

**Informe en derecho**  
**Caducidad de una concesión de servicios sanitarios**  
**de Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A.**

La Superintendencia de Servicios Sanitarios (“SISS”) me ha solicitado informar en derecho acerca de las condiciones de procedencia de la caducidad de una concesión de servicio público sanitario, con ocasión de las interrupciones del suministro de agua potable registradas durante el mes de julio de 2019 en la ciudad de Osorno.

El informe no se solicita para respaldar una posición en particular, de modo que no ha sido necesario formarme una opinión previo a la aceptación del encargo.

El informe se estructura en seis capítulos. En el primero se enuncian los antecedentes del caso. En el segundo se analiza latamente la institución de la caducidad en el derecho administrativo, con especial referencia a la caducidad de las concesiones de servicios sanitarios. El capítulo tercero aborda las causales que justifican la declaración de caducidad; el cuarto, el procedimiento para su declaración; y el quinto, las consecuencias que se derivan de ella. Las conclusiones se contienen en el capítulo sexto.

**I. Antecedentes**

1. **El concesionario.** La Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. (“Essal”) fue constituida en mayo de 1990 como continuadora legal del Servicio Nacional de Obras Sanitarias, creado en 1977. En el marco del proceso de privatización de empresas sanitarias, en 1999 Iberdrola Energía de Chile adquirió la mayoría de las acciones de Essal. En 2008, el control de Essal fue asumido por Aguas Andinas.
2. **La concesión.** Por Decreto Supremo N° 1228, del Ministerio de Obras Públicas, de 31 de diciembre de 1997, se declaró la formalización de las concesiones de producción y distribución de agua potable, y recolección y disposición de aguas servidas de Essal, para la operación del servicio en la ciudad de Osorno. Por Decreto

Supremo N° 493 de 22 de junio de 2004, la concesión fue ampliada, extendiendo el servicio a nuevas localidades de la ciudad de Osorno<sup>1</sup>.

3. **Las interrupciones al suministro.** Entre los días 11 y 21 de julio de 2019 el suministro de agua potable en la ciudad de Osorno fue interrumpido en dos períodos: entre los días 11 y 17 de julio, por contaminación del agua a consecuencia del derrame de hidrocarburos; y entre los días 17 y 21 de julio, por insuficiente producción de agua potable.

El primer evento afectó a 49.966 clientes (aproximadamente 140.560 habitantes, correspondiente al 97,9% de la ciudad), mientras que el segundo a 25.809 clientes (aproximadamente 72.603 habitantes, correspondiente al 50% de la ciudad).

4. **Primera interrupción.** El 10 de julio de 2019 en la Planta de Tratamiento de Agua Potable ubicada en el sector Caipulli (“**Planta Caipulli**”), el operador del turno de noche recargó con combustible el grupo electrógeno, equipo que se utiliza en forma diaria en período de horario punta. El operador olvidó verificar el llenado del equipo, dejando la válvula de salida abierta y permitiendo la posterior fuga del combustible en exceso. Según consta en la bitácora, el operador de noche se encontraba solo, desarrollando diversas funciones. Sin vigilancia, el combustible se filtró por los pozos de aspiración de la planta, alcanzando el río Rahue. Captado por las bombas, el combustible infiltró el sistema, comprometiendo todas las instalaciones de producción y distribución de agua potable.

El operador de turno reportó el derrame a las 08:43 horas del 11 de julio, casi 10 horas después de haberse iniciado. Verificada la situación en terreno, se dio la orden de detención de la producción de agua potable. Una hora más tarde, Essal informó a la SISS de una emergencia en el sistema de producción de agua potable de la ciudad de Osorno, por contaminación de petróleo en la Planta Caipulli. Junto con la suspensión de la producción de Caipulli, se detuvo la producción subterránea de Osorno, la cual alimentaba estanques que se confirmaban contaminados. Sólo se mantuvo operativo el sistema Pilauco, independiente y ubicado en la salida norte de

---

<sup>1</sup> Sectores Maximiliano Kolbe, Las Quemadas, Ovejería Alto, García Hurtado, Schilling Alto y Bajo, y Centro.

Osorno, que a través del estanque Kolbe, abastecía a 1.074 clientes (aproximadamente 3.021 habitantes, correspondiente al 2,1% de la ciudad).

Así, a partir de las 10:00 horas del 11 de julio, se verificó un corte de suministro de agua potable prácticamente total.

5. **Anuncios y medidas de Essal.** A través de su página web, correos electrónicos y redes sociales, Essal informó al público acerca de la interrupción del servicio, invocando una “rotura de matriz espontánea”, estimando su reposición a contar de las 22:00 horas. Un par de horas más tarde, a las 11:45 Essal modificó esta información, anunciando ahora que el corte se prolongaría, terminando el día 12 de julio a las 10:00 horas.

El día 11 de julio, a las 22:04 horas, Essal informó a la SISS que el día 12 de julio se trabajaría con abastecimiento restringido. Tres horas después, se informó al Superintendente que, dado que un control evidenció presencia de hidrocarburos, se replantearía el plan informado. Atendida la prolongación de la interrupción del servicio, el 12 de julio el Ministerio de Salud decretó Alerta Sanitaria.

Finalmente, el 14 de julio, Essal anunció que la producción de la Planta Caipulli se reiniciaría hacia el final del día martes 16 de julio.

6. **Segunda interrupción.** El 17 de julio, con presencia del Presidente de la República, Essal anunció la restitución del suministro de agua potable a la totalidad de la ciudad de Osorno.

La reactivación del proceso se habría programado a las 05:00 horas; sin embargo, menos de horas después, se informó que se estaba evidenciando una baja en los niveles almacenados. A las 10:42 Essal notificó que debido a una excesiva demanda de agua el sistema no pudo mantenerse y se estaban registrando diversos cortes de suministro. A las 13:36 horas se informó un corte de agua potable de 6 horas.

7. **Recuperación del servicio.** El 18 de julio se trasladaron repuestos desde Santiago. La instalación de los repuestos se pudo finalmente verificar durante las primeras horas del día 19 de julio, ocho días después de iniciada la emergencia. El día 20 de julio comenzó a estabilizarse el sistema de distribución de agua potable, permitiendo el día 21 de julio la distribución de agua potable para el 100% de la ciudad.

Ambas interrupciones se tradujeron en que Essal no logró abastecer los volúmenes de agua necesarios para satisfacer la demanda normal y, con mayor razón, la sobredemanda habitual tras cortes de suministros, especialmente de uno tan prolongado como el que vivió la ciudad de Osorno.

8. **Procedimiento sancionatorio.** Por Resolución N° 2552 de 12 julio de 2019, la SISS requirió un informe administrativo instruyendo una investigación y designando fiscalizadores especiales a raíz de la emergencia. A través de Memorandum N° 01/2019 de 29 de julio de 2019, los fiscalizadores remitieron dicho informe al Superintendente de Servicios Sanitarios.

El 2 de agosto de 2019, mediante la Resolución N° 2865 la SISS inició un procedimiento sancionatorio contra Essal formulando diversos cargos. En resumen, la SISS reprocha a Essal (i) incurrir en deficiencias en la calidad del servicio de producción y distribución de agua potable, así como su continuidad; (ii) afectar a la generalidad de la población con la falla de la Planta Caipulli; (iii) poner en peligro la seguridad de la población; (iv) infringir procedimientos establecidos para enfrentar emergencias; (v) infringir instrucciones de la SISS para abordar la emergencia; y (vi) entregar información manifiestamente errónea a las autoridades y a la población.

9. **Procedimiento de caducidad.** El mismo 2 de agosto, en paralelo al procedimiento sancionatorio, la SISS dispuso la apertura de un expediente especial de caducidad de la concesión de Essal mediante la Resolución N° 2864, con el objeto de “determinar si por la naturaleza de los incumplimientos de sus obligaciones como concesionaria de servicios públicos sanitarios, existe fundamento para emitir el informe de caducidad de sus concesiones”.

## II. La caducidad en materia de concesiones sanitarias

10. **Estructura del capítulo.** El análisis jurídico de la materia en informe recae fundamentalmente en la naturaleza de la caducidad de la concesión de servicios sanitarios, tal como es regulada primariamente por la Ley General de Servicios Sanitarios, contenida en el DFL N°382, del Ministerio de Obras Públicas, de 1988 (“**LGSS**”) y en menor medida por la Ley 18.902, que crea la SISS (“**Ley de la SISS**”), así como por Reglamento de las concesiones sanitarias de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas y de las normas sobre calidad de atención a los usuarios de estos servicios, aprobado por Decreto Supremo 1199, del Ministerio de Obras Públicas, de 2005 (“**Reglamento**”).

Presupuestos necesarios para el examen de esta cuestión son la noción de caducidad en general, aplicable a los actos administrativos unilaterales y, en seguida, la de caducidad en materia de contratos y especialmente de concesiones de servicio público.

### A. La caducidad de actos administrativos unilaterales

11. **Equivocidad de la noción.** La caducidad es un concepto conocido en doctrina y en derecho comparado. Sin embargo, su utilización suele designar fenómenos diversos, que exigen un esfuerzo de categorización. La ausencia de una regulación general de la caducidad –no recogida en los textos más significativos de derecho administrativo general<sup>2</sup>– profundiza la ambigüedad de la figura. Es necesario entonces determinar a qué nos referimos cuando hablamos de caducidad en el ámbito de las concesiones sanitarias.

12. **La noción de caducidad en el derecho privado.** En el derecho civil la noción de caducidad se emplea en el sentido de extinción de un derecho subjetivo a consecuencia del transcurso del tiempo.

---

<sup>2</sup> La Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, Ley 19.880 (“**LBPA**”), sólo contempla como modalidades de extinción unilateral de actos administrativos la invalidación y la revocación. La caducidad no está regulada por ese texto, de modo que la construcción de su teoría es principalmente obra de la doctrina.

Alessandri y Somarriva, por ejemplo, sostienen que la caducidad sobreviene “cuando la ley o la voluntad del hombre prefija un plazo para el ejercicio de un derecho (realización de un hecho cualquiera, o ejercicio de una acción judicial), de tal modo que, transcurrido el término, no puede ya el interesado verificar el acto o ejercitar la acción”<sup>3</sup>.

La discusión entre los civilistas se ha centrado en distinguir la caducidad de la prescripción extintiva, señalándose que la principal diferencia radicaría en el carácter objetivo de la primera. En efecto, mientras su eficacia dependería únicamente del transcurso de un plazo, en la prescripción incidirían consideraciones subjetivas que admitirían su suspensión e interrupción.

Este carácter automático con que opera la caducidad de derechos subjetivos es discutido en el derecho administrativo<sup>4</sup>, fundamentalmente por consideraciones de seguridad jurídica.

**13. La caducidad en el derecho administrativo.** En el derecho administrativo la expresión *caducidad* se emplea en variados sentidos distintos de la mera caducidad de derechos.

En términos generales, es posible distinguir tres modalidades en que puede presentarse: caducidad de actos administrativos, caducidad de recursos administrativos y caducidad de procedimientos administrativos<sup>5</sup>.

La caducidad objeto de análisis en el presente informe corresponde a la caducidad de actos administrativos. Este tipo de caducidad se concibe como una forma de

---

<sup>3</sup> Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen II: *Parte General y Las Personas*, Santiago, Ed. Nascimento, 1962, p. 106.

<sup>4</sup> En la “falta de automatismo y en la consecuente necesidad de declaración de caducidad se hace descansar generalmente la diferencia entre la caducidad civil y la caducidad administrativa”, sostiene Jaime Rodríguez Arana, “Reflexiones sobre la caducidad en el derecho público”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 5, 1994, p. 344.

<sup>5</sup> Sobre esta última categoría he trabajado previamente en José Miguel Valdivia y Tomás Blake, “El decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio ante el derecho administrativo”, *Estudios Públicos* Nº138, 2015, p. 93 y ss.

“extinción” de los actos administrativos consistente en su pérdida de eficacia por el acaecimiento de determinadas circunstancias de hecho o de derecho<sup>6</sup>. En ambos casos, la caducidad no arranca de un vicio originario del acto administrativo, sino de una circunstancia sobreviniente; por eso, no afecta la validez del acto administrativo sino sólo su eficacia<sup>7</sup>.

14. **Tipos de caducidad.** De modo general, la doctrina francesa distingue entre una caducidad natural y una caducidad planificada. La primera resulta de la inadecuación del derecho al hecho, es decir, identifica aquellos actos obsoletos, que ya no son utilizados o no corresponden al derecho o a los hechos del contexto actual. “Es, pues, el resultado de un cambio ya sea de circunstancias de hecho, ya sea de circunstancias jurídicas. El acto administrativo unilateral deviene naturalmente caduco por el solo hecho de la evolución debida al tiempo”<sup>8</sup>. Este tipo de caducidad no tiene reconocimiento legal y por eso, en razón de las consecuencias inciertas que puede provocar, su admisión es discutida. Por su parte, la caducidad planificada es aquella prevista por un texto, que se produce por la llegada de un plazo o por el acaecimiento de una condición<sup>9</sup>.

En este último sentido, un autor chileno distingue entre caducidades por incumplimiento de un plazo y por incumplimiento de una carga u obligación<sup>10</sup>.

15. **Caducidad como efecto resolutorio de una condición.** Los supuestos más significativos de caducidad se presentan en aquellos casos en que el ordenamiento o

---

<sup>6</sup> Una definición genérica en este sentido: “La caducidad designa un fenómeno jurídico autónomo e irreversible que priva de efecto de pleno derecho y para el futuro la norma de un acto válidamente formado. Es provocada por el acaecimiento de un evento jurídico o fáctico, necesariamente posterior a la confección del acto, imprevisto o regulado, pero independiente de la voluntad de la autoridad”. Geraldine Chavrier, *La caducité des actes juridiques en droit public français*, tesis París, 1997, cit. por Florence Crouzatier-Durand, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, París, L'Harmattan, 2003, p. 128.

<sup>7</sup> “El cambio en las circunstancias de un acto administrativo individual carece de influencia directa sobre su validez”, afirmaba Eduardo Soto en “El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés”, *Revista de Administración Pública* 64 (1971): 53 y ss.

<sup>8</sup> Crouzatier-Durand, *op.cit.*, p. 130 y s.

<sup>9</sup> Crouzatier-Durand, *op.cit.*, p. 128 y s.

<sup>10</sup> Juan Carlos Flores, “La caducidad de los actos administrativos”, *Revista de derecho de Valdivia*, N°30-2, 2017, p. 232 y ss.

el propio acto administrativo prevén su terminación en caso de incumplirse una obligación o carga. Esa obligación o carga puede establecerse en el mismo acto administrativo, como una cláusula accesorias, o bien venir predeterminada por el ordenamiento, sin que su eficacia esté supeditada a su inserción en el acto<sup>11</sup>.

En estos casos, la caducidad se explica técnicamente como una extinción de la eficacia del acto<sup>12</sup> provocada por el cumplimiento de una condición resolutoria<sup>13</sup>, cuyo contenido corresponde a las obligaciones o cargas en cuestión<sup>14</sup>.

Esta modalidad de caducidad es corriente tratándose de actos administrativos que envuelven un status jurídico globalmente favorable, pero que van acompañados de condiciones u obligaciones a las que su eficacia queda supeditada. Es el caso de múltiples autorizaciones o concesiones, que presentan similitudes con la situación que aquí se analiza.

16. **Fluctuaciones terminológicas.** La caducidad por incumplimiento de obligaciones de reconocida bajo diversas denominaciones, tales como revocación-sanción o cancelación<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> La materia ha sido analizada con detalle por el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Francisco Velasco Caballero, en su tesis doctoral, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996. La tesis postula que el derecho administrativo sigue en esta materia las orientaciones generales del derecho civil. La incorporación de estas cláusulas no es problemática en actos dictados en aplicación de potestades discrecionales; en cambio, tratándose de actos reglados se requiere habilitación normativa expresa.

<sup>12</sup> Es discutido que la operatividad de la extinción sea automática. Si bien varios admiten que la caducidad importa de pleno derecho la cesación de eficacia del acto, la desaparición del acto requeriría una decisión administrativa expresa. V. Crouzatier-Durand, *op.cit.*, p. 117 y s.

<sup>13</sup> Velasco, *op.cit.*, p. 87: "¿Qué es esta extinción? Para la condición resolutoria civil los arts. 1113, 1114 y 1123 [del Código Civil español] dicen que es 'resolución'. SÁNCHEZ ROMÁN decía, de acuerdo con la jurisprudencia civil anterior al C.c, que el cumplimiento de la condición resolutoria suponía 'caducidad'. También la legislación administrativa se refiere a 'caducidad'".

<sup>14</sup> A pesar de las fluctuaciones terminológicas de la caducidad, "tanto la legislación [...] como la jurisprudencia van reduciendo el concepto de caducidad a la extinción por incumplimiento de condiciones esenciales por el destinatario del acto", señala Velasco, *ibidem*.

<sup>15</sup> Juan Carlos Morón, "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica", *Derecho PUCP*, N°67, 2011, p. 419 y s.

Es particularmente digna de notar la confusión de la caducidad con una “revocación-sanción”<sup>16</sup>. A pesar de la difusión de estas ideas, conviene despejar desde un principio que la caducidad no es una revocación ni una sanción.

Ante todo, la doctrina entiende por revocación la extinción de un acto administrativo por decisión de la administración motivada en razones de mérito o conveniencia. En cambio, la caducidad tiene por motivo específico un incumplimiento de obligaciones o cargas imputable a su destinatario. Como se afirma en un estudio monográfico sobre la revocación, la caducidad:

*“no es un verdadero supuesto de revocación. En efecto, si el titular de la licencia incumple alguna o todas de las condiciones dispuestas en ese acto administrativo declarativo de derechos, no hay ni puede haber realmente, a nuestro juicio, un supuesto de revocación, porque aquí no opera única y exclusivamente la voluntad de la Administración que, por puras razones de oportunidad o conveniencia, acuerda revocar la licencia para dar satisfacción a las exigencias del interés público. Nada más lejos de la realidad. Más bien ocurre que la decisión de resolver y ‘dejar sin efecto’ la licencia viene motivada por un comportamiento previo e irregular del titular de la licencia quien, ante la inobservancia del condicionado de su título autorizador, activa y desencadena la posterior reacción administrativa”<sup>17</sup>.*

---

<sup>16</sup> La confusión conceptual se aprecia incluso en un texto científico como el del profesor Gallego Anabitarte, que aparentemente busca despejar la ambigüedad sobre la materia. Ahí se indica: “La revocación se produce en caso de alteración de circunstancias, adopción de nuevos criterios, por incumplimiento de las condiciones esenciales o modos incluidos en el acto administrativo, así como en los casos en que se aplique una cláusula de eliminación o extinción del acto, según lo estime conveniente la Administración, de acuerdo con el interés público del momento. Se incluyen, por tanto, según este planteamiento, en la revocación, supuestos que tradicionalmente se ubican en el concepto de caducidad (incumplimiento de las condiciones). En estos casos, existe un margen de decisión o apreciación de la Administración para determinar que concurren las circunstancias que justifican la eliminación del acto”. Alfredo Gallego et al., *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 300.

<sup>17</sup> Antonio Fortes, “Estudio sobre la revocación de los actos administrativos”, *Revista de derecho de Valdivia*, N° 19-1, 2006, p. 149 y s.

Por otra parte, la caducidad tampoco comparte los rasgos propios de una sanción. Aunque inequívocamente importa una decisión gravosa para los intereses del beneficiario del acto, no tiene por causa –o no exclusivamente– el incumplimiento de deberes generales, sino de obligaciones que precisamente condicionan la permanencia de ese título. Como afirma Alejandro Huergo,

*“Como regla general, es claro que la revocación por incumplimiento no es una sanción. Al contrario: se trata de la respuesta prevista por la norma correspondiente al hecho de que, como consecuencia del incumplimiento por el particular de las obligaciones que ha asumido al recibir el acto favorable, éste ya no puede cumplir su finalidad, al haberse desviado de lo previsto cuando fue dictado”<sup>18</sup>.*

17. **Cautelas procedimentales de la caducidad.** El carácter no sancionatorio de la caducidad no implica, desde luego, la inexistencia de cautelas procedimentales para su adopción. Como una exigencia transversal de las decisiones administrativas, y en particular de los actos de gravamen, la caducidad debe observar estándares procedimentales y sustantivos que permitan el adecuado resguardo del interés privado envuelto. Así, se ha dicho que la caducidad debe conducirse mediante un procedimiento administrativo destinado al efecto, y observar estándares de proporcionalidad que atiendan a la gravedad del incumplimiento<sup>19</sup>.

## **B. La caducidad en materia de contratos administrativos**

18. **Equivocidad de la noción de caducidad en materia contractual.** El término “caducidad” también presenta equivocidad en el terreno de los contratos administrativos.

---

<sup>18</sup> Huergo, *Sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, p. 350.

<sup>19</sup> Flores, *op.cit.*, p. 243: “A nuestro entender, la necesidad de declarar la caducidad y de iniciar un procedimiento administrativo que conduzca [sic] a ello, se extiende como garantía adjetiva propia del debido procedimiento administrativo racional y justo...”.

Entendida como pérdida de eficacia del contrato por desaparición sobreviniente de uno de sus elementos constitutivos, la caducidad puede ocupar un lugar al interior de la teoría general del contrato administrativo. En determinados casos de ejecución imposible de las obligaciones contractuales, la doctrina comparada habla de *caducidad*<sup>20</sup> en términos análogos a los que corresponden a la caducidad de los actos administrativos unilaterales por cambio de circunstancias.

Sin embargo, la materia sobre la que recae este informe se vincula mejor a otro tipo de caducidad, que opera típicamente como modo de terminación de contratos administrativos de larga duración, como las concesiones de servicio público.

19. **La caducidad como modalidad de terminación del contrato.** Por lo general, la literatura científica concibe que el contrato administrativo puede terminar<sup>21</sup> anticipadamente por decisión de la administración, ya sea por motivos de interés general<sup>22</sup>, ya sea por incumplimientos contractuales imputables al deudor, cocontratante de la administración. En el terreno de la concesión y otros contratos semejantes, la doctrina comparada emplea precisamente el término *caducidad* para referirse al efecto de este tipo de resolución contractual motivada por el incumplimiento del concesionario<sup>23</sup>.

*“En el contrato de gestión de servicios públicos el incumplimiento del contratista responde a un esquema semejante [al de la resolución*

---

<sup>20</sup> Yann Laurans, “La caducité des contrats administratifs”, *Revue française de droit administratif*, 2011, p. 495 y s.

<sup>21</sup> En lo que sigue se abordan sólo las hipótesis de extinción anormal de los contratos administrativos. Normalmente, el contrato termina por su ejecución o por la llegada del plazo previsto al efecto.

<sup>22</sup> Para este supuesto la doctrina reserva la denominación de “rescate” de la concesión. Cf. Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª ed., 2009, p. 125.

<sup>23</sup> En el derecho francés se utiliza la expresión *résiliation* como concepto que engloba diversos tipos de terminación de contratos, desde el mutuo disenso hasta la terminación unilateral. En relación con la materia que aquí se analiza, se ha dicho: “La expresión ‘resiliación por culpa del cocontratante’ puede servir para designar este tipo de sanción indistintamente en todos los contratos. Sin embargo, se habla de ‘caducidad’ [*déchéance*] en contratos tales como la concesión de servicio público, la concesión de obras públicas, el *affermage*, el contrato de empresa de obras públicas, es decir, para contratos de larga duración que implican inversiones importantes por parte del cocontratante para la realización de un servicio público o de una obra pública”. André de Laubadère, Franck Moderne y Pierre Delvolvé, *Traité des Contrats Administratif*, Paris, LGDJ, 1983, 2ª éd., t. II, p. 155.

contractual] y se traduce, cuando tiene el carácter de grave según el pliego, en una declaración de caducidad"<sup>24</sup>.

20. **Marco analítico de la caducidad contractual.** En la tradición francesa, que ha sido prevaleciente en la teoría de los contratos administrativos, este último tipo de caducidad es analizada desde dos perspectivas.

Por una parte, se la incluye en las prerrogativas administrativas de terminación unilateral de los contratos<sup>25</sup>. En esa calidad, presenta vínculos estrechos con otros mecanismos de terminación, como el rescate de la concesión.

Por otra parte, la doctrina analiza la caducidad en relación con las potestades administrativas de sanción contractual. La administración dispone de diversas herramientas tendientes a imponer la observancia de los contratos administrativos frente a incumplimientos de parte de su cocontratante. Estas sanciones contractuales van desde la imposición de penalidades o multas contractuales hasta la aplicación de sanciones coercitivas y, en el extremo, la terminación del contrato.

21. **Excurso sobre las sanciones contractuales.** Conviene aquí tener presente que las sanciones contractuales no forman parte del derecho administrativo sancionador<sup>26</sup>. Ante todo, en cuanto categoría, las sanciones contractuales se presentan como un conjunto heterogéneo de reacciones frente al incumplimiento de obligaciones contractuales, sin que presenten muchos rasgos en común. En seguida, el fundamento normativo de estas sanciones se encuentra, por lo regular, en la propia convención de las partes y sólo mediatamente en el principio de legalidad<sup>27</sup>. Por lo demás, la naturaleza propia de las sanciones contractuales administrativas más

---

<sup>24</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Cizur Menor (Pamplona), Thompson Civitas, 14ª ed., 2008, tomo I, p. 773.

<sup>25</sup> La teoría asume que la administración contratante cuenta, aun en el silencio del contrato, con potestades de terminación unilateral del contrato. Sin embargo, a propósito de la terminación por culpa del cocontratante la regla se invierte en materia de concesiones: la competencia para disponer la caducidad del contrato corresponde al juez, salvo disposición contractual expresa que habilite a la administración. Cf. Laubadère, *Moderne y Delvolvé, op.cit.*, t. II, p. 159.

<sup>26</sup> *Contra*, Claudio Moraga, *Contratación administrativa*, Santiago, Ed. Jurídica, 1ª ed., 2007, p. 236 y s.

<sup>27</sup> Alejandro Huergo, *op.cit.*, p. 286 (respecto de las penalidades) y 331 (respecto de la resolución).

significativas –las penalidades y la resolución contractual– no difiere sustancialmente de sus equivalentes en el derecho privado de los contratos, que es radicalmente ajeno a la idea de *ius puniendi*<sup>28</sup>. En consecuencia, las sanciones contractuales no quedan sujetas a los principios propios del derecho administrativo sancionador<sup>29</sup>, sino a criterios distintos. En el caso de la caducidad de las concesiones, se trata de principios más próximos a la noción civil de resolución contractual.

**22. Requisitos de la caducidad contractual.** Los requisitos de procedencia de la caducidad de las concesiones son, en la experiencia francesa, la constitución en mora y la gravedad de los hechos constitutivos de incumplimiento contractual<sup>30</sup>. El incumplimiento grave es, también en el derecho chileno, necesario para la caducidad de algunos contratos de concesión<sup>31</sup>. Por lo demás, esta última exigencia está en línea con el requisito de gravedad del incumplimiento que habilita a disponer la resolución del contrato, conforme a la teoría general del contrato en derecho privado (v. *infra*, § 36).

**23. Efectos de la caducidad contractual.** Los efectos de la caducidad provocada por el incumplimiento del concesionario corresponden a la terminación del contrato; sin embargo, la suerte del servicio público de que se trate depende de las previsiones específicas de cada ordenamiento. En el derecho español, “La declaración de caducidad determina el cese del contratista en la gestión del servicio y la incautación por la Administración de los bienes afectos al mismo previo abono de su importe, que ha de fijarse en función del estado en que se encuentran y del tiempo que reste

---

<sup>28</sup> “Hasta el momento, que se sepa, los particulares no pueden imponerse sanciones administrativas unos a otros”, añade Huergo, *op.cit.*, p. 291.

<sup>29</sup> En el caso *Transelec c/ Ministerio de Energía y CDEC-SIC* la empresa reclamaba que una solicitud pago por parte del Ministerio de Energía, a consecuencia del atraso de Transelec en la ejecución de obras de infraestructura, constituía una sanción impuesta sin respetar las garantías del derecho administrativo sancionador. Al respecto la Corte Suprema sostuvo: “De la transcripción de los párrafos principales de la carta resulta imperioso concluir que el supuesto “castigo” que se habría impuesto a la recurrente no es una sanción administrativa, sino una cláusula penal moratoria que se contiene en la Cláusula 12.2 de las Bases de Licitación pactadas entre las partes, vale decir, una multa legítimamente cobrada en virtud de una infracción contractual” (c. 6<sup>o</sup>). Corte Suprema, 3 de mayo 2017, Rol 100.810-2016

<sup>30</sup> Laubadère, *Moderne y Delvolvé, op.cit.*, t. II, p. 156 y s.

<sup>31</sup> V., p. ej., Ley de concesiones de obras públicas, según texto refundido por DS 900, del Min. Obras Públicas, de 1996, art. 27 N<sup>o</sup>3: “La concesión se extinguirá por las siguientes causales: 3.- Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario”.

para la reversión”<sup>32</sup>. En el derecho francés, por su parte, la consecuencia directa de la caducidad es la celebración de un nuevo contrato, a expensas del antiguo concesionario culpable, quien soportará incluso el eventual sobrecosto del nuevo contrato con respecto al antiguo, sin perjuicio de eventuales indemnizaciones o pagos pendientes<sup>33</sup>. En buenas cuentas, a la caducidad de la concesión sucede la transferencia de la gestión del servicio público a un nuevo concesionario; esta operación importa transferencia de activos patrimoniales, así como una subrogación más o menos acabada en las obligaciones y contratos relativos a la concesión.

### C. La caducidad de la concesión de servicios sanitarios

24. **Regulación de la caducidad de la concesión sanitaria.** Los textos legales vigentes regulan la caducidad de la concesión de servicios sanitarios distinguiendo dos tipos de situaciones: si se encuentra o no en explotación, es decir, si están o no propiamente en funciones. El segundo caso tiene consecuencias jurídicas más sencillas, porque el servicio público sanitario no ha comenzado a prestarse, de modo que la caducidad sólo importa un restablecimiento patrimonial<sup>34</sup>. En cambio, cuando la concesión está operativa la autoridad debe velar por la continuidad del servicio público, lo que introduce de facto una complejidad mayor. Este último es precisamente el caso de la concesión de Essal sobre el área de la concesión de Osorno.

La materia está regulada en el artículo 26 de la LGSS, que dispone:

*Artículo 26°. El Presidente de la República, en base a un informe técnico elaborado por la entidad normativa, podrá declarar caducadas las concesiones que se encuentren en explotación:*

---

<sup>32</sup> García de Enterría y Fernández, *op.cit.*, tomo I, p. 773.

<sup>33</sup> Gilles Guglielmi y Geneviève Koubi, *Droit du service public*, París, Montchrestien, 2ª ed., 2007, p. 464.

<sup>34</sup> Estos efectos se prevén en el artículo 25 de la LGSS: “En los casos de caducidad previstos en el artículo anterior, la ex concesionaria podrá levantar y retirar las instalaciones ejecutadas, salvo los aportes de terceros. Cuando estas instalaciones ocupen bienes nacionales de uso público, terrenos fiscales o de particulares, el retiro deberá hacerse dentro del plazo y en las condiciones que fije la entidad normativa”.

*a) si las condiciones del servicio suministrado no corresponde a las exigencias establecidas en la ley o en sus reglamentos, o a las condiciones estipuladas en el decreto de concesión respectivo;*

*b) si la concesionaria no cumple el programa de desarrollo;*

*c) por incumplimiento del contrato a que se refiere el inciso segundo del artículo 11° y de lo dispuesto en el artículo 32° de la presente ley.*

*Para la calificación de dichas causales, la entidad normativa deberá considerar la gravedad de sus consecuencias y la reiteración de su ocurrencia.*

*Caducada una concesión, la entidad normativa podrá, mediante resolución fundada de carácter técnico, declarar que la falta de ella afecta la prestación integral del servicio en otra, que indicará. En dicho caso, el concesionario tendrá el plazo de treinta días para demostrar técnica y económicamente que puede mantener el servicio. De no poder hacerlo, se aplicará lo dispuesto en la letra a) de este artículo.*

Como se verá en los párrafos que siguen, la regulación de la caducidad presenta caracteres híbridos, que la sitúan a medio camino de la caducidad de autorizaciones y la caducidad de contratos de concesión de servicio público. En algún grado, este carácter híbrido obedece a la naturaleza ambigua de la concesión de servicios sanitarios ante las categorías dogmáticas mejor asentadas en el derecho administrativo.

- 25. Excurso sobre la concesión de servicios sanitarios.** En general, la concesión de servicio público es un contrato administrativo mediante el cual el Estado entrega a una persona externa la gestión, organización y funcionamiento de un servicio público, vale decir, de una actividad o cometido estatal destinado a la satisfacción de necesidades públicas. Mediante esta figura, el concesionario recibe el encargo administrativo y lo ejecuta a su costa y riesgo, y, por dicha labor, se le paga un canon, comúnmente por los usuarios del servicio (a los que se les impone administrativamente esta carga).

La concesión es una técnica de gestión de los asuntos públicos, que ha sobrevivido a las importantes transformaciones del rol económico del Estado experimentadas hacia la década de 1980 y que se tradujeron en la “liberalización” de diversas actividades de servicio público. De aquí que algunos hayan apuntado que esas transformaciones han desvirtuado las premisas del modelo concesional<sup>35</sup>, y propuesto derechamente que el modelo legal obedece más bien a la idea de autorización administrativa<sup>36</sup>.

Con todo, el derecho positivo sigue recurriendo a las nociones de “concesión” y de “servicio público” para referirse a estas materias. En efecto, el modelo legal vigente en mercados regulados constituidos en torno a monopolios naturales, como ocurre con la provisión de servicios sanitarios, sigue estructurándose en torno a una idea de concesión cuyo régimen jurídico replica la disciplina clásica de la concesión de servicio público<sup>37</sup>.

Para los efectos de este informe, y sin efectuar un análisis más profundo acerca de sus características dogmáticas, entiendo que la concesión de servicios sanitarios responde bien a este modelo. Dada su profusa regulación legal, es difícil calificarla propiamente como un contrato; su origen es más bien un acto autoritario, unilateral, aunque necesitado de aceptación. Pero la concesión sanitaria da origen a una relación duradera entre el regulador y el prestador del servicio, que a diferencia de las genuinas concesiones no está sujeta a plazo (por lo que parece responder a la titularidad de un derecho del concesionario). Ahora bien, la regulación de la

---

<sup>35</sup> Así, subrayando el déficit de estatalidad de la actividad concesionada, Alejandro Vergara, “El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional”, en Juan C. Cassagne (ed.), *Servicio público y policía*, Buenos Aires, El Derecho, 2006, p. 41 s., especialmente p. 52.

<sup>36</sup> Con respecto a las concesiones de distribución de energía eléctrica, se ha afirmado que “no son propiamente concesiones de servicio público, aunque en sus disposiciones [los textos legales] empleen esta expresión”. Al contrario, se trataría de “autorizaciones”. Eduardo Soto K., “La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en derecho chileno”, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 477.

<sup>37</sup> Para el derecho español, la similitud de régimen entre concesiones en sentido estricto y autorizaciones sujetas a regulaciones de servicios públicos, no obstante sus diferencias conceptuales, ha sido puesta en evidencia por Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico*, Granada, Comares, 3ª ed., 2004, p. 555 s.

caducidad muestra precisamente el carácter híbrido del sistema: aunque el concesionario sea titular de su concesión, puede llegar a perderla si incumple las obligaciones más relevantes a que está sujeto. Ciertamente con la caducidad el Estado no recupera para sí el servicio público concedido<sup>38</sup> pero esta figura revela que el concesionario ejerce su actividad únicamente en vistas de la satisfacción de necesidades ajenas, por decisión de la autoridad y bajo su control.

26. **Carácter híbrido de la caducidad.** En razón de la naturaleza ambivalente de la concesión de servicios sanitarios, la caducidad de la misma presenta rasgos híbridos. Desde la perspectiva de su procedencia, tanto la caducidad de actos administrativos autorizatorios como la de contratos administrativos operan en condiciones similares: como efecto resolutorio o extintivo provocado por el incumplimiento de obligaciones o cargas. En este sentido, la caducidad de la concesión de servicios sanitarios no presenta rasgos singulares. Sin embargo, desde la perspectiva de los efectos, sus consecuencias recuerdan de manera patente a aquellas que conlleva la caducidad de contratos en la experiencia europea: tras un periodo de administración provisional (similar al *secuestro* del derecho comparado) el servicio público sanitario ha de ser encomendado de nuevo a un gestor privado por medio de una concesión.
27. **Sobre el pretendido carácter sancionatorio de la caducidad de la concesión sanitaria.** Como se ha visto, la doctrina discute acerca de la naturaleza jurídica de la caducidad en tanto actuación administrativa. Una opinión relativamente bien difundida afirma que se trata de una sanción administrativa.

Según se ha mencionado más arriba, ni la caducidad de actos autorizatorios (*supra*, § 16) ni la de contratos (*supra*, § 21) puede calificarse como sanción administrativa. La caducidad de contratos presenta rasgos propios de la resolución del contrato, adaptada a las singularidades de la relación. Por su parte, la caducidad de autorizaciones es usualmente una medida motivada en el incumplimiento de las condiciones u obligaciones asociadas a su eficacia.

---

<sup>38</sup> Es sabido que con la liberalización de los años 1980 el Estado dejó de participar como prestador en la actividad sanitaria; cf. María Angélica Alegría y Eugenio Celedón, "Historia del sector sanitario chileno: De la gestión estatal hasta el proceso de privatización", *Documento de programa del Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social*, 2006, p. 6 y s.

Algo similar puede decirse de la caducidad de la concesión sanitaria. En cuanto la concesión se justifica como modalidad de ejercicio de una actividad de interés general en beneficio del público, está expuesta a caducar cuando concurren circunstancias que revelen que el concesionario ha dejado de satisfacer de modo idóneo esas necesidades. La caducidad es un medio a disposición de la autoridad para velar por la buena satisfacción de las necesidades públicas en materia sanitaria, que en casos extremos permite poner término a una gestión deficiente del servicio por parte del concesionario. Según se analiza en el capítulo siguiente, las causas que justifican la caducidad corresponden precisamente a hipótesis en que la viabilidad del servicio público sanitario está amenazada por la gestión del concesionario. La medida no tiene por finalidad reprimir o disuadir al concesionario, sino más bien velar por la adecuada prestación del servicio público; por eso, no es una sanción sino una medida de gestión del servicio público.

Esta perspectiva de análisis reafirma la impertinencia conceptual de la calificación de la caducidad como sanción. En efecto, una sanción administrativa es, según un entendimiento doctrinal ampliamente difundido, una medida gravosa dirigida contra un administrado en razón de una infracción a deberes normativos, y adoptada con finalidad exclusivamente represiva<sup>39</sup>. Sin embargo, la caducidad de la concesión de servicios sanitarios, aunque motivada en incumplimientos graves a las obligaciones del concesionario, tiene por finalidad primordial la satisfacción de las necesidades de servicio público a que atiende la concesión. Sin duda importa una privación de derechos, pero los efectos de la concesión se despliegan en otra dirección, en tanto conducen necesariamente a un cambio de gestión del servicio sanitario (mediante un administrador provisional y a la larga un nuevo concesionario). Desde la perspectiva del elemento finalista, la caducidad de la concesión sanitaria no reúne las características propias de una sanción administrativa.

---

<sup>39</sup> La finalidad y el contenido punitivos o represores es el rasgo distintivo de las sanciones administrativas frente a otras medidas gravosas originadas en la comisión de ilegalidades. Al respecto, v. ampliamente, A. Huergo, *op.cit.*, p. 225 y s.

A las consideraciones anteriores se suman razones puntuales de técnica legal. La caducidad no está contemplada entre las sanciones administrativas previstas por la legislación sectorial (Ley de la SISS, arts. 11 y ss.), sino que en una regulación autónoma. La caducidad no es impuesta por el regulador, que es la autoridad habilitada para imponer sanciones administrativas, sino por el Presidente de la República, lo que da cuenta del significado políticamente mayor que entraña la medida. En fin, la caducidad se dispone en procedimiento administrativo distinto al que rige las sanciones administrativas sectoriales. Por cierto, esta última observación no implica desconocer que el procedimiento de caducidad deba cumplir elevados estándares procedimentales de contradictoriedad e impugnabilidad, como se verá (*infra*, §§ 39 y ss.).

28. **Irrelevancia de la discusión sobre el carácter sancionatorio de la caducidad.** Según lo expuesto, conceptualmente la caducidad de la concesión de servicios sanitarios no es una sanción administrativa. Esta conclusión permite descartar la aplicación del estatuto de las sanciones administrativas al procedimiento de caducidad actualmente en curso. En el estado actual, es un lugar común sostener que las sanciones administrativas se sujetan a un régimen jurídico inspirado en los principios y reglas que encierran el ejercicio de la potestad punitiva del Estado<sup>40</sup>.

Con todo, aun cuando se estimara lo contrario, considerar a la caducidad de la concesión sanitaria como una sanción no tiene efectos prácticos en los aspectos más significativos. El estatuto legal de la caducidad satisface ampliamente las exigencias que derivarían de su pretendida naturaleza sancionatoria. La detallada regulación legal de la caducidad y de las circunstancias que la hacen procedente permite dar por cumplidas las exigencias de legalidad y tipicidad propias de las sanciones. En seguida, las circunstancias que hacen procedente la caducidad (analizadas en el capítulo siguiente) consisten siempre en conductas imputables al concesionario, que, por consiguiente, cumplen con la exigencia de culpabilidad necesaria para la imposición de sanciones. Las garantías procedimentales que preceden a su adopción

---

<sup>40</sup> La doctrina nacional se orienta mayoritariamente en este sentido, respaldada en una nutrida jurisprudencia constitucional y judicial. V. por todos, Eduardo Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador*, Santiago, Legal Publishing, 2014. No viene al caso controvertir aquí esos postulados, que son en sí mismos discutibles, en cuanto no se sustentan en instituciones legales específicas, sino en una teoría construida *praeter legem*.

satisfacen, además, las exigencias aplicables a una medida sancionatoria (v. *infra*, § 41). El principio de proporcionalidad, por último, es de aplicación transversal al derecho público, y no puede entenderse exclusivamente circunscrito a la materia punitiva.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación concurrente de la caducidad y de genuinas sanciones administrativas (como multas), que sería contraria al principio *ne bis in idem*, está expresamente permitida por la ley. La ley prevé en términos explícitos que la aplicación de las sanciones administrativas de multa por infracciones a la normativa sanitaria procede “sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales o reglamentarios” (Ley de la SISS, art. 11); una regla similar contiene el Reglamento, en cuanto prevé que el informe de caducidad que elabore la SISS “considerará la gravedad de las situaciones de incumplimiento y la reiteración de su ocurrencia, sin perjuicio de las multas anteriores de que hubiese sido objeto la concesionaria afectada” (Reglamento, art. 64, inc. 2). Estas normas están vigentes y, por eso, deben ser aplicadas; en tal sentido, la Contraloría General de la República ha sostenido que el principio *non bis in idem* rige en ausencia de texto expreso que lo descarte<sup>41</sup>. En un caso como este, en que la caducidad está precisamente contemplada como consecuencia de infracciones a los deberes del concesionario, siempre podría plantearse una colisión entre esta medida y una sanción administrativa ordinaria; en tal contexto, la invocación del principio *ne bis in idem* genera el riesgo de tornar letra muerta una de las instituciones con mayor arraigo en el marco normativo aplicable a la concesión sanitaria.

Aunque esta última constatación refuerza la idea de que la caducidad no puede ser considerada como sanción administrativa, hay que tener presente que aun considerándola como tal encontraría justificación. En efecto, se entiende que el principio *ne bis in idem* impide una doble punición o la persecución de infracciones cuando entre ambas concurre identidad de sujetos, de hecho y de fundamentos

---

<sup>41</sup> Contraloría ha admitido que “en aquellos casos en que no existe un texto legal claro e inequívoco, resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes de otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente, tal como ocurre en materia sancionatoria en cuanto a la irretroactividad de las normas, al principio ‘non bis in idem’ y al principio ‘pro reo’, entre otros”. Dictamen 28.226 de 2007, con referencia al Dictamen 14.571 de 2005.

jurídicos<sup>42</sup>. Pero en el caso ocurre que el fundamento jurídico de la caducidad no puede confundirse con el que justifica sanciones corrientes de multa, pues más que la obediencia del marco normativo aplicable a la actividad sanitaria importa –según se advierte del análisis de las causales de caducidad que se aborda en el capítulo siguiente– la idoneidad del prestador para asegurar el servicio público sanitario.

Por último, adviértase que en derecho comparado se admiten excepciones al principio *ne bis in idem* tratándose de “sanciones” aplicables en ámbitos de relaciones de sujeción especial, esto es, aquellas que vinculan de modo singularmente intenso a la administración con un administrado, como ocurre en el ámbito de la función pública y de la gestión de servicios públicos<sup>43</sup>.

### III. Causales justificativas de la caducidad

29. **La disposición legal.** Según se ha reseñado más arriba, el artículo 26 de la LGSS prevé en los siguientes términos las circunstancias que justifican la declaración de caducidad de la concesión sanitaria en explotación. Estas causales son:

*“a) si las condiciones del servicio suministrado no corresponde a las exigencias establecidas en la ley o en sus reglamentos, o a las condiciones estipuladas en el decreto de concesión respectivo;*

*b) si la concesionaria no cumple el programa de desarrollo;*

*c) por incumplimiento del contrato a que se refiere el inciso segundo del artículo 11° y de lo dispuesto en el artículo 32° de la presente ley”.*

---

<sup>42</sup> Para una afirmación reciente del requisito de esta triple identidad en la aplicación del principio *ne bis in idem* en el derecho administrativo sancionador, Corte Suprema, 25 de mayo de 2015, Rol 1823-2015, *Instituto de Educación Rural con Superintendencia de Educación*.

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, hablando precisamente de las sanciones rescisorias, García de Enterría y Fernández señalan: “Estas sanciones, lo mismo que las disciplinarias, no están afectadas por la prohibición de acumulación con las penales según el principio *non bis in idem*”: *Curso de derecho administrativo*, t. II, Cizur Menor (Pamplona), Thompson Civitas, 11ª ed., 2008, p. 173. Cf., más ampliamente, Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Ed. Tecnos, 1993, p. 379 y s.

La determinación de las circunstancias que justifican la declaración de caducidad depende de dos series de condiciones: una que podría considerarse la concurrencia fáctica de las circunstancias, y otra que corresponde a su calificación jurídica. Ambas condiciones se analizarán por separado en lo que sigue.

30. **Las circunstancias de hecho que justifican la caducidad.** Literalmente, las circunstancias (o causales, en la terminología corriente) que pueden motivar legítimamente la declaración de caducidad son de cuatro tipos: (i) incumplimiento objetivo de las condiciones legales en que debe prestarse el servicio concesionado; (ii) incumplimiento del programa de desarrollo; (iii) incumplimiento del contrato de recaudación que se hubiere convenido entre la concesionaria de distribución de agua potable y otras concesionarias, para brindar integralmente el servicio sanitario, y (iv) transferencia no autorizada del dominio o del derecho de explotación de una concesión.

Los dos primeros motivos de caducidad corresponden al incumplimiento de las obligaciones más básicas del concesionario de servicios sanitarios. Ante todo, el deber de prestar el servicio concedido en las condiciones legales y reglamentarias que lo rigen, es el objeto final de la concesión; la fuente legal de estas obligaciones reside en los artículos 34 y 35 de la LGSS, relativos a la continuidad y a la calidad del servicio concesionado. En seguida, la obligación de ejecutar un programa de desarrollo corresponde a una obligación de inversión, que se actualiza periódicamente, con el fin de adaptar la infraestructura a las necesidades del público comprendido en el área de la concesión<sup>44</sup>. La inejecución del programa de desarrollo pone en riesgo la capacidad de respuesta del concesionario a la evolución de las necesidades a que debe atender.

Cuando el concesionario de distribución de agua potable no desempeña por sí mismo los demás rubros del servicio sanitario, la ley le exige “cobrar y a recaudar de los usuarios, el valor de las prestaciones correspondientes a los servicios públicos de producción de agua potable, de recolección de aguas servidas y de disposición

---

<sup>44</sup> Definición Art. 53 k) LGSS “Programa de desarrollo: es el programa de inversiones para un horizonte de tiempo dado, cuyo objeto es permitir al prestador reponer, extender y ampliar sus instalaciones, a fin de responder a los requerimientos de la demanda del servicio”.

de aguas servidas”, conforme a los términos que conviniere con los demás concesionarios. Es común que un mismo prestatario asuma los cuatro ámbitos del servicio sanitario, pero puede no ser así. En este caso, las relaciones comerciales con los usuarios del servicio se canalizan por medio del distribuidor de agua potable, quien se encarga de la totalidad de los cobros y su repartición entre los demás. Si no honrare los términos convenidos con esos otros concesionarios, podría poner en riesgo la continuidad de los demás servicios. Por eso, esta infracción es suficientemente importante para acarrear la caducidad de la concesión.

La última de estas circunstancias es la más sencilla de todas. Los concesionarios de servicios sanitarios pueden transferir sus concesiones a terceros o incluso cederles el derecho a explotarlas (pero sin desprenderse de su titularidad), a condición de ser aprobado previamente por la SISS. En este aspecto la concesión de servicios sanitarios presenta un rasgo común al contrato de concesión de servicios públicos, que la doctrina explica como un carácter *intuitu personae*<sup>45</sup>; siendo la concesión una modalidad de delegación de misiones de servicio público, corresponde siempre al concedente o delegante apreciar si el prestatario del servicio satisface las exigencias legales para hacerlo. Independientemente de su eficacia, la falta de aprobación administrativa del acto de transferencia o de cesión del derecho de explotación de la concesión, es un comportamiento de gravedad suficiente para justificar la caducidad.

31. **Rasgos comunes de las causales.** Atendida su heterogeneidad, es difícil extraer rasgos comunes a las cuatro hipótesis de caducidad definidas por la ley. Con todo, cabe observar que al menos tres de estas circunstancias tienen correlato en el derecho de los contratos administrativos (en el cual pueden ser entendidas como incumplimientos de obligaciones contractuales): los incumplimientos a las obligaciones esenciales y a la obligación de ejecución personal de la concesión. Cabe insistir aquí en que la perspectiva obligacional no es privativa de un entendimiento contractual de la concesión; también las teorías que la conciben como un acto administrativo unilateral asumen que la concesión entraña obligaciones para el concesionario (*supra*, § 15).

---

<sup>45</sup> Moraga, *op.cit.*, p. 92.

Esta explicación no alcanza a la causal de amenaza a la cadena de pagos al interior del sistema sanitario. Aquí no está en juego la relación entre el concesionario y el regulador, sino otras relaciones, entre los distintos concesionarios que participan en una misma zona de concesión. Con todo, el incumplimiento de los contratos de recaudación y pago de las respectivas tarifas es susceptible de poner en riesgo la viabilidad financiera del servicio sanitario en su conjunto. Una preocupación similar se desprende de las reglas sobre continuidad de la concesión en tanto unidad económica, que se refieren a la conservación de los contratos suscritos por el concesionario caducado (art. 27 bis), y sobre distribución del producto de la relicitación de la concesión (art. 30); las reglas respectivas sugieren que la caducidad puede estar motivada por malos negocios o una situación financiera frágil del concesionario, que también amenace su viabilidad económica.

Finalmente, el aspecto común más evidente a todas estas causales de caducidad consiste en su gravedad intrínseca.

32. **El caso de la interrupción del suministro.** La interrupción del suministro es un caso típico de incumplimiento a las obligaciones derivadas de la concesión. En la medida que esta se entiende como un medio de ejecución de funciones de servicio público, está sujeta a los imperativos clásicos que caracterizan a la actividad de servicio público (también llamados “leyes del servicio público”). Entre los más relevantes de ellos se comprende la exigencia de continuidad<sup>46</sup>, de la que la interrupción del servicio constituye una violación flagrante.

Por eso, en el derecho comparado la interrupción prolongada del servicio constituye, por lo común, una causa justificante de la caducidad del contrato de concesión de servicio público<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, París, LGDJ, 16<sup>a</sup> ed., 2001, p. 737 y s.

<sup>47</sup> “La interrupción prolongada o definitiva del servicio es susceptible de justificar la caducidad pura y simple del concesionario” afirma Stéphane Duroy, *La distribution d’eau potable en France: Contribution à l’étude d’un service public local*, París, LGDJ, 1998, p. 191.

Así ha sido reconocida, por lo demás, por instrumentos contractuales de amplia aplicación en el campo de la distribución de agua potable en Francia<sup>48</sup>.

**33. Calificación jurídica de las circunstancias por la autoridad.** El artículo 26 de la LGSS prevé:

*“Para la calificación de dichas causales, la entidad normativa deberá considerar la gravedad de sus consecuencias y la reiteración de su ocurrencia” (inc. 2).*

En buenas cuentas, al tiempo de calificar las causales de caducidad, la autoridad administrativa ha de *considerar* su concurrencia atendiendo a sus efectos y a las circunstancias de su ocurrencia. El tenor de la regla despierta dos preguntas de carácter interpretativo.

Ante todo, la ley enuncia como dos series de factores a considerar, la gravedad de las consecuencias de los hechos que motivan la caducidad, así como la reiteración de su ocurrencia. Surge la cuestión acerca de carácter copulativo o alternativo de estos elementos.

---

<sup>48</sup> El artículo 48 del Cahier des charges type pour l'exploitation par affermage d'un service de distribution publique d'eau potable (Bases administrativas tipo para la explotación en affermage del servicio de distribución pública del agua potable), aprobado por Decreto de 17 de marzo de 1980, publicado en el Diario Oficial de la República Francesa de 20 de marzo de 1980, dispone: “En cas de faute d'une particulière gravité, notamment si le fermier n'a pas mis la distribution en service dans les conditions fixées par le cahier des charges, ou encore en cas d'interruption totale prolongée du service, la collectivité pourra prononcer elle-même la déchéance du fermier”./ “En caso de culpa de particular gravedad, especialmente si el concesionario (fermier) no ha puesto la distribución del servicio en las condiciones definidas por las bases de licitación, o incluso en caso de interrupción total prolongada del servicio, el organismo concedente podrá pronunciar por sí mismo la caducidad del concesionario”. Téngase presente que el criterio no cambia sustancialmente en la propuesta de cambio de esta regla, formulada por cuenta de la Asociación de alcaldes de Francia: “En caso de culpa del concesionario (fermier) de una particular gravedad, el organismo concedente puede, después de haber demostrado la culpa, pronunciar por sí mismo la terminación del contrato, especialmente en los casos siguientes...: si la distribución del agua potable es totalmente interrumpida durante un periodo prolongado”. François Llorens y Pierre Soler-Couteaux, *Guide de l'affermage su service de distribution d'eau potable*, París, Association des Maires de France, 2001, p. 104, traducción libre. Los autores son dos reconocidos profesores de derecho administrativo.

Más aun, también cabe cuestionar si esos factores son auténticos requisitos de la caducidad. En parte, esta cuestión depende de la operación confiada a la administración, descrita por la ley con una expresión relativamente ambigua: ordenar a la SISS “considerar” determinadas circunstancias no es lo mismo que disponer su observancia como si se tratara de requisitos.

Para interpretar esta regla, hay que tomar en cuenta algunos argumentos adicionales, como los que se indican a continuación. El valor de la reiteración de incumplimientos es, en mi opinión, ilustrativo de la gravedad de un incumplimiento de deberes, pero por sí solo no es una condición indispensable para determinar la gravedad (*infra*, § 34). La cuestión central que debe ponderar la autoridad en este plano es la gravedad del incumplimiento, la que es una condición usualmente requerida en la caducidad de otros títulos concesionales (*infra*, § 35) y es consistente con un requisito análogo de gravedad o esencialidad de las infracciones contractuales en el ámbito de la resolución contractual (*infra*, § 36).

34. **La reiteración no es indispensable para la procedencia de la caducidad.** En general, comportamientos que individualmente considerados puedan parecer triviales adquieren una trascendencia mayor cuando se repiten. La repetición o acumulación de errores o comportamientos contrarios a estándares normativos exigibles da cuenta de un abandono de los deberes que han de observarse en determinado ámbito de materias. Por eso, la reiteración de este tipo de conductas puede mirarse como la señal de un disfuncionamiento mayor<sup>49</sup>.

Ahora bien, por relevante que sea el criterio de la reiteración, un solo evento a puede ser suficiente para revelar un grave apartamiento de estándares normativos u obligaciones que entraña un determinado status. En el campo de la concesión sanitaria, un único evento de incumplimiento del programa de desarrollo puede dejar al descubierto la incapacidad del concesionario para satisfacer en el mediano plazo el incremento de la demanda esperada. Ante la gravedad intrínseca de

---

<sup>49</sup> Esto es lo que justifica que, en el campo de la responsabilidad del Estado en el derecho francés, se recurra a los criterios de acumulación o reiteración de defectos como señal indicativa de una culpa grave. V. Michel Paillet, *La faute du service public*, París, LGDJ, 1980, p. 355.

determinados incumplimientos, la caducidad no debería ser postergada por falta de reiteración.

A lo anterior cabe agregar que, en términos normativos textuales, algunas de las causas de caducidad no admiten reiteración. Es lo que ocurre específicamente con la causal de transferencia de la concesión sin aprobación previa de la SISS: por definición misma, con la transferencia el concesionario pierde su calidad de tal y deja de poder transferirla nuevamente. En este caso, la reiteración del incumplimiento no puede operar como requisito de la caducidad.

Por todas estas razones, cabe entender que en cuanto apela a la reiteración, la regla se limita a indicar criterios para que la autoridad discierna un incumplimiento de gravedad suficiente para justificar la caducidad.

En todo caso, en el asunto en informe concurren al menos dos circunstancias fácticas que permiten dar por cumplido el supuesto de reiteración. Una interrupción suficientemente extendida del suministro, como ocurrió en el caso, debe tenerse por equivalente a la agregación de una multitud de eventos interruptivos; carece de sentido entender que una interrupción prolongada es menos grave que varias interrupciones breves. Por lo demás, el caso registra dos grandes interrupciones, suscitadas en causas distintas, lo cual es suficiente para tener por acreditada una reiteración.

35. **El incumplimiento grave como causal de caducidad de otras concesiones.** Una técnica semejante a la que emplea la LGSS se sigue en materia de concesiones eléctricas. Mientras la caducidad de las concesiones procede frente a circunstancias específicas, la gravedad de los hechos se erige en un requisito transversal a ellas. “Para los efectos de determinar la procedencia de declarar la caducidad de la concesión por deficiente calidad de servicio, se considerarán la cantidad y gravedad de las sanciones impuestas por la Superintendencia, el área de servicio, el número de clientes, la ubicación de las instalaciones y otras circunstancias relevantes” (Decreto Supremo 327, del Min. Minería, de 1997, que fija reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, art. 325).

La gravedad opera también como una condición sustantiva de los motivos que justifican la caducidad de concesiones marítimas. De este modo, aun concurriendo materialmente circunstancias que justificarían esa medida, “cuando a juicio de la autoridad marítima la infracción no fuere grave, ésta podrá requerir al concesionario, amonestarlo, concederle un plazo de gracia, imponerle multas o disponer las demás medidas que el caso aconsejare a fin de que corrija la infracción, antes de solicitar la declaración de caducidad” (DFL 340 sobre Concesiones marítimas, art. 7, inc. 2).

De modo más explícito, la gravedad del o de los incumplimientos del concesionario está contemplada como causa específica de caducidad de concesiones en varios casos.

En materia de transporte de pasajeros, las concesiones de uso de vías públicas caducan en “casos de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario conforme a los términos previstos en las bases de licitación y en los respectivos contratos” (Ley 18.696, que Establece normas sobre transporte de pasajeros, arts. 3° y 3° *decies*).

El incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario también es causal de terminación de las concesiones portuarias (Decreto Supremo 104, del Min. Transportes y Telecomunicaciones, de 1998, que Establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la ley N° 19.542, art. 24). Más específicamente respecto de la interrupción del suministro, “las bases de licitación establecerán que la no prestación de la totalidad de los servicios comprometidos, durante 48 horas, sin causa justificada, constituye una causal de incumplimiento grave del contrato y acarrea la caducidad de la concesión” (art. 26).

Los casos mejor conocidos conciernen a las concesiones de infraestructura pública. En materia de concesiones de obra pública, “la concesión se extinguirá por las siguientes causales: Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario”

(Decreto Supremo 900, del Min. Obras Públicas, de 1996, Ley de Concesiones de obra pública, art. 27 N° 3). En la variante de esta concesión que corresponde a los contratos de financiamiento urbano compartido, “El contrato de participación se extinguirá por las siguientes causas: Por incumplimiento grave de las obligaciones de las partes” (Ley 19.865, Sobre financiamiento urbano compartido, art. 30, letra c). En ambos casos la declaración de incumplimiento grave se encausa en los mecanismos especiales de solución de controversias previstos en esas reglas (comisiones arbitrales).

Algo similar ocurre, finalmente, en el terreno del gas, tratándose de concesiones que aún no entran en explotación. Las reglas vigentes contemplan la caducidad en caso de incumplimiento grave, conforme a un procedimiento singular. “El Ministerio [de Energía] podrá solicitar a la Corte de Apelaciones respectiva que declare el incumplimiento grave de las obligaciones de una concesión, antes de entrar en explotación, si no se hubieren ejecutado por lo menos los dos tercios de las obras en los plazos establecidos o en las prórrogas de plazo que se otorgaren y no mediare fuerza mayor o caso fortuito. Declarado el incumplimiento grave por la Corte, podrá el Presidente de la República decretar la caducidad de la concesión” (Decreto Supremo 263, del Min. Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1995, que Aprueba reglamento sobre concesiones provisionales y definitivas para la distribución y el transporte de gas, art. 14).

36. **La exigencia de gravedad del incumplimiento en la teoría general del contrato.** Por último, la necesidad de una apreciación circunstanciada de la gravedad del evento que justifica la caducidad guarda estrecha conexión con la exigencia de “gravedad” o “esencialidad” del incumplimiento contractual en el ámbito de la resolución del contrato. Conforme a la teoría clásica, en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria consistente en no ejecutarse las obligaciones por una de las partes: la inejecución de las obligaciones de una de las partes es susceptible de provocar la resolución del contrato (Código Civil, art. 1489). Sin embargo, un entendimiento literal de esa regla puede conducir a situaciones inicuas, en que incumplimientos de obligaciones secundarias o accesorias pongan en riesgo la

sobrevivencia del contrato<sup>50</sup>. La mejor doctrina propone una lectura sustantivamente más densa del requisito de inejecución del contrato, que puede resumirse en una exigencia de gravedad o esencialidad del incumplimiento. Al respecto, la doctrina chilena reciente ha propuesto como criterios para entender la gravedad del incumplimiento ante todo la voluntad de las partes, la frustración de la finalidad principal del contrato y la pérdida de confianza de las partes derivada del incumplimiento<sup>51</sup>.

**37. Interpretación razonable del inciso segundo del artículo 26.** La potestad pública de caducar la concesión sanitaria tiene por presupuesto de hecho alguna de las causales antes analizadas, que enuncia el primer inciso del artículo 26. Ahora bien, la textura abierta de los conceptos que describen esas causales es susceptible de cubrir un número potencialmente elevado de casos (p. ej., eventos singulares de prestación del suministro sin sujeción a las exigencias legales de calidad o continuidad), que podrían parecer meras infracciones a las regulaciones vigentes. Con el objeto de circunscribir de modo más preciso los incumplimientos que justifiquen la caducidad, la ley orienta la apreciación de la autoridad mediante los criterios que enuncia el mismo artículo en su inciso segundo. La fórmula legal acentúa la gravedad del hecho como aspecto determinante de los motivos de caducidad; pero mientras las causales de caducidad presentan una gravedad *in abstracto*, a partir de las consideraciones contextuales del inciso segundo puede determinarse una gravedad *in concreto*.

De aquí se sigue que, más que la literalidad de las expresiones “gravedad de sus consecuencias” y “reiteración de su ocurrencia”, importa que las autoridades administrativa y política motiven circunstanciadamente la decisión que adopten, condicionando la declaración de caducidad a la verificación de eventos constitutivos de un incumplimiento grave a las obligaciones del concesionario.

---

<sup>50</sup> “La aniquilación retroactiva del contrato que entraña [la resolución] puede, en efecto, revelarse desproporcionada con respecto al incumplimiento”. F. Terré et al., *Droit civil. Les obligations*, París, Dalloz, 8<sup>a</sup> ed., 2002, p. 629.

<sup>51</sup> Álvaro Vidal, “La noción de incumplimiento esencial en el ‘Código Civil’”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32, 2009, p. 221 y ss. En el mismo sentido, Hugo Cárdenas y Ricardo Reveco, *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, p. 337 y ss.

38. **Procedencia de la caducidad en el caso de Essal en Osorno.** La circunstancia gravitante en el presente caso consiste en que el suministro de agua potable haya sido interrumpido por hechos imputables a Essal por espacio de más de diez días. No puede haber duda alguna de que la interrupción del suministro es un caso en que el “servicio suministrado no corresponde a las exigencias establecidas en la ley”; el suministro sanitario es prácticamente por definición ininterrumpible, salvo en casos excepcionales, programados e imprescindibles para la prestación del servicio, y previamente comunicados a los usuarios (LGSS, art. 35, inc. 2). Por sí sola, esta circunstancia está prevista como causa legal de caducidad.

Además, se trata de una interrupción extremadamente prolongada del servicio, que afectó a una proporción muy elevada de la población cubierta por el área de concesión de Essal en Osorno. Por eso, desde la perspectiva de la gravedad de las circunstancias y sus consecuencias, tampoco cabe duda de que este evento justifica la declaración de caducidad.

Ahora bien, la concurrencia material y jurídica de las circunstancias que habilitan a declarar la caducidad de la concesión no excluye la necesidad de una apreciación global por parte de la autoridad respecto de la pertinencia de la medida. Si bien, como se ha visto (*supra*, §§ 12 y ss.), algunos tipos de caducidad operan en forma automática, no ocurre lo mismo en aquellos casos cuya procedencia depende de un juicio valorativo de la autoridad administrativa<sup>52</sup>. Este es precisamente el caso de la caducidad de la concesión sanitaria.

La caducidad es una de las principales herramientas con que la autoridad cuenta para gestionar el servicio público sanitario. Por eso, la finalidad de velar por la correcta prestación del servicio debe orientar el ejercicio de sus potestades y, muy en particular, la decisión de caducar una concesión. En este sentido, las autoridades regulatoria y política habrán de ponderar adecuadamente el peso respectivo de la incapacidad de una empresa para gestionar en breve plazo una emergencia provocada por hechos más bien triviales, junto a su idoneidad para prestar el servicio sanitario –medida a la luz de su experiencia y condiciones materiales de

---

<sup>52</sup> Velasco, *op.cit.*, p. 100.

funcionamiento (de infraestructura o personal, por ejemplo). Sobre este punto, la decisión corresponde exclusivamente a la administración en vistas de la buena gestión del servicio público.

#### **IV. Procedimiento de declaración de caducidad**

39. **Marco normativo.** La LGSS establece de modo escueto que la caducidad de una concesión que se encuentre en explotación debe ser declarada por el Presidente de la República, sobre la base de un informe técnico elaborado por la SISS (art. 26, inc. 1). Esta sencilla regulación es complementada por el Reglamento, que establece los requisitos que la SISS debe observar previo a emitir el informe técnico (art. 62).

Ante todo, la SISS debe poner los hechos que fundarían la caducidad en conocimiento del concesionario, así como de sus acreedores financieros.

Enseguida, debe exigir al concesionario la presentación de un informe que contenga las “medidas necesarias para evitar el menoscabo o interrupción de los servicios que suministra”. Debe advertirse que si este informe no fuera evacuado dentro de plazo la SISS podrá prescindir del mismo.

El informe del concesionario puede ser aceptado o rechazado por la SISS. En el primer caso, “arbitrará las medidas necesarias para darle efectivo y oportuno curso, bajo la supervisión de un inspector fiscal”. De rechazarlo, la SISS “procederá a evacuar el informe técnico de caducidad de la concesión”.

El Presidente de la República, quien tiene atribuida la competencia decisional en esta materia, resuelve sobre la base de este informe. En aplicación de las reglas generales, y en ausencia de previsión diversa, este informe no vincula al Presidente de la República, quien puede apartarse de sus orientaciones (LBPA, art. 38). La decisión del Presidente se contiene en un decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio de Obras Públicas.

40. **Reclamación judicial de la caducidad.** Conforme a la Ley de la SISS, el concesionario afectado por la declaración de caducidad puede reclamar de ella ante el juez civil que corresponda, en un plazo de 10 días contados desde la notificación del decreto supremo que la declare. Esta reclamación, que se tramita conforme a las reglas del procedimiento sumario, no suspenderá los efectos de la caducidad decretada (art. 17).

41. **Estándares procedimentales.** Según se ve, la ley establece un procedimiento complejo, a cargo de dos autoridades distintas. Por una parte, el organismo regulador sectorial (la SISS) instruye el procedimiento de caducidad, recabando los antecedentes de hecho necesarios para decidir; por otra parte, la decisión final del procedimiento recae sobre la máxima autoridad política, el Presidente de la República.

Los principales actos del procedimiento son los informes que respectivamente elaboran el concesionario y la SISS. El concesionario es oportunamente notificado de la instrucción de un procedimiento, con el fin de que exponga cuanto convenga a sus intereses y al servicio público sanitario. La autoridad política decide finalmente teniendo en vista tanto este informe como el de la SISS. Ninguno de estos informes es vinculante para el Presidente.

Por último, en resguardo de sus intereses, el concesionario puede impugnar judicialmente el decreto de caducidad.

Como se advierte, este procedimiento satisface los estándares normativos exigidos por la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. En particular, cumple de modo suficiente con los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, al ofrecer al interesado instancias suficientes para defender oportunamente su posición. Esta regulación es consistente con lineamientos jurisprudenciales recientes sobre la materia. Como sostuvo la Corte Suprema en el caso *Corpbanca con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras*, la administración “debe regirse por los principios básicos del debido proceso al amparo de la norma constitucional antes referida, toda vez que el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por un

órgano administrativo requiere del respeto de garantías de las que goza el administrado en el marco del denominado debido proceso administrativo, que constituye una manifestación del respeto del derecho a ser oído, que se materializa a través del derecho a defensa que debe ser observado por cualquier autoridad<sup>53</sup>. Así, con independencia del carácter sancionatorio que algunos atribuyen a la caducidad, el marco normativo satisface suficientemente incluso tales estándares.

Adicionalmente, la circunstancia de que la decisión recaiga en una autoridad diferente a la SISS es una garantía de imparcialidad adicional, por encima incluso de ciertos procedimientos sancionatorios.

## V. Efectos de la caducidad

42. **Consecuencias jurídicas de la caducidad.** Declarada la caducidad de una concesión que se encuentre en explotación, la continuidad del servicio público sanitario es la principal de las preocupaciones de la autoridad. Al efecto, la ley prevé dos modalidades de gestión del servicio: en lo inmediato, “se dispondrá la administración provisional del servicio” (art 27) y posteriormente la SISS “licitará la concesión y los bienes afectos a ella” (art. 29).

Las reglas vigentes descartan la gestión directa por el Estado de la provisión del servicio sanitario<sup>54</sup>.

43. **Objeto de la caducidad.** Los textos legales pertinentes se refieren a la caducidad de la concesión. Ahora bien, en el derecho vigente la prestación integral del servicio sanitario envuelve cuatro tipos de concesión: destinadas a “producir agua potable, distribuir agua potable, recolectar aguas servidas, y disponer aguas servidas” (art. 9

---

<sup>53</sup> Corte Suprema, 9 de mayo de 2017, Rol 62.128-2016 (c. 17). Adviértase que en el fallo *Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A. con Ministerio de Educación* la Corte Suprema sostuvo que por regla general “los procedimientos administrativos no contemplan la participación de la persona que puede ser afectada por el acto, sin perjuicio que con posterioridad pueda reclamar por éste”. Una excepción a esta regla estaría constituida por los procedimientos sancionatorios en los que “se aplican – con matices – los principios del derecho penal, en especial el del debido proceso, que obliga al emplazamiento del afectado” (23 de julio de 2018, Rol 8136-2018).

<sup>54</sup> Con todo, una regla de la Ley de la SISS introduce algún matiz al entender que la administración provisional se efectúa, indirectamente, por la SISS: “Corresponderá al Superintendente: (...) Administrar provisionalmente el servicio, a expensas del infractor respectivo, por intermedio de un administrador delegado...” (art. 4 letra f).

bis). De aquí que se plantee la pregunta acerca de la extensión de los efectos de la caducidad, tratándose de prestadores que tengan titularidad sobre más de una concesión.

En relación con su otorgamiento, la ley señala que las concesiones pueden entregarse en forma separada, a menos que para la prestación integral del servicio sanitario “una concesión... requiera de otra”, en las condiciones que define el artículo 10. Ahora bien, normalmente las concesiones de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas se solicitan y conceden en forma conjunta (LGSS, art. 10, inc. 4).

En los casos en que el titular de la concesión caducada posea otras, el Reglamento prevé: “caducada una concesión, la entidad normativa podrá, mediante resolución fundada de carácter técnico, declarar que la falta de ella afecta la prestación integral del servicio en otra, que indicará. En dicho caso, el concesionario tendrá el plazo de 30 días para demostrar técnica y económicamente que puede mantener el servicio. De no poder hacerlo, se aplicará lo dispuesto en la letra a) del artículo 26°, del DFL MOP N° 382, de 1988” (Reglamento, art. 63).

En mi opinión, esta regla determina la extensión de la caducidad en términos restrictivos. La medida afecta únicamente a aquella concesión respecto de la cual concurren las causales legales. Para que la caducidad de una concesión se expanda a otras que pueda tener el concesionario se requiere de una apreciación independiente por la SISS, pudiendo dar origen a un procedimiento de caducidad distinto. La ley parece imponer un criterio análogo al del otorgamiento conjunto: en principio, las concesiones se conceden y caducan individualmente, salvo que se comprometa la “prestación integral del servicio”. Así, una concesión que se otorgó en razón de otra, podría también caducar en razón de su falta, atendido siempre el impacto en la prestación integral del servicio. En consistencia con este criterio, la expansión de una caducidad puede ser resistida por el concesionario afectado, demostrando la viabilidad de su concesión por consideraciones técnicas y económicas.

44. **Administración provisional de la concesión.** La continuidad del servicio sanitario es encomendada, en caso de caducidad, a un administrador provisional. Según el Reglamento, la designación del administrador provisional corresponde a la SISS (art. 66), a partir de un registro llevado al efecto. Este registro está integrado por personas naturales que sean profesionales universitarios con una experiencia mínima de 5 años en actividades propias de su profesión, y por personas jurídicas que cuenten con un profesional de esta categoría. La regulación no especifica los criterios de elección del administrador provisional.

Las facultades de gestión del administrador provisional están determinadas por “las facultades del giro de la empresa cuya concesión ha sido caducada, que la ley o sus estatutos señalan al directorio y a sus gerentes” (art. 27 inc. final).

Se prevé la continuidad de los contratos suscritos por el concesionario, con excepción de los que se declaren inoponibles, conforme a criterios similares a los que rigen para la acción pauliana o revocatoria (art 27 bis).

Los textos legales no determinan el destino que deba darse a los recursos provenientes de la explotación de la concesión administrada bajo esta modalidad. En principio, parece razonable extender a este caso los criterios que rigen frente a la liquidación concursal del concesionario (art. 30)<sup>55</sup>. Sin embargo, de seguirse este criterio los remanentes de la explotación provisional podrían beneficiar al concesionario caducado, lo cual no parece consistente con lo dispuesto en el referido artículo 4 letra f) de la SISS, que establece que la administración provisional será “a expensas del infractor respectivo”.

La manera en que se regula esta materia muestra cierta ambigüedad de la condición jurídica del concesionario caducado respecto de la concesión. Teóricamente la caducidad importa la extinción de la concesión; sin embargo, bajo ciertos aspectos

---

<sup>55</sup> Artículo 30º.- “El producto de la licitación se distribuirá en el siguiente orden de prelación: 1º. Al pago de los gastos necesarios y obligaciones contraídas para la prosecución de la administración provisional, incluyendo las costas de ésta y de la licitación. 2º. Al pago de los acreedores según las reglas de la preferencia establecidas en los artículos 2.470 y siguientes del Código Civil. 3º. Al pago de las acreencias por multas y sanciones que no se hubieren satisfecho con la ejecución de las garantías correspondientes. El saldo, si lo hubiere, se entregará al propietario de la concesión caducada”.

la ley considera al administrador provisional como continuador legal del concesionario caducado. Según puede apreciarse, esta materia carece de una definición legal precisa.

45. **Relicitación de la concesión.** Declarada la caducidad de una concesión la ley dispone que la SISS “licitará la concesión y los bienes afectos a ella, dentro del plazo de un año, a contar de la fecha de caducidad”. En las bases de la licitación se considerará: “a) los bienes de la concesión que deberán ser adquiridos por el licitante y las obras de reparación y mejoramiento de las instalaciones que deberá efectuar; b) El programa de desarrollo que deberá cumplir; c) Las tarifas por la prestación de los servicios” (art. 28).

Según se desprende de la regla, la concesión sanitaria presenta un carácter más complejo que el de un mero derecho a favor de un particular. La prestación del servicio sanitario exige que los bienes necesarios para su continuidad estén siempre a disposición del servicio, por sobre los vínculos de propiedad que puedan existir. Se trata de un conjunto de bienes afectos a un fin que conlleva obligaciones:

*“Los bienes afectos forman una unidad con la concesión que se trata, de modo que no se pueden evaluar o separar de ella sin detrimento, dado que están íntimamente ligados para cumplir el fin de la concesión que se trata, por ello el legislador cuando habla de licitar las concesiones le añade de modo consecuencial los bienes afectos a ella”<sup>56</sup>.*

**Inventario de bienes de la concesión.** Una pregunta recurrente en los procesos de terminación de concesiones, por caducidad o rescate, corresponde al destino de los bienes de la concesión. En tal sentido, la doctrina distingue categorías de bienes, en función de su adscripción a la concesión o al patrimonio del concesionario<sup>57</sup>. Sin

---

<sup>56</sup> David Peralta Anabalón, *Régimen jurídico de los servicios sanitarios de agua potable, de la recolección y del tratamiento de las aguas servidas urbanas en Chile*, Santiago, Ed. Jurídicas de Santiago, 2019, p. 80.

<sup>57</sup> Según Fernando Garrido Falla, quien se inspira de la tradición francesa, los bienes vinculados a la concesión pueden clasificarse en tres categorías: “1. Bienes reversibles (*biens de retour*), es decir, aquellos que por estar afectados al objeto de la concesión deben pasar a ser propiedad de la Administración concedente una vez que

embargo, sobre esta materia la regulación positiva es escueta. Conforme al artículo 28 de la LGSS, “en los casos de caducidad... [la SISS] licitará la concesión y los bienes afectos a ella”. La identificación de esos bienes debe contenerse, según la ley, en un inventario elaborado por el concesionario (art.2).

50, inc. La escasa experiencia práctica en materia de caducidad dificulta formular un juicio más completo sobre la regulación chilena; en mi parecer, podría ser conveniente incorporar reglas más acabadas que permitieran a la SISS adquirir forzosamente otros bienes del concesionario que se muestren útiles para la explotación de la concesión.

46. **Continuidad de los contratos del concesionario caducado.** Una cuestión singular concierne a la mantención de los contratos suscritos por el concesionario caducado, con respecto a la nueva administración de la concesión.

El artículo 27 bis de la LGSS dispone:

*Son inoponibles al administrador provisional y al adjudicatario de una concesión caducada, los actos o contratos a título gratuito, que hayan sido celebrados o ejecutados por el concesionario caducado, en perjuicio de la continuidad de la prestación del servicio, desde los 120 días anteriores a la fecha de la dictación del decreto que caduca la concesión.*

*Asimismo, son inoponibles al administrador provisional y al adjudicatario de una concesión caducada, los actos o contratos a título oneroso, que hayan sido celebrados o ejecutados por el concesionario caducado en perjuicio de la continuidad de la prestación del servicio, estando de mala fe las partes contratantes. Se entiende que las partes están de mala fe, cuando ambas conocían el mal estado de las actividades propias de la concesión, las que derivaron en la caducación de la misma.*

---

expire el plazo concesional; 2. Bienes accesorios o de reversión indemnizable (*biens de reprise*), aquellos que, por su utilidad para la explotación del servicio, son de reversión facultativa para la Administración, pero debiendo pagar su precio al concesionario [...].y 3. Bienes de propiedad del concesionario: aquellos que no forman parte de los dos grupos anteriores”. “Efectos económicos de la caducidad de las concesiones administrativas” en *Revista de Administración Pública*, N° 45, 1964, pp. 235-237.

*Las acciones concedidas en este artículo al administrador provisional y al adjudicatario, expirarán en 24 meses, contados desde la fecha del acto o contrato.*

Mediante esta disposición la ley confiere al nuevo gestor del servicio acciones revocatorias relativas a contratos celebrados en fraude de la concesión, que pueden haber comprometido sus finanzas. De la regla se desprende que al menos algunos contratos celebrados por el concesionario caducado continúan produciendo sus efectos respecto de la concesión, pudiendo amenazar la continuidad del servicio. Es posible que, en este aspecto, la regla sea trivial mientras la concesión se encuentra bajo la administración provisional de un tercero: el administrador provisional administra un patrimonio ajeno. Sin embargo, en cuanto la regla se aplica también al adjudicatario de la concesión caducada, sugiere que por regla general el nuevo concesionario pasa a ocupar la posición contractual del anterior concesionario en los contratos relativos a la concesión.

Este entendimiento es complejo desde la perspectiva de la teoría general del contrato pues supone una especie de cesión forzosa de contrato. Es sabido que el Código Civil no reguló sistémicamente esta figura, limitándose a reconocer su validez en ciertos casos. A partir de ellos, la doctrina ha admitido su procedencia siempre que cuente con la voluntad de los sujetos que resultarán afectados:

*“En efecto, es evidente que para que la cesión de contratos produzca efectos es necesario, en primer término, el consentimiento del cedente, pues él es quien se desprende de sus derechos. Asimismo, resulta indispensable la voluntad contratante cedido, en razón del aspecto pasivo del contrato, ya que de lo contrario el cedente se liberaría de sus obligaciones sin intervención del acreedor de ellas, y del cesionario, toda vez que adquiere los derechos de que se desprende el [cedente] y las obligaciones correspondientes al contrato de que se trate”<sup>58</sup>.*

---

<sup>58</sup> Jorge López Santa María y Fabián Elorriaga de Bonis, *Los contratos. Parte general*, Santiago, Legal Publishing, 6ª ed., 2017, p. 695.

La regulación sanitaria nada establece respecto de la voluntad de los potenciales afectados. Una interpretación a *contrario sensu* de la regla de inoponibilidad de ciertos contratos avala la preservación de los demás. Sin embargo, la continuidad de estos contratos puede resultar problemática en ausencia de una regulación más acabada de las relaciones de las partes. Por eso, parece aconsejable introducir modificaciones normativas explícitas a los textos que regulen las modalidades de aplicación de esta extensión de las relaciones contractuales a terceros.

## VI. Conclusiones

- a) Durante el mes de junio de 2019 el suministro de agua potable en la ciudad de Osorno fue interrumpido en dos ocasiones (§§ 3 a 7).

Primero, a consecuencia de negligencias registradas en la carga de combustibles de los equipos de la empresa Essal; luego, debido a la incapacidad de la empresa de abastecer la totalidad de los consumos.

Entre ambos incidentes el servicio estuvo interrumpido por 10 días y afectó prácticamente a la totalidad de la población de Osorno.

- b) A consecuencia de estos hechos la SISS formuló cargos contra Essal por infringir obligaciones de diversa naturaleza (§ 8). En paralelo, la SISS dispuso la apertura de un expediente especial de caducidad de la concesión de Essal (§ 9).
- c) La caducidad es un concepto jurídico equívoco que suele designar fenómenos diversos. En el derecho administrativo despliega sus efectos fundamentalmente en dos planos: caducidad de actos administrativos y caducidad de contratos.
- d) Como caducidad de actos, la doctrina distingue entre caducidad natural y caducidad planificada (§§ 14 y s.).

La caducidad natural, no prevista por textos normativos, es consecuencia de un cambio de circunstancias fácticas que desajustan un acto con el derecho objetivo. La caducidad prevista por el ordenamiento o por el respectivo acto o contrato, también llamada caducidad planificada, es aquella que se configura por el acaecimiento de

un plazo o el acaecimiento de una condición. El incumplimiento de una obligación es un supuesto de este último tipo de caducidad.

- e) En el terreno contractual la caducidad suele ser un modo de extinción de ciertos contratos (§§ 18 y s.). En lo que interesa al informe, la caducidad figura entre las diversas herramientas de que dispone la administración para resguardar el interés público al interior de contratos de concesión, principalmente a consecuencia de incumplimientos del concesionario.
- f) En ambos planos –actuación unilateral y contratación administrativa– la caducidad importa consecuencias desfavorables para el particular afectado. Este rasgo ha llevado a denominar este tipo de caducidades como caducidad-sanción.

La terminología es equívoca pues, en el entendido de algunos, sitúa a la caducidad en el terreno de las sanciones administrativas. Esta identidad debe descartarse (§§ 15, 21 y 27) pues el fundamento esencial de la caducidad descansa en la gestión del interés público más que en una finalidad represiva.

Este fundamento cobra relevancia decisiva en el marco de relaciones de servicio público en donde la caducidad aparece como la herramienta más extrema para garantizar la operación del servicio.

- g) La regulación de la caducidad en el ámbito sanitario es consistente con estos planteamientos (§§ 24 y s.). Ésta procede frente a causales específicas, todas las cuales atienden a la prestación íntegra del servicio.

El incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario es precisamente una de las causales de procedencia de la caducidad. En cuanto la concesión sanitaria se justifica en la provisión de un servicio de interés público, está expuesta a caducar si deja de satisfacer tal interés.

- h) Aun asumiendo el carácter sancionatorio de la caducidad, éste carece de relevancia en el caso. En efecto, el estatuto legal de la caducidad en la regulación sanitaria satisface todos los presupuestos de legitimidad para el ejercicio de la potestad sancionatoria (§§ 27 y 28).

Su establecimiento y procedencia se encuentra pormenorizadamente descrita en la ley, bajo intensas garantías procedimentales. La proporcionalidad en su adopción

depende de las circunstancias de hecho y es un presupuesto general al ejercicio de potestades públicas.

Finalmente, es la propia la ley la que contempla la posibilidad de sanciones concurrentes, sea se prevean en la propia LGSS como en otras leyes. En todo caso, desde que el fundamento de la caducidad atiende al resguardo del interés público antes que al castigo del infractor, igualmente fallaría un presupuesto de aplicación del principio del *ne bis in idem*.

- i) La interrupción del suministro es un supuesto de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión, que conforme a la LGSS puede dar lugar a la caducidad de la concesión (§ 32). El requisito esencial para estos efectos es la gravedad del incumplimiento.

Aunque la LGSS establece que la autoridad debe considerar la “gravedad” y “reiteración” del incumplimiento, no se trata de condiciones copulativas (§§ 33 y s.). Ante todo, la LGSS ordena solo “considerar” ambas circunstancias. En el plano sustantivo, un solo evento puede ser suficientemente grave como para ameritar la caducidad de una concesión; asimismo, un cúmulo de eventos moderados puede ser indicativo de un disfuncionamiento mayor del servicio que cabe calificar como grave. Por último, es la propia LGSS la que contempla causales de caducidad no susceptibles de reiteración (p. ej., transferencia de la concesión sin autorización).

Así, conforme a interpretación sistemática de la ley, cabe entender el factor reiteración como una hipótesis de un incumplimiento grave (§ 34).

Ahora bien, la concurrencia material y jurídica de las causales de caducidad no agota la determinación de su concurrencia. En tanto la caducidad es un mecanismo de gestión del servicio público sanitario, las autoridades administrativa y política deben ponderar las circunstancias teniendo en vista la mejor provisión del servicio (§ 38).

- j) El procedimiento administrativo que permite disponer la caducidad de la concesión sanitaria, satisface exigencias básicas de contradictoriedad. Además, la decisión de caducidad es susceptible de impugnación judicial (§ 41).
- k) En cuanto a los efectos, la caducidad importa la extinción de la concesión sanitaria con relación a la cual concurren las causales respectivas. Sin embargo, esa caducidad es susceptible de extenderse también a otras concesiones si se ve afectada la prestación integral del servicio (§§ 42 y 43).

La caducidad da pie para someter la concesión a una administración provisional y, a la larga, para entregarla definitivamente a un nuevo concesionario, seleccionado mediante licitación (§§ 44 y s.). La concesión se transfiere, así, como título de explotación del servicio público sanitario, junto con los bienes afectos a ella.

Este informe ha sido preparado en colaboración con Tomás Blake, profesor de derecho administrativo de la Universidad Diego Portales, Master en Derecho Público (University College London).

José Miguel Valdivia  
Doctor en Derecho (Universidad París II)  
Profesor de Derecho Administrativo (Universidad de Chile)

Santiago, 20 de diciembre de 2019