



Contraloría General de la República

División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen	000610N00
-----------------	------------------

Texto completo

N° 610 Fecha: 7-I-2000

Mediante el decreto N° 1803, de 1999, del Ministerio de Obras Públicas, se otorga a la empresa "Aguas Cordillera S.A.", antes "Empresa de Agua Potable Lo Castillo S.A.", las concesiones de producción y distribución de agua potable y de recolección y distribución de aguas servidas, para el sector denominado San Carlos de Apoquindo y otros, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

Por otra parte, a través de presentaciones, las Empresas Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. y de Servicios de Agua Potable Barnechea S.A. solicitan a la Contraloría General se abstenga de tomar razón del citado acto administrativo, el cual, a su juicio, por las razones que indican, no se ajustaría a derecho. Asimismo, "Aguas Cordillera S.A." pide que se desestimen las observaciones formuladas por las empresas antedichas y se dé curso a ese documento.

Requerido su informe sobre el particular, el Ministerio de Obras Públicas lo ha emitido mediante Ord. N° 2916, de 1999, adjuntando una minuta que contiene un análisis jurídico, elaborada por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en la cual se concluye que el otorgamiento de las concesiones en referencia se ajusta a derecho.

Al respecto, cumple manifestar que analizados todos los antecedentes tenidos a la vista esta Contraloría General comparte los juicios que ha emitido la Superintendencia de Servicios Sanitarios en el sentido de que contrariamente a lo que sostienen las empresas Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. y de Agua Potable Barnechea S.A., no es aplicable a las concesiones sancionadas por el acto administrativo en referencia, la prohibición contenida en el artículo 65, inciso primero, letra b), del DFL N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, agregado por la ley N° 19.549, en cuya virtud las personas, o grupos de personas con acuerdo de actuación conjunta que sean controladoras o tengan influencia decisiva en la administración de empresas concesionarias de servicios públicos que sean monopolios naturales de distribución eléctrica o de telefonía local, cuyo número de clientes exceda del 50% del total de usuarios en uno o más de estos últimos servicios, en las áreas bajo concesión de la empresa prestadora de servicios sanitarios, no podrán participar en estas mismas áreas:... b) En la explotación de concesión o concesiones sanitarias de distribución de agua potable o recolección de aguas servidas".

En efecto, en mérito de las consideraciones que más adelante se formulan corresponde aplicar en la situación planteada la regla de protección prevista en el artículo 1° transitorio, inciso tercero, de la citada ley N° 19.549, conforme a la cual "A las personas o grupos de personas con acuerdo de actuación conjunta que a la fecha de publicación de esta ley se encuentren en la situación prevista en el artículo 65° del decreto con fuerza de ley N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, introducido por el artículo 1° de esta ley, no se les aplicarán las restricciones del citado artículo 65°, sólo en relación con las concesiones sanitarias en explotación, bajo cualquier forma o título, a la fecha de publicación de la presente ley".

Ahora bien, para precisar el alcance que en este caso cabe asignar a la disposición antes transcrita debe tenerse en cuenta que ninguna norma jurídica puede vulnerar o desconocer el contenido de la Constitución Política, principio que nuestra Carta Fundamental consagra en su

artículo 6° y aplica reiteradamente, entre otros, en sus artículos 1°, inciso cuarto, y 24°, inciso segundo, el cual configura uno de los componentes fundamentales del Estado de Derecho y que debe ser el elemento que presida una cabal interpretación de los preceptos legales; criterio que se traduce en atribuirles un sentido congruente con todas las disposiciones constitucionales, para salvaguardar dicha supremacía.

En este orden de ideas, es necesario considerar que el artículo 19 N° 21 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Pues bien, en la especie la empresa Aguas Cordillera inició los trámites para obtener la ampliación de la concesión sanitaria que ya tenía, con más de un año de anterioridad a la entrada en vigencia de la norma restrictiva del precitado artículo 65, en el contexto de un programa de expansión que la propia legislación prevé.

Asimismo, a esta última data ya se habían cumplido la mayor parte de las fases del procedimiento que la ley establece para el otorgamiento de esta clase de franquicias, siendo útil destacar que, antes de dictarse la nueva preceptiva, a requerimiento de la Administración la empresa aumentó el ámbito territorial que cubría la ampliación de la concesión.

En estas condiciones, resulta evidente que al momento de operar el cambio legislativo la concesionaria, lejos de tener una mera expectativa de que se le otorgara la ampliación en comento, había consolidado su derecho a obtenerla, de manera que la protección prevista en la aludida disposición transitoria, más allá del tenor literal de esta última, es plenamente aplicable en el caso que interesa.

Sin duda el propósito del legislador al establecer la norma en referencia es el de amparar a quienes no obstante tener una posición constituida, resulten afectados por un cambio normativo del marco jurídico en que desenvuelven su actividad económica, proveyendo al respeto al libre ejercicio de ese género de actividad, que consagra la Constitución Política.

En este sentido, cabe precisar que se aparta absolutamente de dicha finalidad la idea de que los particulares que hayan invocado oportunamente su derecho a una ampliación sanitaria, dando asimismo cumplimiento a todos los requisitos y trámites contemplados por la preceptiva en vigencia, puedan verse afectados por una disposición legal posterior de carácter prohibitivo. Antes bien, esta sola consideración, en tanto deja en claro la desproporción del efecto impeditivo a que tal enfoque conduce, confirma que el artículo transitorio en cuestión está concebido para regir también esta clase de situaciones.

A su vez, la razón de ser de esta última norma y su aplicabilidad en el caso que interesa, debe analizarse, a mayor abundamiento, teniendo en cuenta el principio de subsidiaridad, que forma parte de las bases esenciales de la institucionalidad estatuidas en la Constitución Política en vigencia, y, asimismo, los postulados de libre iniciativa de los particulares para desarrollar cualquier actividad económica e, igualdad de trato que debe darles el Estado en materia económica, ambos derivados del anterior y que también orientan nuestro sistema jurídico y han sido reconocidos formalmente por la Carta Fundamental (artículo 19 N° 21, ya citado y N° 22).

En efecto, en virtud de tales proposiciones fundamentales aparece la exigencia ineludible para el legislador de que junto a cualquier nueva regla que dicte en el ámbito en que ellas inciden, establezca normas transitorias razonables, de manera de proteger a quienes ya han tomado la iniciativa en el campo respectivo, razonabilidad que debe especialmente ponderarse cuando esa regulación importa prohibiciones y se dispone por una motivación de intervencionismo económico como sucede en la especie.

Por otra parte, no puede dejar de considerarse que la empresa Aguas Cordillera S.A. ha seguido, cabalmente y de buena fe, un procedimiento administrativo regulado, realizando

inversiones y contratando obligaciones con terceros, para concretar el ejercicio de su derecho a la ampliación, en la confianza legítima de que no existiría alteración de las normas preestablecidas y en la continuidad de dicho procedimiento válidamente iniciado y proseguido, confianza que ha sido reforzada por la propia acción de las autoridades, que le solicitaron aumentar el territorio que cubría la ampliación en trámite, y que por todo ello es valorable como digna de protección.

En mérito de lo expresado, conforme a lo previsto en el artículo 1° transitorio de la ley N° 19.544, ordenamiento que como ya se ha dicho introdujo reformas a la citada Ley General de Servicios Sanitarios, incorporando a su texto, entre otras, la regla prohibitiva del mencionado artículo 65, este último precepto no es aplicable a las personas o grupos de personas que al tenor del mismo estaban participando, al momento de dictarse la nueva ley, en una solicitud de ampliación de explotación sanitaria en los términos señalados en el presente oficio, y por ende tal prohibición no rige en la situación que se analiza, aunque la beneficiaria de la ampliación sancionada mediante el acto administrativo en referencia sea controlada por Enersis S.A., empresa que a su vez controla a Chilectra S.A., quien presta servicios en el área en que recae dicha ampliación.

Por último, este Órgano de Control cumple con expresar que en el examen de juridicidad del citado decreto N° 1803, de 1999, ha tenido en cuenta, entre otros antecedentes, todos los planteamientos formulados por las empresas sanitarias indicadas, con motivo del trámite de toma de razón del referido instrumento.

Con el mérito de las consideraciones expuestas, se ha tomado razón del decreto señalado.