del proveedor<sup>89</sup> y para asumir temporalmente, si fuera necesario, la provisión del servicio público respectivo de resultar declarada la caducidad de la concesión<sup>90</sup>.

La relación de potestades atribuidas por ley a la SEC, la SISS, al MT y a la SUBTEL según el análisis precedente, ofrece fundamento para formular algunas aseveraciones, a partir de las cuales evaluar en la última parte de este trabajo, en qué medida puede la actividad administrativa por ellas realizada ejecutarse de forma responsiva, previniendo riesgos y garantizando el bien común en cada uno de los sectores sujetos a su supervisión.

Primero, que el objeto de tales autoridades es supervisar y garantizar el cumplimiento de las fuentes jurídicas que rigen los sectores en que ellas operan; segundo, que disponen de poderes normativos para ejecutar, y en casos completar, los enunciados normativos legales y reglamentarios vigentes en cada sector; y tercero, que junto a potestades sancionatorias<sup>91</sup>, cuentan con una amplia variedad de otras potestades que pueden orientarse a la preven-

<sup>78</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 13 C, 16 bis, 24 y 25.

<sup>79</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 7 y 34.

<sup>80</sup> Según el procedimiento dispuesto en el Título VII, con multas que podrán variar entre 100 y 10.000 UTM. Ver arts. 7, 24 I y 31 bis, Ley N° 18.168, de 1982.

<sup>81</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Art. 39.

<sup>82</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 22 y 37.

<sup>83</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 13 A, 13 C, 14, 15 y 16.

<sup>84</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 7, 20 y 39 bis

<sup>85</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 24 K y 28 bis.

<sup>86</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 7 y 27.

<sup>87</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 28 y 39 A, c.

<sup>88</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Art. 7.

<sup>89</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Art. 28.

<sup>90</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Art. 28.

<sup>91</sup> Otra discusión, en que no entramos aquí, es si la cuantía de las multas previstas en la actualidad es proporcional a la retribución que corresponda aplicar a los proveedores que incumplan sus obligaciones al prestar el servicio público.

ción y cooperación con los proveedores para elevar el grado de cumplimiento de obligaciones por parte de estos últimos.

Sobre la primera aseveración, puede interpretarse que el objeto de las autoridades supervisoras les exige limitarse a una estricta verificación formal del cumplimiento de las obligaciones, cargas y deberes que las fuentes jurídicas vigentes establecen a los oferentes de los servicios públicos, o, en mejor sentido, que les impone utilizar dichas fuentes para procurar mediante acciones unilaterales y asociativas con los proveedores, una gestión continua, regular y con acceso no discriminatorio de los servicios públicos, combinando legalidad y eficacia en su acción administrativa<sup>92</sup>.

En efecto, mientras la primera interpretación del objeto reduce la actividad de la Administración a un mero custodio de normas jurídicas, desinteresado en los resultados efectivos de la acción prestacional de los oferentes de servicios públicos, la segunda, siguiendo a Veljanovski, amplía y reorienta las tareas y metas de la autoridad, al comprometerla con un uso instrumental y práctico de las normas jurídicas, interesado en la eficiencia y eficacia de su actuar y el de los supervisados<sup>93</sup>.

En cuanto a la segunda afirmación, es posible sostener, con observancia de la reserva legal prevista en la Constitución, que la SEC, la SISS, el MT y la SUBTEL disponen de poderes normativos para ejecutar, pero también para completar en materias específicas, los enunciados normativos legales y reglamentarios vigentes en cada sector, ya que sus leyes reguladoras no solo les habilitan a emitir instrucciones con fundamento en ellas y sus reglamentos, sino también a dictar normas técnicas.

En concreto, las potestades normativas serán de ejecución de las fuentes legales y reglamentarias en cada sector, cuando impliquen precisar a través de interpretaciones o de instrucciones el modo de cumplimiento o condiciones específicas que deben observar quienes operen en los diferentes sectores, en orden a asegurar la continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio a los servicios.

Mientras que les permitirán completar esas fuentes, cuando les habiliten a producir normas técnicas que establezcan reglas, exigencias, pautas o prohibiciones que no están explícitamente en aquellas, pero que resultan indispensables para que las exigencias propias del servicio público como categoría jurídica puedan asegurarse, u otras que se precisen para garantizar derechos de los usuarios, derechos de otros proveedores o la adecuada supervisión de las autoridades.

Finalmente, la tercera aseveración se refiere a la factibilidad, en el estado actual de la legislación, de que las autoridades supervisoras orienten sus

<sup>92</sup> Según lo planteado por Alejandro Nieto en su conferencia "La reforma del Estado y de la Administración española" disponible en: <https://bit.ly/3ScuXmz>

<sup>93</sup> VELJANOVSKI 2006, 117.

potestades no sancionatorias al propósito de contribuir a mejorar la gestión de los proveedores, a prevenir mediante actuaciones oportunas y focalizadas la ocurrencia de incumplimientos y a impulsar y potenciar fórmulas colaborativas para garantizar el disfrute cierto de los servicios por los usuarios.

Como se pudo constatar en esta sección, la SEC, la SISS, el MT y la SUBTEL tienen atribuidas una serie de potestades, más allá de las estrictamente sancionatorias, que pueden utilizar con fines principalmente preventivos y cooperativos, de modo que a través de su ejercicio puedan incidir en la acción prestacional de los proveedores de modo que estos mantengan o eleven su grado de cumplimiento de las obligaciones y cargas que la normativa de cada sector les impone.

Al análisis más detenido de esta posibilidad, está dedicada la tercera y última parte de este estudio, que pasamos a desarrollar a continuación.

#### IV. Propuesta de interpretación de las potestades de los organismos de supervisión de servicios públicos desde la responsividad, el riesgo y la garantía del bien común

La adopción por la SEC de las ideas expuestas en la primera parte de este trabajo implicaría que sus tareas de fiscalización y supervigilancia, definitorias de su objeto, se reorientarían para alertar, colaborar y asesorar a los proveedores de servicios públicos en la detección de fallas, riesgos de incumplimientos o incumplimientos efectivos<sup>94</sup>, a fin de que puedan, en plazos razonables, ajustar y mejorar su desempeño.

Dado que la SEC es competente para participar en la elaboración de reglamentos y producir normas técnicas, y es responsable de hacer cumplir la legislación, los reglamentos y las normas técnicas aplicables en el sector, puede emplear las potestades que derivan de esas competencias para establecer, junto a exigencias y requerimientos técnicos, instancias y fórmulas para la entrega de información y el diálogo con los supervisados<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Según las propuestas planteadas por la OCDE en los Subcriterios 3 y 4 de la Guía,

<sup>95</sup> Contribuyendo con ello a dar respuesta, al menos parcial, a algunas de las problemáticas sobre la potestad normativa de los organismos supervisores identificadas en CAMACHO 2005, 430-432; y DÍAZ DE VALDÉS 2010, 264-267. Tales problemáticas tienen que ver, entre otras temáticas, con: 1) ausencia de fines claros en la legislación, 2) amplitud de las competencias otorgadas, 3) imprecisión o vaguedad en los motivos de derecho de los actos normativos, o fallas en la identificación de disposiciones, por estar derogadas o en artículos diferentes a los invocados, 4) exclusión de los actos normativos del control preventivo de legalidad de la Contraloría General de la República, 5) falta de certeza, publicidad y actualización de los actos normativos vigentes, 6) límites a la potestad de interpretar los actos normativos, 7) falta de definición sobre el tipo de acto que contiene las normas (si es una resolución, una instrucción o una circular), 8) ausencia de un procedimiento adecuado para la elaboración de los actos normativos, y 9) respeto a la reserva legal al producir normas e interpretarlas. En todo caso, los autores citados no cuestionan la atribución de esta potestad a los organismos administrativos, sino el modo en que lo hacen algunas leyes en vigor.

La incorporación de tales instancias o fórmulas (reuniones periódicas de seguimiento, auditorías, audiencias para presentación de propuestas, etc.) permitiría a los proveedores, a sabiendas de que las mismas no tienen un propósito sancionador sino correctivo, dar cuenta oportuna a la autoridad de problemas que esté enfrentando, entregar información útil para que la autoridad identifique riesgos no considerados por los proveedores, y que estos puedan presentarle programas de mejora en cumplimiento de obligaciones y cargas, desde la situación particular de cada caso<sup>96</sup>.

Además, la SEC tiene una potestad de relevancia según el análisis legislativo efectuado, a saber, la que le habilita a pronunciarse sobre los “reglamentos especiales de servicio” que las empresas concesionarias de servicio público sometan a su aprobación<sup>97</sup>. Estimamos que en ejercicio de esta podría impulsarse un supuesto de autorregulación regulada en el sector, por medio de la cual los proveedores definan, sujeto a la aprobación de la SEC, algunas de las condiciones en que cumplirán en particular con las exigencias de regularidad en la provisión del servicio<sup>98</sup>.

También las potestades para otorgar concesiones<sup>99</sup> e interpretar la normativa que rige el sector, recibir comunicaciones y solicitar informaciones a los supervisados, pueden usarse para proveer certeza en el entendimiento y aplicación de las fuentes<sup>100</sup>, para fortalecer la capacidad de la SEC de identificar riesgos<sup>101</sup> y focalizar<sup>102</sup>, esto es, ajustar a cada proveedor, el diagnóstico y propuesta de mejoras para el cumplimiento más eficaz de las exigencias previstas en las fuentes.

Las fiscalizaciones e inspecciones podrían, en general, orientarse a la prevención, esto es, a detectar riesgos, advertir fallas, potenciar cumplimientos y evitar que, por temor a sanciones, no se informe oportunamente a la autoridad sobre problemáticas actuales o potenciales<sup>103</sup>.

Esa actividad puede desarrollarla la SEC de forma directa o a través de particulares que autorice o contrate –por lo remoto de la ubicación del proveedor, la complejidad técnica de algunos casos o una exigencia mayor de asistencia–, lo que constituye un supuesto de delegación de una función pú-

<sup>96</sup> De acuerdo con lo propuesto por DE LA CUÉTARA 2006, 18-20.

<sup>97</sup> Se trata de la atribución por la legislación a particulares de una potestad para normar, en aspectos técnicos, parte de su acción prestacional sujeta a calificación de servicio público, sujeta a la aprobación de la autoridad supervisora.

<sup>98</sup> Teniendo en consideración, sobre todo para lo concerniente a las “calidades especiales del servicio”, lo expuesto en VERGARA 2018b, 354-366.

<sup>99</sup> Dictamen CGR N° 70399 de 2021.

<sup>100</sup> Y así evitar que se conviertan en vías para afectar o lesionar la situación jurídica de los particulares, como se advierte en GUZMÁN 2019, 56 y 57.

<sup>101</sup> Siguiendo las etapas propuestas en ESTEVE 2021, 42-43.

<sup>102</sup> De acuerdo con los Subcriterios 3.1 y 3.3 de la Guía OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones.

<sup>103</sup> Como se plantea en ROJAS 2019a, 35-36.

blica a un agente privado especializado<sup>104</sup>, para ejercer una supervisión con fines primariamente preventivos y de cumplimiento, en lugar de sancionadores.

En fin, la SEC puede definir y actualizar en instrucciones, oficios u otros actos idóneos para ello, las medidas que, en cumplimiento de la Ley N° 18.410, adopta o podría adoptar, según los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad<sup>105</sup>, para corregir las deficiencias en el cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas cuya supervigilancia le corresponde.

Lo mismo cabe señalar respecto de las medidas que, de forma transitoria, adopte sobre la acción prestacional de los proveedores de servicios públicos para garantizar la seguridad del público, el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores de energía eléctrica, de gas y de combustibles líquidos, y que pueden tener el auxilio de la fuerza pública en su ejecución.

En lugar de que cualquiera de estas medidas, de eminente naturaleza discrecional<sup>106</sup>, se adopten en el trámite de un procedimiento sancionador<sup>107</sup>, o de forma reactiva, ante situaciones en que ya estén comprometidas la continuidad, la regularidad o el acceso, la interpretación propuesta apunta a que se usen en refuerzo de los fines preventivos y de garantía del bien común que las potestades ya analizadas también podrían tener, de modo que sean, cuando haya lugar a su adopción, medidas de auxilio antes de que de castigo para los proveedores<sup>108</sup>.

Incluso, cuando la SEC resuelva los reclamos hechos por, entre o en contra de particulares, consumidores y propietarios de instalaciones eléctricas, de gas y de combustibles líquidos, podría en su resolución definitiva, junto a las sanciones que procedan, ordenar al proveedor infractor a que adopte medidas, con el respaldo y supervisión regular de la SEC, para evitar incumplimientos futuros en perjuicio de los usuarios<sup>109</sup>.

También, por último, la potestad de asumir de forma transitoria la acción prestacional ante la falla de algún proveedor en asegurar la continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio al servicio, ha de concebirse en beneficio de los usuarios, es decir, como una medida extraordinaria que busca

<sup>104</sup> De forma similar a la que realizan los Centros de Despacho Económico de Carga (CDEC), lo cuales, si bien están previstos en la legislación sectorial, están integrados y dirigidos por los particulares que proveen los servicios. Ver MARDONES 2014, 158-161.

<sup>105</sup> Según lo señalado en ESTEVE 2012, 197-199, a fin de evitar intervenciones regulatorias ineficientes e ineficaces, como las analizadas en EVANS 2004, 66-67.

<sup>106</sup> Pero no por ello arbitrarias, ni tampoco susceptibles de ser usadas de forma indiferente respecto de las consecuencias y efectos que se sigan de su aplicación, tal y como se advierte en MEILÁN 2013, 248.

<sup>107</sup> VERGARA 2018b, 317-319.

<sup>108</sup> Sobre la relevancia en materia de gestión de aguas de la colaboración de los supervisados con las autoridades de supervisión, todo ello susceptible de aplicación en materia de servicios públicos, ver ROJAS 2019a, 140-143

<sup>109</sup> Según López Villegas con FRONTEL S.A. (2022), considerandos décimo segundo y décimo cuarto, pero sin limitarse a lo indemnizatorio.

garantizar el bien común, sin perjuicio de la necesidad de iniciar un procedimiento sancionador e incluso de que en este se acuerde la caducidad de la respectiva concesión<sup>110</sup>.

Aplicar las pautas precedentes, permitiría que la SEC de estar de forma prioritaria, si no exclusiva, inclinada a fiscalizar y supervigilar para ejercer coacción sancionatoria contra los proveedores en caso de detectar y constatar ilegalidades, a darle preeminencia a fiscalizar y supervigilar para contribuir a que los proveedores de servicios públicos sujetos a su competencia cumplan, entre otras, con las exigencias de continuidad, regularidad y acceso sin discriminación.

Similares razonamientos son aplicables a la actividad de supervisión de la SISS. En efecto, si su objeto es fiscalizar y hacer cumplir las normas relativas a servicios sanitarios, así como controlar los residuos líquidos industriales vinculados con prestaciones o servicios de empresas sanitarias, el primer paso es reorientar el sentido y propósito primario de esas tareas.

Así, las potestades de la SISS para dictar instrucciones<sup>111</sup>, órdenes y resoluciones relativas a los servicios y acciones sujetas a su supervisión, podrían utilizarse, al abordar aspectos organizativos internos del servicio, para asumir técnicas, fórmulas y actuaciones que potencien las intervenciones preventivas, correctivas y responsivas del organismo. Tales actos se convertirían para los oferentes en insumos de obligatoria observancia para optimizar la gestión del respectivo servicio público.

Del mismo modo, su potestad para interpretar la legislación, la reglamentación y restante normativa aplicable en el sector, incluida la dictada por ella, que en ningún caso se podría emplear para una ampliación de sus potestades<sup>112</sup>, podría, al igual que en el caso de la SEC, ser idónea para aclarar el sentido y la forma de cumplimiento apropiado de esas fuentes, evitar incumplimientos y solicitar de forma oportuna el auxilio de la SISS ante posibles fallas o problemas en el servicio<sup>113</sup>.

En cuanto a la potestad de proponer normas y la de dictar normas de la SISS, se reitera lo indicado al abordar el mismo tema en el caso de la SEC, es decir, pueden utilizarse, desde una perspectiva responsiva, reductora de riegos y garante del bien común, como instrumentos para fijar exigencias técnicas razonables, proporcionales, necesarias y factibles<sup>114</sup>, pero también

<sup>110</sup> A fin de asegurar, más allá de la responsabilidad personal del proveedor, la continuidad del servicio, de acuerdo con lo expuesto en VERGARA 2018, 366-375.

<sup>111</sup> Sobre la figura en Chile, ver CORDERO 2010, 32; sobre su uso desde una perspectiva preventiva y garante, ver ESTEVE 2021, 74-76.

<sup>112</sup> Tal y como se advierte en ARÓSTICA 2006, 152-155.

<sup>113</sup> Teniendo muy presente lo advertido en VERGARA 2020, 103, sobre la imposibilidad de “producir cambios en la regulación sectorial” al ejercer esta potestad.

<sup>114</sup> Para lo cual deben adoptar siempre una perspectiva realista de las situaciones concretas de los proveedores de los servicios, tal y como se plantea en RODRÍGUEZ 2013, 28.

para crear instancias y fórmulas para entrega de información y diálogo con los supervisados<sup>115</sup>.

La SISS, además, al ejercer sus potestades de requerimiento de informaciones a los supervisados, de elaboración de informes y resolución de controversias entre proveedores y usuarios por el incumplimiento de las obligaciones y cargas previstas en la normativa del sector, puede poner en práctica la perspectiva responsiva y de identificación de riesgos, por ejemplo, al usar la primera sin estar en curso un procedimiento sancionador y sin que tenga por finalidad iniciar uno<sup>116</sup>.

En efecto, ese requerimiento podría establecerse en instrucciones que faciliten su aplicación regular y también especial, ante situaciones que pueda enfrentar el proveedor de algún servicio y amerite que se entregue información adicional a la ordinaria<sup>117</sup>. Los informes de la SISS podrían emplearse para rendir cuentas, pero también como instrumentos para difundir tanto las interpretaciones como las recomendaciones de dicha autoridad para mejorar los cumplimientos, al modo en que la OCDE usa sus informes, para potenciar las buenas prácticas de sus Estados miembros<sup>118</sup>.

Sobre la potestad para resolver controversias entre proveedores y usuarios por el incumplimiento de las obligaciones y cargas previstas en la normativa del sector, vale lo ya indicado respecto de la SEC, es decir, constituye una oportunidad para que la SISS no solo sancione, sino que también prevenga futuros incumplimientos, al incorporar la orden de adoptar medidas que deben tener el debido acompañamiento institucional en su ejecución<sup>119</sup>.

En lo relativo a la fiscalización de los supervisados, la SISS tiene potestad para inspeccionar a los supervisados y para celebrar las convenciones que sean necesarias para el cumplimiento de los fines del Servicio. En cuanto a las inspecciones, la interpretación propuesta plantea que ellas pasen a tener un fin preventivo, de identificación de riesgos y fallas, para potenciar la

<sup>115</sup> Bajo las formalidades institucionales que se proponen en DE LA CUÉTARA 2006, 22-26.

<sup>116</sup> En cumplimiento de obligaciones de coordinación, según lo señalado en *ESSBÍO S.A. con SISS (2020)*, considerando vigésimo. Esta potestad, además, podría ser usada para prevenir diferentes problemáticas, como la analizada en su tiempo respecto de la fijación de las tarifas en *PERALTA 2006*, 160-161.

<sup>117</sup> No solo respecto de posibles fallas o incumplimientos, sino también respecto de planes de mejora para potenciar la regularidad o calidad en la provisión del respectivo servicio, como se explica en *ESTEVE 2021*, 189.

<sup>118</sup> "En tiempos en que el Estado, como respuesta a nuevos riesgos y demandas, ha impuesto numerosas y complejas regulaciones, resulta inadecuado asumir que las empresas o los ciudadanos se pueden informar por sí solos y entender lo que se espera de ellos sin ayuda. Más bien, la promoción y el apoyo al cumplimiento debe ser una prioridad y una función clave en las organizaciones de inspección y de promoción del cumplimiento". Subcriterio 10.1, Guía OCDE.

<sup>119</sup> Sustituyendo así el viejo debate analizado en *GARCÍA 2009*, 362-363 en torno al supuesto carácter "jurisdiccional" de los organismos supervisores, por el debate en torno a qué medidas de prevención podrían ellos adoptar al resolver en sede administrativa conflictos sometidos a su autoridad.

eficiencia y los cumplimientos, sin perjuicio de las que se deban aplicar en el marco de procedimientos sancionatorios<sup>120</sup>.

Con relación a la potestad de contratación, estimamos que también la SISS, como la SEC, podría delegar a través de una convención con un particular, al menos en los casos en que ello se justifique, la función pública de fiscalización, de modo que la ubicación, complejidad o requerimientos más regulares de auxilio en casos específicos, no impidan que la autoridad pueda garantizar de forma adecuada, al mayor nivel posible, los cumplimientos de sus supervisados<sup>121</sup>.

El mismo razonamiento vale para el ejercicio de la potestad de administrar de forma temporal la acción prestacional afectada, a expensas del infractor respectivo, que debe ejecutar a través de un administrador delegado designado “de entre las personas inscritas en el ‘Registro de Administradores Delegados Provisionales’”<sup>122</sup>.

Para finalizar el presente estudio, corresponde examinar en qué medida las potestades de índole no sancionatoria atribuidas por ley al MT y a la SUBTEL pueden ser ejercidas de forma responsiva, para eliminar riesgos intolerables y reducir los tolerables, y potenciar la garantía del bien común mediante la prestación de servicios públicos en el sector sujeto a su supervisión.

Por tratarse de autoridades vinculadas entre sí por los principios de competencia y de jerarquía<sup>123</sup>, procede efectuar una interpretación concordada entre las normas que atribuyen potestad normativa y potestad interpretativa al MT y a la SUBTEL, esto es, partir estableciendo que las normas dictadas por la SUBTEL, así como sus interpretaciones de las fuentes del sector, no pueden contradecir a las normas e interpretaciones dictadas por el MT en materias en que solo este último puede decidir.

Según lo anterior, las normas que el MT adopte para “orientar, controlar, dirigir, coordinar, fomentar, desarrollar, estructurar y organizar las telecomunicaciones”, así como “interpretar y ejecutar las normas que integran la regulación del sector, supervisar el cumplimiento de la normativa interna e internacional que regula la materia– y requerir informaciones a autoridades y particulares sujetos a su supervisión”, deben prevalecer, en caso de conflicto, sobre las que emita la SUBTEL, ello a efectos de evitar redundancias o incertidumbre regulatoria<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Y evitar de este modo lo alertado en VERGARA 2018a, 54 y 55.

<sup>121</sup> Teniendo en cuenta tanto las normativas y experiencias chilenas de delegación en particulares de funciones públicas, como lo expuesto al respecto en LAGUNA DE PAZ 2019, 103-112; y ESTEVE 2021, 117-118. Y evitar situaciones como las analizadas en Dictamen CGR N° 205654 de 2022.

<sup>122</sup> Las condiciones que deben cumplir estos delegados para formalizar su inscripción en el Registro que la SISS lleva a tal efecto, se encuentran en: <https://bit.ly/3RWOozr>

<sup>123</sup> Sobre estos principios de la organización administrativa, véase SOTO 2022, 543-597.

<sup>124</sup> Sobre las potestades de la SUBTEL para velar por el cumplimiento de la Ley N° 18.168 y de intereses públicos tutelados por otras fuentes formales –como la libre competencia–, ver el

Luego, al ejercer sus potestades normativas e interpretativas, el MT ya puede establecer reglas, mandatos y fórmulas para reforzar, con apoyo en la idea o principio de la buena administración<sup>125</sup>, las intervenciones preventivas y de la SUBTEL en la acción prestacional de los proveedores de servicios públicos, y las vías para que estos informen y pidan la asistencia de la autoridad supervisora, sin estar de partida bajo la amenaza de sanciones<sup>126</sup>.

Por su parte, la SUBTEL es la autoridad en la que recaen, según el DL N° 1.762 y la Ley N° 18.168, la mayoría de las potestades de fiscalización y supervisión que, en definitiva, pueden ser orientadas a fines responsivos, de prevención de riesgos y garantía, con el necesario respaldo y fundamento en las normas e interpretaciones que emita el MT según lo antes indicado.

Así, para cumplir con su objeto, se habilita a la SUBTEL para dictar ciertas normativas –en áreas específicas, no coincidentes con las atribuidas al MT<sup>127</sup>– y emitir algunas interpretaciones, que pueden ser utilizadas para potenciar el cumplimiento de la continuidad y la regularidad de los servicios, así como para eliminar o reducir problemas de acceso y disfrute de los mismos<sup>128</sup>.

Tales objetivos preventivos y de cumplimiento antes que sancionatorios, también los puede perseguir la SUBTEL al ejercer sus potestades para requerir información, para participar o decidir sobre el otorgamiento de autorizaciones y concesiones<sup>129</sup>, para fiscalizar, inspeccionar e instruir, y para conocer y resolver de reclamos presentados por usuarios.

En efecto, a través de esas actuaciones ella puede usar la información que reciba para instruir a los proveedores sobre las medidas y acciones que deben cumplir para ajustarse a las exigencias que imponen la continuidad, la regularidad y el acceso sin discriminación.

---

considerando vigésimo octavo de la sentencia *CONADECUS con Telefónica Mviles Chile S.A. y otros* (2018).

<sup>125</sup> Reconocida como derecho fundamental en el ordenamiento comunitario europeo, y que potencia la exigencia de fundamentación y precisión de la finalidad y objeto de las decisiones administrativas, prevista en la Ley N° 19.880, y en especial cuando son de naturaleza mayormente discrecional. Al respecto, véase RODRÍGUEZ 2012, 265.

<sup>126</sup> Para lo cual puede ser de utilidad considerar el modo en que, en materia financiera, la autoridad supervisora define líneas centrales en las que identifica prioridades de supervisión respecto de las obligaciones y cargas que la normativa sectorial impone a los regulados, según lo explicado en ROJAS 2019b, 128.

<sup>127</sup> En el caso del MT esta potestad está limitada a las materias previstas en los arts. 6, lit. g, del Decreto Ley N° 1.762 de 1977, y 7 de la Ley N° 18.168, de 1982, estando todas las restantes materias del sector bajo la potestad normativa de la SUBTEL.

<sup>128</sup> Potestades que suelen ejercerse desde la perspectiva del control/sanción en lugar de la orientada a la responsividad, la prevención y la garantía de cumplimientos, tal y como, en referencia general a la supervisión administrativa de acciones productivas reguladas, se demuestra en EVANS ESPIÑEIRA 2006, 123-124.

<sup>129</sup> Dictamen CGR N° 166083 de 2021.

También puede fijar condiciones específicas en los actos autorizatorios o concesionales que se dicten<sup>130</sup>, en atención al proveedor, al servicio y a los usuarios, para oportunamente reducir o detectar riesgos, promover auditorías de cumplimiento para evaluar el estado de cumplimiento de las concesiones<sup>131</sup>, y adoptar medidas para impedir la ocurrencia de nuevos incumplimientos cuando resuelve reclamos de usuarios de los servicios<sup>132</sup>.

Por otro lado, al igual que la SEC y la SISS, la SUBTEL tiene potestad para contratar a particulares para fortalecer sus tareas de supervisión, lo que le habilita a delegar de forma temporal el ejercicio de algunas de sus funciones públicas, en procura de mayor eficacia y cumplimiento de metas. Esta potestad es idónea para ampliar su capacidad de garantizar la calidad de los servicios, evitar o resolver conflictos entre proveedores, y asegurar a los usuarios el disfrute de sus derechos.

Finalmente, respecto de la potestad de la SUBTEL para, ante fallas imputables a los proveedores, adoptar medidas que aseguren la continuidad del servicio a expensas del proveedor, así como la de asumir temporalmente, si fuera necesario, la provisión del servicio público respectivo, una vez haya sido declarada la caducidad de la concesión, son manifestaciones explícitas de la lógica garante o subsidiaria que subyace a la legislación aplicable en Chile a los servicios públicos liberalizados, lo que en ningún caso significó el desentendimiento por la Administración de los intereses públicos que están comprometidos en esta materia.

## V. Conclusiones

Se ha afirmado en tiempos recientes que los organismos responsables de fiscalizar acciones sujetas a regulación, entre ellas la provisión de servicios públicos, no tienen capacidad institucional de impedir los incumplimientos de los fiscalizados y de sancionar de forma adecuada tales infracciones por un déficit de potestades que se lo permitan y debido a la intensidad de las garantías de que disfrutaban los particulares que realizan tales acciones.

No obstante, un examen de la legislación que rige en Chile el funcionamiento de organismos supervisores de servicios públicos como la SEC, la SISS, el MT y la SUBTEL permite constatar una situación diferente, caracterizada no por la falta o precariedad de potestades, sino por la falta de fines específicos al ejercer algunas de las atribuidas, y por la tendencia a cumplir un rol determinado por el paradigma regulatorio del control/sanción.

<sup>130</sup> Dictamen CGR N° 285114 de 2022.

<sup>131</sup> Para lo cual resulta indispensable atender a la propuesta de reforma organizativa de la SUBTEL para potenciar su naturaleza de organismo supervisor, regulador y garante de los servicios públicos de telecomunicaciones, expuesta en JARA 2022, 203-205.

<sup>132</sup> En atención a lo señalado en el considerando cuarto de la sentencia *Servicio Nacional del Consumidor con Cooperativa de Consumo de Energía Eléctrica Chillán Ltda* (2022).

Se propone una ampliación del entendimiento de ese rol, a fin de que además de asegurar la legalidad o juridicidad del actuar de los supervisados, desarrollen una gestión de los asuntos públicos preventiva, dialógica y cooperativa con los últimos, lo que implica pasar de una lógica del antagonismo entre supervisores y supervisados a una lógica de la sinergia entre dichos actores, procurando en última instancia beneficios para los usuarios.

Dicho tránsito se basa en asumir que la actividad de supervisión no debe reducirse al control y a la represión por incumplimientos legales, sino que antes debe ser responsiva, capaz de prevenir e identificar riesgos y eficaz al garantizar el bien común por medio de fórmulas de trabajo colaborativo y participativo con los supervisados.

### Bibliografía citada

- ASCÁRATE, Andrés (2023). El principio de subsidiariedad y las sanciones administrativas. En J. L. LARA e I. M. DE LA RIVA (Coord.), *El Principio de Subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch, 407-423.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2023). El deber estatal de fiscalización de funcionarios, contratistas y particulares: contenido y responsabilidad por incumplimiento. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (37), 5-31.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2016). La supervisión basada en riesgos. Notas sobre su aplicación en Chile. En J. C. Ferrada, J. BERMÚDEZ y O. URRUTIA [Coord.]. *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. (267-283). Ediciones Universitarias de Valparaíso-PUCV.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2014). El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de ultima ratio. En J. ARANCIBIA MATTAR y P. ALARCÓN JAÑA [Coord.]. *Sanciones Administrativas. X Jornada de Derecho Administrativo* (129-147). Editorial Thomson Reuters.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2006). Los Dictámenes y la Interpretación de la Ley en sede administrativa. *Actualidad Jurídica* (14), 149-160.
- BIRCHMEIER, N. (2 de junio de 2023). El Mercurio. <https://bit.ly/46qNn75>.
- CAMACHO CÉPEDA, Gladys (2005). La problemática de la potestad normativa de las superintendencias. En G. Bocksang y J. L. Lara [Coords.]. *Actas. XXXIV Jornadas de Derecho Público* (423-432). Lexis Nexis.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (1), 21-50.
- CORDERO VEGA, Luis y GARCÍA, José Francisco (2012). Elementos para la discusión de agencias independientes en Chile. El caso de las Superintendencias. *Anuario de Derecho Público*, 415-435.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel (2006): El "diálogo regulatorio" como base para la confianza en la regulación. *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red* 9 (27), 11-38.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010). Anomalías constitucionales de las Superintendencias: un diagnóstico. *Estudios Constitucionales* 8 (1), 249-282.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2023). La eficiencia sancionadora en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En J. L. Lara e I. M. De La Riva (Coord.), *El Principio de Subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch, 387-405.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2017). Superintendencias: una necesaria autonomía constitucional. En J. Alvear e I. Covarrubias [Coord.], *Desafíos Constitucionales* (205-230). Tirant lo Blanch.
- ESTEVE PARDO, José (2021). *Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Marcial Pons.

- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2006). Control de constitucionalidad de la normatividad regulatoria de las actividades económicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (16), 111-128.
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2004). Efectos de la regulación normativa en la industria eléctrica: Técnica legislativa. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (12), 61-67.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2014): Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado. En J. Arancibia y P. Alarcón [Coord.], *Sanciones Administrativas. X Jornada de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters, 263-281.
- GARCÍA, José Francisco (2009). ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. *Actualidad Jurídica* (19), 327-372.
- GUERRERO BECAR, José Luis (2018). *La Constitución Económica Chilena*. Ediciones DER.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2019). *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*. Thomson Reuters.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2005). El sistema de Derecho Administrativo chileno: Una revisión crítica desde una perspectiva histórica. *Revista de Derecho* 73 (217-218), 99-118.
- Jara Ahumada, Alberto (2022). Concesión de servicio público de telecomunicaciones: debates sobre su regulación. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), 181-210.
- MARDONES OSORIO, Manuel y CARRASCO, Javier (2014). Los Centros de Despacho Económico de Carga como entidades que ejercen potestades públicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (18), 153-182.
- MEILÁN GIL, José Luis (2013). El Paradigma de la buena Administración. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* (17), 233-257.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2010). Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012). La reforma del Estado y de la Administración española. Instituto Nacional de Administración Pública INAP. <https://bit.ly/3ScuXmz>.
- NONET, Philippe y SELZNICK, Philip (2008). *Towards Responsive Law. Law & Society in Transition*. Routledge.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (2019). Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones. *OECD Publishing*. <https://doi.org/10.1787/0fe43505-es>
- PARDOW, Diego (9 de septiembre de 2019). Universidad de Chile. Noticias. <https://bit.ly/3sbTm0m>.
- PERALTA ANABALÓN, David (2006). Imperfecciones de la regulación de los servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (16), 157-166.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2017): El servicio público en Chile. En P. Pierry, *Derecho Administrativo. Obra Reunida*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (6), 23-56.
- ROJAS CALDERÓN, Christian, FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y MÉNDEZ ORTIZ, Pablo (2021). La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional ius puniendi único estatal a la función responsiva. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 97-130.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2019a). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. Ediciones DER.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2019b). Potestades de la Comisión de Mercado Financiero (CMF). Entre control y regulación de riesgos. En L. F. Moreno [Dir.] y L. A. Ortiz [Coord.], *Anuario Iberoamericano de Regulación. Hacia una regulación inteligente* (117-131). Universidad Externado de Colombia.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2014). *Las potestades administrativas en el derecho chileno*. Thomson Reuters.

- SOTO DELGADO, Pablo (2023). El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado. *Revista de Derecho (Valdivia)* XXXVI (1), 183-204.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2022). *Derecho Administrativo. Principios, fundamentos y organización*. Thomson Reuters.
- UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (7 de enero de 2021). Universidad de Valparaíso. Noticias. <https://bit.ly/45qckOO>.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2021). El actual concepto de servicio público en el sentido funcional y su conexión con la responsabilidad y las sanciones administrativas. En I. Obando [Edit.], *La Actividad de Servicio Público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2019-2020)* (107-119). Tirant lo Blanch
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2021). *Derecho de Aguas*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2020). Aguas servidas tratadas contenidas en instalaciones sanitarias: Su naturaleza jurídica. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 85-118.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018a). *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales*. Thomson Reuters.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018b). *Derecho Eléctrico*. Editorial Jurídica de Chile.
- VINET VEGA, Javiera (2022). Procedimiento de fiscalización y sanción de FONASA a prestadores privados de salud. Comentario del caso Bertoli García con Ministerio de Salud. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (36), 369-381.

## Normativa citada

- Decreto Ley N° 1.762 de 1977 [Ministerio de Transportes]. Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transportes y organiza la Dirección Superior de las Telecomunicaciones del País. 15 de abril de 1977. D. O. No. 29.747.
- Decreto N° 244 de 1931 [con fuerza de ley]. General de Servicios Eléctricos. 30 de mayo de 1931. D.O. No. 15.985 (Edición Especial). Reformada por Ley N° 21118. Modifica la Ley General de Servicios Eléctricos con el fin de incentivar el desarrollo de las generadoras residenciales. 17 de noviembre de 2018. D. O. No. 42.207.
- Decreto N° 323 de 1931 [con fuerza de ley]. Ley de Servicios de Gas. 30 de mayo de 1931. D. O. No. 15.985.
- Decreto N° 327 de 1998 [Ministerio de Minería]. Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. 10 de septiembre de 1998. D. O. No. 36.162.
- Decreto N° 382 de 2014 [con fuerza de ley]. General de Servicios Sanitarios. 21 de junio de 1989. D.O. No. 33.403. Reformado por Ley N° 20.720, 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. 9 de enero de 2014. D. O. No. 40.752.
- Ley N° 18.168 de 1982. General de Telecomunicaciones. 02 de octubre de 1982. D. O. No. 31.382.
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 25 de abril de 1985. D.O. No. 32.176. Reformada por Ley No. 20936. Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. 20 de julio de 2016. D. O. No. 41.512.
- Ley N° 18.902 de 1990. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. 27 de enero de 1990. D.O. No. 33.581.

## Jurisprudencia citada

- CONADECUS con *Telefónica Mviles Chile S.A. y otros* (2018): Corte Suprema, 25 de junio de 2018. (Rol N° 73.923-2016). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E166083N21 (2021): Contraloría General de la República, 16 de diciembre de 2021.

- Contraloría General de la República, Dictamen N° E70399N21 (2021): Contraloría General de la República, 22 de enero de 2021.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° EE285114N22 (2022): Contraloría General de la República, 7 de diciembre de 2022.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E205654N22 (2022): Contraloría General de la República, 20 de abril de 2022.
- Corte Suprema, 06 de junio de 2022. (Primera Sala Civil Rol N° 11.574-2021). Primera Sala. [Recurso de casación].
- ESSBIO S.A. con *Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2020): Corte Suprema, 11 de noviembre de 2020 (Rol N° 33.588-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- López Villegas con *FRONTEL S.A.* (2022): Corte Suprema, 24 de febrero de 2022. (Rol 2.890-2020). Primera Sala Civil. [Recurso de casación].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por A.A. S.A., respecto de los artículos 23, inciso primero; 25, incisos primero y segundo; y 53 C, letra b), en aquella parte que señala "por cada consumidor afectado", todos de la Ley N° 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en los autos caratulados "Servicio Nacional del Consumidor con A.A. S.A.", sobre procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, seguidos ante el 4° Juzgado de Letras en lo Civil de S. bajo el Rol C-21.203-2017, 2 de agosto de 2019 (Rol N° 4.795-18) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Jacqueline Van Rysselberghe Herrera y otros H. Senadores que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario, 18 de enero de 2019 (Rol N° 5572-18) [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Javier Macaya Danús y otros H. Diputados que representan más de la cuarta parte los diputados en ejercicio, respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, de 23 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario, 18 de enero de 2019 (Rol N° 5650-18) [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- SERNAC con *Sociedad Austral de Electricidad S.A.* (2022): Corte Suprema, 16 de mayo de 2022. Primera Sala Civil (Rol N° 134.225-2020). Primera Sala. [Recurso de casación].
- Servicio Nacional del Consumidor con Cooperativa de Consumo de Energía Eléctrica Chillán Ltda* (2022): Corte Suprema, 16 de mayo 2022 (Rol N° 134.225-2020). Primera Sala. [Recurso de casación].