

Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa

ACTAS DE LAS XI JORNADAS
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
2014

JORGE BERMÚDEZ SOTO
EDITOR



Colección Legal
Serie Monografías y Escritos Reunidos
ESCUELA DE DERECHO
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

2016

© Jorge Bermúdez Soto
Editor

ISBN 978-956-17-0693-4
Derechos Reservados
Tirada: 250 ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Calle Doce de Febrero 21, Valparaíso
E-mail: euvs@pucv.cl
www.euv.cl

Impresión Salesianos S.A.

HECHO EN CHILE

Índice general

Presentación	7
Rodrigo Bermúdez Soto <i>Transporte de pasajeros: ¿concesión de bienes nacionales o de “servicio público”?</i>	9
Carlos Escárte Orellana <i>La experiencia como criterio de evaluación de las ofertas</i>	23
Juan Carlos Flores Rivas <i>La caducidad en los contratos administrativos</i>	47
Rodolfo Herrera Bravo <i>El desequilibrio en contratos tecnológicos complejos</i>	79
Fabián Huepe Artigas <i>La facultad de la administración para poner término unilateral al contrato y su impugnación</i>	99
José Luis Lara Arroyo y Luis Eugenio García-Huidobro Herrera <i>Aspectos críticos y desafíos de la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886127</i>	
Patricio Latorre Vivar <i>La contratación administrativa en el ámbito municipal</i>	149
Martín Loo Gutiérrez <i>La distribución de los riesgos en el contrato de concesión de obra pública</i>	191
Ricardo Miranda Zúñiga <i>Las impugnaciones a los procedimientos de contratación en los acuerdos de libre comercio</i>	207
Carolina Mora Allende <i>La protección de los particulares frente a la Administración Pública contratante</i>	227

Jenny Nicolás Turrys	
<i>La declaración de inadmisibilidad de las ofertas en un proceso licitatorio</i>	245
Francisco Javier Peña Silva	
<i>Los reclamos en el sistema electrónico de la Ley N° 19.886</i>	265
Francisco Pinilla Rodríguez	
<i>Los poderes de ordenación en el contrato administrativo</i>	275
Andrés Ruiz Ibáñez	
<i>Límites a la facultad para establecer sanciones en los contratos de la ley 19.886</i>	287
Francisco Santibáñez Yáñez	
<i>Los procedimientos de contratación y el principio conclusivo</i>	295
Jorge Bermúdez Soto	
<i>Luces y sombras de los contratos de concesión portuaria</i>	323

Presentación

El presente volumen reúne las versiones escritas de las ponencias presentadas en las XI Jornadas de Derecho Administrativo, organizadas por la Asociación de Derecho Administrativo (ADAD), y celebradas en la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 20 y 21 de noviembre de 2014.

La temática que reunió a profesores y especialistas del área fue, la contratación pública y, más específicamente, como reza el título de este volumen, las “Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa”. Durante dos días estuvimos abocados a la más universitaria de las actividades: analizar, discutir y argumentar, en un ambiente de colaboración y respeto, sobre estos temas, los cuales hasta la fecha habían sido poco tratados y, cuyo estudio, por la doctrina, devino en necesario.

Nuestras Jornadas se encuentran ya maduras. Desde su primera versión –el presente año 2016, se celebrará, en la Universidad Diego Portales, su XIII versión– hemos visto el crecimiento y consolidación del Derecho Administrativo nacional, de la mano de nueva legislación y, sobre todo, de un renovado interés académico y jurisprudencial por esta área del derecho. El Derecho Administrativo, con todas las temáticas extremadamente relevantes que se reconducen a él, ha adquirido finalmente el lugar central que le corresponde, por vocación e historia, en la consolidación de un Estado democrático de Derecho. La ADAD y sus miembros, por medio de sus Jornadas, han sido testigo y, muchas veces, protagonistas de este cambio.

En esta ocasión debo agradecer al equipo de ayudantes de la cátedra de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso por su dedicación y esfuerzo en la organización de las Jornadas y, luego, en la extensa labor de edición gráfica de este texto. En esta última tarea le correspondió un lugar fundamental a mi ayudante Eduardo Antonio Bustamante Sánchez, a quien dejo expresada mi especial gratitud.

Dr. Jorge Bermúdez Soto
Profesor titular de derecho administrativo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, invierno de 2016

Transporte de pasajeros: ¿concesión de bienes nacionales de uso público o de “servicio público”?

Rodrigo Bermúdez Soto*

1. *Introducción*

La regla general que la Ley N° 18.696 establece, en relación con la prestación de los servicios de transporte de pasajeros (público o privado, individual o colectivo), es que sean efectuados libremente, sin perjuicio de que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en su rol de órgano rector del transporte¹, establezca las condiciones y dicte la normativa necesaria para su funcionamiento. Sin embargo, el mismo cuerpo legal establece una serie de supuestos en los cuales la realización de la actividad de transporte de pasajeros puede sujetarse a mecanismos de licitación pública.

Esta multiplicidad de supuestos que permiten a la Administración justificar el uso del mecanismo de licitación pública, así como también las potestades exorbitantes que la aplicación de tal procedimiento conlleva, no ha sido estudiada de manera sistemática con el fin de determinar si los contratos resultantes de dichas licitaciones son contratos de uso de bienes nacionales de uso público o contratos de concesión de servicio público, siendo que esta actividad no ha sido declarada o calificada legalmente como tal.

El objeto de este trabajo es hacer una revisión inicial de la regulación aplicable a este tipo de contratos y los efectos que de ellos se derivan, a fin de poder establecer su naturaleza jurídica. La importancia de ello se deriva de la extensión que en el último tiempo se ha producido en la aplicación de mecanismos de licitación pública a casi todas las grandes zonas urbanas del país, para la realización de la actividad de transporte de pasajeros.

* Candidato a Doctor en Derecho y profesor de Derecho Económico en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ Artículo 1° de la Ley N° 18.059 que Asigna al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones el Carácter de Organismo Rector Nacional de Tránsito y le Señala Atribuciones.

Con este fin, este trabajo se divide en cuatro partes: en la primera, nos dedicaremos a establecer cuál es el régimen general para la prestación del servicio de transporte de pasajeros y a qué se referiría la libertad que en el ejercicio de esta actividad gozarían los particulares; en la segunda, haremos una revisión de los supuestos que habilitan a la administración para someterlo a un régimen de concesión; en la tercera, analizaremos las obligaciones generales que se imponen a los concesionarios; y en la cuarta y final, expondremos las conclusiones de este trabajo.

2. *Régimen general de los servicios de transportes remunerados de pasajeros*

Los servicios de transporte remunerado de pasajeros, por calles o caminos, pueden ser realizados libremente, con independencia de la modalidad en que se ejerza: público o privado; individual o colectivo.

Sin embargo, no se trata de una libertad absoluta, sino que su ejercicio se encuentra sujeto al cumplimiento de una serie de condicionantes establecidas en el artículo 3º, inciso primero, de la Ley N° 18.696²: el ejercicio de la libertad para realizar esta actividad económica estará sujeta a las condiciones y normativa que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones establezca para el funcionamiento de dichos servicios “en cuanto a cumplimiento obligatorio de normas técnicas y de emisión de contaminantes de los vehículos, así como en lo relativo a condiciones de operación de los servicios de transporte remunerado de pasajeros y de utilización de las vías”.

Los particulares, a partir de esta regulación, están sujetos a una serie de condiciones técnicas, de emisión de contaminantes, de operación del servicio y de utilización de las vías. La determinación de las condiciones, así como la verificación de su cumplimiento, corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, no solo en virtud de la norma transcrita sino, además, por su carácter de ente rector de tránsito nacional. En cumplimiento de estos mandatos legales, se dictaron los Decretos N°s 212, de 1992, y 80, de 2004, que reglamentan el transporte remunerado de pasajeros, público y privado respectivamente.

¿Cuál es el sentido que se puede asignar al uso de la expresión *libremente*? Estimamos que su utilización por parte del legislador se refiere a que esta actividad económica

² La Ley N° 18.696 que modifica el artículo 6º de la Ley N° 18.502, autoriza la importación de vehículos que señala y establece normas sobre transporte de pasajeros.

no se encuentra reservada para el Estado³, sino que, como cualquier otra actividad económica, su titularidad corresponde a los particulares, conforme con lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución⁴.

Esto lo fundamos a partir de lo siguiente:

La redacción original del inciso primero del artículo 3° en análisis no utilizaba la expresión “libremente”, sino que establecía que ella podía ejercerse sin requerir autorización alguna para ello, bastando contar al efecto con un certificado de revisión técnica vigente en que se acredite que el vehículo es apto para el servicio que realiza conforme con la normativa que dicte el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

La redacción vigente, en cambio, es producto de la modificación introducida mediante la Ley N° 19.011 que reemplazó íntegramente el artículo 3° original. Mediante esta ley se modificó el régimen normativo del transporte remunerado de pasajeros, sometándolo a un régimen que podríamos denominar “regulado” y, además, permitiendo, en determinados supuestos, concesionar el transporte remunerado de pasajeros, cuestión a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

Revisada la historia de la ley N° 19.011, se advierte que fue en el informe de la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados, donde se señaló que la idea matriz del proyecto consistía en “facultar al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para efectuar ordenamiento de los servicios de transporte público en el país”⁵. Agrega que “el control y reglamentación de los merca-

³ En el caso de nuestro derecho, Vergara Blanco plantea que a “partir de la Constitución de 1980, en materia económica el Estado Administrador ya no tiene asignadas unas potestades tan discrecionales (...) se ha traspasado la iniciativa de tales actividades [económicas] a los particulares, bajo esquemas de supervigilancia de mayor o menor intensidad, el Estado se ha transformado en un “Estado regulador”. Vergara Blanco, Alejandro, “El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* 12 (2004), p. 34.

⁴ La visión más tradicional sobre el rol de los particulares y del Estado en materia económica es la que entrega Soto Kloss, al plantear que “la Constitución de 1980 se fundamenta en la ‘primacía de la persona humana’ y en el ‘reconocimiento de sus derechos naturales, esenciales o fundamentales’, de lo cual se deriva el rol o función instrumental del Estado, que está al servicio de la persona humana, promoviendo el bien común con pleno respeto de sus derechos, y en cuya virtud del poder estatal tiene como límite infranqueable los derechos esenciales que emanan de esa naturaleza”. Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Santiago 2009, p. 93.

⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.011 que modifica la Ley N° 18.696 y establece normas relativas a transporte de pasajeros, Informe de la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados, p. 8.

dos de productos y servicios constituye una labor básica e irrenunciable que compete típicamente al Estado, a fin de cautelar la salud y seguridad de los consumidores, los usuarios y de la comunidad en general”⁶.

La inserción de esta regulación, junto con la que permite la licitación en materia de transporte remunerado de pasajeros, se justificaba en que “el mercado de transporte público en Chile, constituye un caso como pocos, en el cual no existe un cuerpo reglamentario comparable al de otros mercados de su importancia y tamaño”, ello derivado de que hasta antes de la dictación de este cuerpo legal, cualquier persona podía “entrar al mercado prácticamente sin restricciones; que no existan mayores requisitos para los tipos de vehículos; que no haya [sic] procedimientos de control suficientemente desarrollados para cautelar el cumplimiento de las normas básicas, [...] [le confería] a la actividad un alto grado de informalidad”⁷.

El informe de la comisión más adelante señala que “en definitiva, se pretende formalizar y reglamentar la provisión de servicios de transporte público urbano elevándolo a la categoría de un mercado como cualquier otro, en el que los inversionistas se sientan incentivados a entrar, sin tener otra restricción que la de cumplir con las normas y los requisitos que formalizan la operación y otorgan transparencia al mercado”⁸.

No se trata de una actividad que haya sido reservada al Estado⁹; por el contrario, sigue siendo una actividad económica sujeta a las reglas de mercado, eso sí, sometida además a toda una regulación que impone requisitos para poder ser desarrollada por los particulares. Entonces, el régimen general del servicio de transporte remunerado de pasajeros no difiere del de cualquier otra actividad económica: puede ser desarrollado por cualquier particular sometiéndose siempre a las normas legales que lo regulen.

⁶ Ibid., p. 9.

⁷ Ibid., pp. 9-10. Más adelante el informe agrega que: “El nuevo texto de ley que se propone [...] faculta a las autoridades para definir requisitos básicos tendientes a reglamentar las características que debe tener el servicio, como por ejemplo, la existencia de terminales bien equipados; la permanencia del servicio en el tiempo; garantías de seguridad y confortabilidad; uniformidad en los elementos de información al usuario; etc. La reglamentación debe hacer explícita la responsabilidad que le cabe a quienes entregan los servicios de transporte público, actividad en la que incluso está en juego la vida de los usuarios”, p. 11.

⁸ Ibid., p. 11.

⁹ De acuerdo a la Constitución, sólo existe una única reserva de actividad económica a favor del Estado, que es la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos (art. 19, N° 24, inciso 8° CPR). Las otras reservas que, excepcionalmente contempla la Constitución, se refieren a determinados y específicos bienes (no actividades) como aquellos que la naturaleza ha hecho que deban pertenecer a la Nación toda (artículo 19 N° 23); las minas, hidrocarburos y demás sustancias fósiles (art. 19, N° 24).

De este modo, el hecho de que el artículo 3º, inciso 1º, disponga que el transporte remunerado de pasajeros puede ser ejercido “libremente” es señal de la inexistencia de una reserva a favor del Estado, sin perjuicio de que la actividad se encuentre sometida a regulación, más o menos intensa, que puede llegar hasta la aplicación de licitaciones públicas y concesión reguladas más adelante por la misma norma legal.

3. *Supuestos que habilitan a concesionar el transporte remunerado de pasajeros*

Los supuestos que habilitan a concesionar el servicio de transporte remunerado de pasajeros, mediante procedimientos de licitación pública, se encuentran contenidos en el inciso segundo del artículo 3º de la Ley N° 18.696. Según esta disposición, la Administración puede recurrir a licitaciones públicas “para el funcionamiento del sistema de transporte de pasajeros” frente a situaciones de: (i) congestión de las vías; (ii) de deterioro del medio ambiente; o, (iii) deterioro de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos producto de la circulación vehicular.

El cumplimiento de cualquiera de estas condicionantes habilita a la Administración del Estado para que, mediante un proceso de licitación pública, disponga “el uso de las vías para determinados tipos de vehículos o servicios”.

De lo anterior podemos formular dos preguntas que intentaremos responder: (i) ¿las causales que habilitan a utilizar el mecanismo de licitación pública, se refieren a la calidad de prestación del servicio de transporte de pasajeros o a cosas distintas?, y (ii) ¿qué es lo que se licita? ¿la prestación del servicio o el uso de las vías¹⁰?

En relación con la primera pregunta, podría sostenerse que ninguna causal se refiere directamente a la calidad del servicio en términos de continuidad, regularidad¹¹ y universalidad que podrían ser exigibles al servicio de transporte remunerado de pasajeros.

¹⁰ En relación a una caracterización de los bienes nacionales de uso público, véase Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho administrativo general*, 3ª edición, Santiago 2014, pp. 678-680. Respecto a la concesión sobre bienes de dominio público, la Corte Suprema ha sostenido que ella es “un título jurídico mediante el que la Administración otorga a un particular un Derecho real, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio del particular y de la colectividad”. Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, 22 de julio de 1966, en *RDJ*, Segunda parte, sección primera (1996), p. 277.

¹¹ Dado que, a través del servicio público se satisface una necesidad de interés general, la prestación debe estar disponible de manera tal que todos quienes reclaman dicha satisfacción de parte del Estado, ya sea de manera directa o indirecta –cuando el servicio público es prestado por interpósita persona–, la obtengan en iguales condiciones. De esta forma, las exigencias de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos, son esenciales.

Al parecer, el legislador de la época, y los posteriores que introdujeron modificaciones en esta materia, no alteraron de manera significativa las causales que habilitan a la Administración a licitar las vías. Además, se debe tener presente el inciso tercero de este mismo artículo, que dispone: “Para los efectos de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, antes de determinar los casos de congestión de vías o de deterioro del medio ambiente y disponer, para determinados tipos de vehículos y/o servicios el uso de las vías mediante licitación pública, deberá requerir informe previo del Departamento del Tránsito de la o las comunas afectadas y de la Secretaría Ministerial de Transporte correspondiente. El informe respectivo deberá evacuarse, por todos los requeridos, dentro del plazo de 15 días corridos, contado desde la fecha de recepción del oficio respectivo”¹².

Los informes a que hace referencia el precepto citado se refieren específicamente a congestión de las vías o deterioro del medio ambiente, sin tomar en consideración la calidad del servicio de transporte de pasajeros (continuidad, regularidad y universalidad). Entonces, las causales que habilitan a la Administración del Estado a licitar no apuntan directamente a la calidad con que se presta el servicio.

Para sostener que las causales se refieren a la calidad del servicio, se requiere de un mayor desarrollo conceptual, a objeto de justificar que la congestión de las vías, el deterioro del medio ambiente y el deterioro de las condiciones de seguridad afectan la continuidad y regularidad en la prestación del servicio, pues resultado de tales situaciones es que la población cuenta con un servicio de transporte que no cumpliría con un estándar de calidad adecuado.

La segunda pregunta, relativa a si lo que se licita es el uso de las vías o la prestación del servicio, surge a partir de que el inciso segundo establece que la licitaciones públicas

Se trata de un estándar mínimo de calidad, exigencia que, en todo caso, no implica que la persona que recibe la prestación obtenga la satisfacción de su necesidad, sino, únicamente, que el servicio público funcione de manera regular y continua. Como señala Cassagne: “si la causa que legitima la existencia de un servicio público es una necesidad colectiva de tal entidad que no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de esta institución, el modo de asegurar que la prestación se haga efectiva es, precisamente, la regla de la continuidad”. Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en Ariño Ortiz, Gaspar y Cassagne, Juan Carlos (eds.), *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires 2005, p. 81.

¹² Además de estos informes el inciso siguiente dispone: “Sin perjuicio de los informes a que se refiere el inciso precedente, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, antes de disponer del uso de vías mediante licitación, deberá requerir uno o más estudios elaborados por algún organismo o entidad técnica, pública o privada, reconocidamente especializada en el ámbito de la planificación vial”

tienen por objeto “disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos o servicios”. La redacción que se utiliza no es la más clara, pues da a entender que, o bien la licitación puede ser para que determinados tipos de vehículos utilicen las vías, o bien que determinados servicios las utilicen.

No permite tampoco una mejor comprensión ni dilucidan la pregunta planteada lo dispuesto en algunos incisos relativos a los estudios previos a la licitación y a las bases de licitación. En relación con los estudios, el artículo 3º dispone que ellos “deberán pronunciarse, entre otros aspectos, sobre la eficiencia económica y el impacto social esperado en caso de establecerse la licitación de vías respectivas”. En el caso de las bases de licitación, se dispone que ellas deben considerar como criterios a evaluar “criterios económicos y ambientales (...) relativos a ruido, gases contaminantes, orden en la circulación de vehículos y valoración urbana (...)”.

Pese a esto, es posible sostener que las licitaciones se refieren a la prestación del servicio más que al uso de las vías, pues, por una parte, el artículo 3º ter dispone que las bases de licitación deben incluir “los servicios de transporte que deban prestarse” y luego el artículo 3º quáter, en relación con la evaluación de los oferentes, dispone como criterio principal a considerar que “se asegure la selección de aquellas empresas más eficientes, que ofrezcan al menor costo la calidad de servicio especificada en las bases”.

Además de los criterios normativos antes expuestos, consideramos útil y conveniente recurrir a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 388 del año 2003¹³, previa a la Ley N° 20.504 que introdujo una serie de modificaciones a este cuerpo legal, en particular los artículos 3º ter y 3º quáter a los que ya he hecho referencia.

En lo que interesa, esta sentencia fijó un criterio en relación con la naturaleza del servicio de transporte de pasajeros. En su considerando duodécimo afirma:

B. En esta virtud y por motivos de interés social general, la legislación examinada ha sometido a esta actividad, con razón, a una rigurosa regulación, mucho más cuanto que ella se realiza por bienes nacionales de uso público, como son las calles, caminos y vías abiertas;

C. La normativa legal también faculta para afectar determinados derechos y garantías en casos de excepción, por causa de interés público y de buen servicio, específicamente en situaciones que dicen relación con la conservación del medio ambiente, congestión de vías y para atender, esencialmente, al mejor servicio, a la seguridad de las personas y del propio tránsito vehicular; y

D. La legislación examinada, como fluye particularmente de lo dispuesto por la Ley N° 18.059, tal como se transcribió en el fundamento séptimo, a fin de asegurar un adecuado control del tránsito público de

¹³ STC Rol N° 388.

pasajeros, en todos sus aspectos, asignó al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones la función de organismo rector en materia de tránsito y transporte público, confiriéndole para este efecto potestades generales y especiales para su conveniente regulación;

Luego, en la parte final del considerando décimoquinto sostiene

La sentencia del Tribunal Constitucional, intenta dejar en claro que, en el desarrollo de la actividad de transporte de pasajeros, aun cuando ella sea realizada por particulares, existe un interés público comprometido, que deriva del hecho que, a través de ella, se estaría satisfaciendo una necesidad primordial y general de la comunidad nacional, esto es, el transporte de pasajeros. Tal carácter permite someterla a una regulación especialmente intensa, al punto de quedar habilitada la Administración a someterla a un régimen concesional, no tanto en razón de que para su desarrollo se utilicen bienes nacionales de uso público, sino que en razón de que a través de ella se busca satisfacer una necesidad de interés general.

Esto queda mucho más claro al analizar las obligaciones generales que se imponen a los concesionarios.

4. *Obligaciones generales que se imponen a los concesionarios*

Como señalamos previamente, el grueso de la regulación de las concesiones de transporte público de pasajeros fueron introducidas mediante la Ley N° 20.504 del año 2011 que Modifica el Régimen Jurídico del Transporte Público de Pasajeros, sin perjuicio que antes y después de ella, se han introducido otras modificaciones en la materia.

Dos cosas llaman la atención, una de técnica legislativa: la opción del legislador fue introducir modificaciones a la Ley N° 18.696; la otra, más de fondo, se refiere precisamente a las obligaciones generales que se imponen a los concesionarios de este servicio. Esto último por varias razones.

Primero, si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior a esta ley, calificó al servicio de transporte como servicio de utilidad pública por satisfacer una necesidad de interés general, y la Ley N° 20.223 utilizó la expresión servicio público para referirse al transporte de pasajeros, esto no necesariamente podría considerarse como una declaración formal – legal de esta actividad económica como servicio público. Ello, pues en los casos en que la legislación nacional califica una actividad económica como servicio público lo hace fijando de manera clara cuál es la actividad así calificada.

Un ejemplo de lo anterior lo observamos en materia eléctrica. El artículo 7° de la Ley General de Servicios Eléctricos califica como servicio público eléctrico al “suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros”. En

este precepto, para calificar una actividad económica como servicio público se identifica el servicio (suministro eléctrico), el prestador (concesionario de distribución) y destinatario del servicio (usuario final) y, además, se fijan particularidades para la prestación del servicio. Solo en la medida que se cumplan todas estas condiciones o requisitos nos encontraremos frente a la actividad calificada como servicio público¹⁴.

Por el contrario, tanto en lo expresado por el Tribunal Constitucional como en la Ley N° 20.223, únicamente nos encontramos con la utilización de la expresión, sin indicación clara de qué constituye servicio público (o servicio de utilidad pública), más allá de tratarse de un servicio que es dirigido al público en general¹⁵.

Volvemos a lo ya sostenido: la regla general en materia de transporte remunerado de pasajeros es que la actividad sea ejercida libremente, con independencia de la modalidad en que este se presta (público o privado, individual o colectivo), y solo bajo determinadas circunstancias la Administración del Estado se encuentra autorizada para sujetarlo a procesos de licitación pública y contratos de concesión.

¿Qué tipo de transporte de pasajeros es servicio público? Por descarte se podría sostener que es aquel de carácter público y colectivo, entendiendo como tal el que es ofrecido directamente a la población, pero dentro de aquél ¿es servicio público tanto el que es prestado en régimen libre como el concesionado?

Si se opta por decir que todo el transporte público de pasajeros es servicio público, por una parte tendríamos que estos tienen tal carácter por ser prestados directamente al público, con lo cual la calificación carecería de sentido, pues compartiría dicho carácter con una serie de actividades económicas que son realizadas de la misma forma, como el

¹⁴ Una fórmula diferente, que cumple con las mismas exigencias antes señaladas, es la que utiliza la Ley General de Telecomunicaciones al momento de calificar una actividad económica como servicio público. El artículo 7° letra b) de dicho cuerpo legal define como servicio público de telecomunicaciones a aquellos “destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general”.

¹⁵ La expresión servicio de utilidad pública es utilizada en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 16, a propósito del derecho a huelga, específicamente respecto de un grupo de empresas cuyos trabajadores no puede ejercer tal derecho. No existe, en todo caso, total claridad respecto a cuáles, concretamente, son las empresas calificadas como servicios de utilidad pública. Pese a ello, la Contraloría General de la República ha sostenido que “la actividad o giro de las mismas [empresas que prestan servicios de utilidad pública] concierne a la entrega de las prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población, por lo cual es coherente con ello que para ellas la prohibición de declarar la huelga opere sin que sea necesario calificar administrativamente los posibles efectos de una eventual paralización actividades económicas calificadas como tales” (Dictamen N° 37.849 del año 2007).

comercio en general. Además, no tendría sentido que la legislación aún disponga como regla general que los servicios de transporte de pasajeros puedan prestarse libremente.

Tendría algún sentido, entonces, entender que esta calificación se hace de modo restringido, sólo para la actividad de transporte de pasajeros realizada a partir de procesos de licitación y contratos de concesión. Podría considerarse como argumento de texto para concluir lo anterior que el artículo 3º terdecies inciso primero, en su parte pertinente, dispone que “El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones adoptará las medidas necesarias para garantizar la continuidad de la prestación del servicio público y resguardar los derechos de los usuarios de dichos servicios, así como los de los trabajadores del respectivo concesionario”. Por tanto, existiría una vinculación entre servicio público y concesionario de servicio de transporte de pasajeros.

Sin embargo, estimamos que esta referencia no es suficiente para sostener la existencia de una calificación formal como servicio público y, por tanto, la aplicación de un estatuto especial a consecuencia de ello.

Segundo, a partir de lo anterior podemos sostener que nos encontramos ante una situación en que, sin una calificación como servicio público, se imponen a un concesionario las obligaciones típicamente vinculadas a las actividades económicas así calificadas.

Tales obligaciones están contenidas en el inciso primero del artículo 3º sexies que dispone: “El transporte nacional remunerado de pasajeros prestado en el marco de un contrato de concesión en los casos indicados en el inciso segundo del artículo 3º, tendrá por finalidad satisfacer el interés público y deberá propender a la prestación de un servicio de transporte eficiente, seguro y de calidad. El contrato de concesión garantizará la continuidad, permanencia y seguridad de los servicios de transportes”.

Las obligaciones que se imponen a los concesionarios son las de continuidad, permanencia y seguridad de los servicios de transporte. De acuerdo al Mensaje del Ejecutivo con el que se inició la tramitación de la Ley Nº 20.504, dada la calidad de servicio público de la actividad, “el proyecto explicita que este contrato tiene por finalidad satisfacer el interés público que exige la prestación de un servicio de transporte de calidad, debiendo garantizar su continuidad, permanencia y seguridad”¹⁶.

Nos parece que ni la explicación del Mensaje ni la redacción del precepto en cuestión son claras. En el caso del primero, confunde el servicio que se presta con el contrato:

¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley Nº 20.504 modifica régimen jurídico del Transporte Público Concesionado, Mensaje del Ejecutivo, p. 9.

no es este último el que satisface una necesidad de interés público, sino que la actividad de transporte de pasajeros, y esta actividad cumplirá tal rol con independencia de la existencia de una concesión o no. Cosa distinta es si tal satisfacción cumple o no con un nivel adecuado de calidad.

En cuanto a la redacción que utiliza el precepto, se asigna al contrato de concesión el deber de asegurar la continuidad, permanencia y seguridad en la prestación del servicio; entonces, en concreto, ¿a quién le corresponde asumir tales obligaciones?

En las situaciones en que existe una declaración o calificación formal (o legal) como servicio público, el cumplimiento de las obligaciones de regularidad y continuidad que se asocian a él, corresponde al prestador del servicio (normalmente, un concesionario del servicio) y a la Administración del Estado se le asigna el rol de velar por su cumplimiento y, en caso de incumplimiento, normalmente sancionar. En este caso pareciera no ser así.

Por una parte, lo que se debe entender por regularidad, permanencia y seguridad en la prestación del servicio queda entregado a las bases de licitación y al contrato de cada concesión. En caso alguno la ley fija un estándar o lo que se debe entender por cada una de estas exigencias.

Por otro lado, en lo que dice relación específicamente con la continuidad, se establece que: (i) las bases de licitación deberán contener causales de modificación unilateral de los contratos de concesión por parte del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que tengan por objeto garantizar la continuidad del servicio (art. 3º septies inciso segundo); (ii) en relación con el término anticipado del contrato, se establece que el decreto supremo que así lo disponga debe señalar “las garantías necesarias para asegurar la continuidad del servicio” (art. 3º septies inciso cuarto); y (iii) “El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones adoptará las medidas necesarias para garantizar la continuidad de la prestación del servicio público” (art. 3º terdecies inciso primero).

Pareciera que el aseguramiento de la continuidad en la prestación del servicio correspondiera más a la Administración del Estado (en este caso el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones) que al concesionario. Estimamos que ello deriva del hecho de que los estándares de calidad y las obligaciones vinculadas a ellos, que se imponen a los concesionarios del servicio de transporte, se dejan entregadas a las bases de licitación y a los contratos de concesión, más que regularse a nivel legal, como ocurre con otras actividades económicas calificadas como servicio público.

No basta entonces que se incorpore una calificación aislada o se utilice una terminología que evoque la idea de servicio público para estar frente a una actividad que