



Voluntarismo administrativo en la fijación de tarifas: los medios también importan



JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN

RESUMEN EJECUTIVO

El trasfondo detrás de las dos sentencias que se comentan es el deseo de los reguladores de poder actuar con la libertad, flexibilidad y rapidez requerida para, en base a su conocimiento técnico o expertise, lograr que se fijen tarifas que logren emular los precios en un mercado competitivo. Bajo esta óptica, instancias de control o accountability, tales como la Comisión de Expertos y el control judicial de nuestras Cortes, pueden significar demoras y costos que perjudiquen el cometido de las autoridades. En el primer caso comentado, se impugna una decisión del regulador tendiente a limitar las posibilidades de controversia y, por ende, el ámbito de actuación de la Comisión de Expertos. En el segundo, se reclama por la decisión del regulador de repetir, desde el inicio (y en razón de nuevas circunstancias), un largo procedimiento en el cual solo faltaba el decreto final de fijación tarifaria. Esta reticencia por las formas procedimentales mostrada por la autoridad se reflejó, también, en la argumentación utilizada ante las Cortes, en donde no reconocía posibilidad alguna de impugnación judicial mientras el acto administrativo final de fijación de tarifas no se hubiera dictado. Toda esta visión es contrastada en el artículo, tanto desde el punto de vista jurídico como, al final del mismo, desde una perspectiva de políticas públicas, en donde reconociéndose el valor de las formas y las instancias de accountability, se ensayan algunas recomendaciones.

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Identificación y síntesis de la controversia de cada uno de los casos. III.- Comentario de mérito de los fallos. A) Primer caso: 1.- Admisibilidad de revisión judicial vía acción (o recurso) de protección; 2.- Admisibilidad de revisión judicial respecto de etapas intermedias de un proceso de fijación de tarifas; 3.- El procedimiento de fijación de tarifas implica derechos y obligaciones para las partes; B) Segundo caso: 1.- Introducción; 2.- Crítica a la argumentación de la autoridad reguladora y a la doctrina que se desprende del fallo; IV.- El sentido y razón de ser de las formas en el procedimiento de fijación de tarifas y en nuestro ordenamiento jurídico. V.- Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto comentar dos fallos de nuestros tribunales de justicia conociendo de recursos de protección interpuestos por empresas reguladas –pertenecientes a industrias distintas– en contra de actos de la autoridad reguladora dentro del marco de



los respectivos procedimientos de fijación de tarifas.

El comentario a los dos fallos objeto de estudio, los cuales revisten implicancias disímiles desde el punto de vista de los principios de una sociedad libre, será abordado de la manera que sigue. En primer lugar, se efectuará una síntesis de los antecedentes de hecho así como de la controversia jurídica suscitada y que dan cuenta los dos recursos de protección cuyos fallos se identifican y estudian. A continuación, se realizará un comentario por separado de cada uno de los casos, de carácter fundamentalmente (mas no únicamente) jurídico. Especial examen recibirá el segundo de los fallos, el cual concluirá con una reseña del sentido y razón de ser de las formas en el procedimiento de fijación de tarifas y en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo finaliza con un capítulo en el cual se analiza el tema de los procesos tarifarios desde un punto de vista más amplio (de políticas públicas) en el que, incluso, se abordan sucintamente algunas orientaciones muy generales para su perfeccionamiento.

II. IDENTIFICACIÓN Y SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA DE CADA UNO DE LOS CASOS

Primer caso:

1) **Identificación: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de septiembre de 2004, confirmada por la Corte Suprema con fecha 15 de noviembre de 2004; Recurso de Protección, Aguas Los Dominicos S.A. en contra del Superintendente de Servicios Sanitarios, rol N° 3512-2004.**

2) *Antecedentes y controversia:* La empresa sanitaria y de agua potable deduce un recurso de protección en contra del Superintendente de Servicios Sanitarios impugnando las Bases Preliminares fijadas para el proceso tarifario. Una de las características generales del procedimiento de fijación de tarifas radica en que tanto el regulado como el regulador elaboran su propio estudio tarifario, sobre bases comunes fijadas por la autoridad, de modo que en caso que haya discrepancia entre los dos estudios, una comisión de expertos se pronuncie y decida respecto de cada uno de los parámetros en los que se diverge. El regulado alega que las bases impugnadas restringen y limitan las materias sobre las que la empresa podría discrepar del estudio realizado por la Superintendencia, por la vía de enumerar taxativamente los únicos resultados que podrían ser controvertidos ante la instancia de la

Comisión de Expertos.

Segundo caso:

1) *Identificación*: **Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de noviembre de 2003, confirmada por la Corte Suprema, con fecha 22 de enero de 2004; Recurso de Protección, GTD Telesat S.A. en contra del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, y del Subsecretario de Telecomunicaciones, rol N° 2610-2003; acumulado al Recurso de Protección caratulado “Manquehue Net S.A. con Subsecretario de Telecomunicaciones”, rol N° 2598-2003.**

2) *Antecedentes y controversia*: Una empresa de telecomunicaciones interpone un recurso de protección (el cual se acumuló a otro similar presentado por otra empresa del rubro) en contra de los ministros mencionados precedentemente y del Subsecretario de Telecomunicaciones. La razón del recurso radica en que luego de haberse cumplido por parte de la empresa regulada todas las etapas pertinentes propias del proceso legal establecido y transcurrido todos los plazos previstos por la ley para que la autoridad dictara el decreto tarifario, esta no solo no procede a oficializar las tarifas, sino que dicta un oficio en virtud del cual se le solicita a la empresa el inicio de un nuevo proceso tarifario. Luego de transcurridos casi 260 días desde que la empresa regulada presentara el estudio tarifario correspondiente, sin que en dicho lapso se formularan objeciones, el regulador desconoce lo obrado con anterioridad argumentando estar cumpliendo con lo dispuesto en un nuevo reglamento recién dictado, además de aducir la necesidad de considerar supuestas nuevas condiciones de mercado no contempladas con ocasión del trámite del antiguo proceso, el cual fue dejado, en la práctica, sin efecto. Se discute, además, la disímil diligencia de la autoridad con respecto a una empresa competidora con un proceso de fijación tarifaria coetáneo.

III. COMENTARIO DE MÉRITO DE LOS FALLOS

A) Primer caso:

1. Admisibilidad de revisión judicial vía acción (o recurso) de protección

El primer aspecto que, usualmente, emerge con ocasión del conocimiento de los tribunales de justicia de controversias relacionadas con

las tarifas y sus procesos de fijación es, precisamente, el de la admisibilidad de la revisión judicial. Dentro de este plano, una de las preguntas que suele surgir (y este primer caso no es la excepción) es si se trata de una materia solo susceptible de ser revisada judicialmente en virtud de un procedimiento de lato conocimiento o si, por el contrario, es posible que pueda ser vista por las Cortes mediante un procedimiento más breve y de carácter eminentemente cautelar, como en el caso del recurso de protección.

En el recurso de protección interpuesto por Aguas Los Dominicos S.A. en contra del Superintendente de Servicios Sanitarios (SISS), la primera objeción de la autoridad reguladora consistió en sostener que el recurso de protección interpuesto debía declararse inadmisibile debido a que es del tipo de materias que deben ventilarse en un procedimiento de lato conocimiento. Respaldándose en un antiguo fallo de la Corte Suprema, el regulador hizo suyo lo por ella manifestado, en la cual se señalaba que el recurso de protección es una "acción específica de emergencia, con un procedimiento rápido e informal; que requiere, por tanto, que el derecho que se dice conculcado sea legítimo, es decir, que se funde en claras situaciones de facto que permitan por este especial procedimiento establecer el imperio del derecho, pero es improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo que son de lato conocimiento"¹. Complementando la línea argumental precedente, la autoridad destacó lo manifestado por Enrique Paillás, quien escribió que "... es de trascendental importancia la convicción que el tribunal se forme acerca de la existencia de un derecho indudable o no seriamente controvertible (...) determinar si el derecho es o no seriamente controvertible es una cuestión que decide el tribunal. Si él considera que es necesario un mayor esclarecimiento de los hechos, dispondrá que se siga un juicio de lato conocimiento"². Igualmente, el Superintendente reforzó su postura citando otras sentencias en las cuales se dice que "el recurso de protección no fue establecido para solucionar conflictos o situaciones reglamentarias, siendo su finalidad el resguardo de determinadas garantías fundamentales ..."³, o que "procede rechazar el recurso de protección por cuanto la problemática planteada implica interpretación de normativa legal, materia propia de un juicio de lato conocimiento"⁴.

Sin entrar a analizar el funcionamiento que presenta el recurso de protección en la práctica jurídica actual, el cual ha sido objeto de críticas,

¹ Corte Suprema, 22/06/1992, Gaceta Jurídica N°144, p. 57.

entre las que se menciona la dificultad para visualizar orientaciones y guías ante fallos poco uniformes y consistentes unos de otros, no deja de ser saludable el hecho que ambos recursos objeto de examen en el presente artículo hayan sido declarados admisibles⁵. En efecto, respecto del recurso de protección en contra del Superintendente de Servicios Sanitarios cabe destacarse que, aunque sin desarrollarse argumentación alguna, los fundamentos argüidos por la autoridad reguladora expuestos sucintamente con anterioridad no fueron acogidos⁶. Y es bueno que así haya sucedido, ya que permite, en principio, responder adecuadamente a interrogantes tales como las siguientes: ¿Existen reglas contenidas en procesos tarifarios que generen derechos legítimos, indudables, o no seriamente controvertibles que haga innecesario un mayor esclarecimiento de los hechos? ¿Implican las normas que regulan el procedimiento de fijación de tarifas situaciones de fondo solo dirimibles en virtud de un proceso judicial de largo aliento? ¿Se puede desestimar el hecho que por una ilegalidad o arbitrariedad en la actuación de la autoridad administrativa en el proceso de fijación de tarifas puede colocarse a la empresa concesionaria en una situación de desamparo no susceptible de ser solucionada oportunamente en virtud de un proceso de mucha mayor extensión en el tiempo? Una declaración de inadmisibilidad por parte de la Corte, sin siquiera entrar a discutirse el mérito de la acción interpuesta, habría significado un duro golpe a la más importante instancia de *accountability*⁷ de nuestro sistema regulatorio, esto es, el control judicial.

2. Admisibilidad de revisión judicial respecto de etapas intermedias de un proceso de fijación de tarifas

No obstante lo sostenido precedentemente, la más importante impugnación a la admisibilidad del recurso de protección se expresó, en el caso

² PAILLÁS, ENRIQUE: *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*; Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2002, p. 83-84.

³ Corte Suprema, 20/12/1989; Gaceta Jurídica N°114, p. 14.

⁴ Corte Suprema, 14/07/1994; Gaceta Jurídica N° 169, p. 54

⁵ En el caso del recurso de protección interpuesto en contra del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, entre otros, la autoridad reguladora, consistente con su postura de evitar la revisión judicial de sus actuaciones, argumentó sobre la base de la extemporaneidad en la interposición de la acción judicial, lo cual, para los fines del presente artículo, no amerita mayor interés.

⁶ Cabe destacar que parte de la doctrina y de la jurisprudencia relativa al recurso de protección sostiene que el carácter de acción de emergencia del recurso aludido no es incompatible con el hecho que los mismos temas puedan ventilarse en un procedimiento de largo aliento. Ver, a este respecto, a SOTO KLOSS, EDUARDO: "¿Procedimiento de emergencia vs. lato conocimiento? Incongruencias o compatibilidades en la acción de protección", La Semana Jurídica, 26 de enero de 2003.

en comento, con la argumentación del regulador en el sentido que las Bases Preliminares del Estudio Tarifario (etapa respecto de la cual versó la controversia) constituyen un acto trámite o preparatorio para la dictación de uno terminal o definitivo, como lo es el decreto que fija las tarifas, y que, como tal, no es susceptible de ser impugnado judicial ni administrativamente⁸. En otras palabras, la posición del regulador es que solo puede haber impugnación una vez que el acto de fijación de tarifas haya concluido, lo que ocurre no antes de la dictación del decreto que las oficializa.

La argumentación de la autoridad reguladora se basa en que las “Bases Preliminares”, etapa en la cual se localiza la controversia comentada, es un acto administrativo, trámite encaminado a la dictación de un acto administrativo posterior, como son las “Bases Definitivas” y, en último término, al acto administrativo terminal, propiamente tal, que es aquel en virtud del cual se fijan las tarifas. La lógica jurídica de la autoridad es que, “siendo un acto trámite, inmerso dentro de un procedimiento administrativo mayor, le es aplicable lo dispuesto por el artículo 18 inciso 2° de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, que dispone que los actos trámites son impugnables, administrativa y judicialmente, solo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión’.

Esta interpretación tan pro-regulador merece al menos tres comentarios. En primer lugar, resulta loable que se invoque la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, ya que un equivocado entendimiento de su carácter supletorio, ante la evidencia de miles de procedimientos especiales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, podría significar una preocupante carencia de aplicación práctica de un cuerpo legal que, independiente del mayor o menor aprecio que pueda generar en la doctrina y de su perfectibilidad, implica un avance que tiende a llenar un vacío y que aporta mayores niveles de seguridad jurídica. En segundo lugar, es posible plantear que el esfuerzo interpretativo de la autoridad no presta debida atención al hecho que la regla general impuesta por la propia ley aludida es que todo acto administrativo es impugnabile, siendo razonable, por ende, evitar interpretaciones amplias a reglas excepcionales. Y, en tercer lugar, la visión de lo que son los procedimientos tarifarios que

⁷ El término *Accountability*, el cual no tiene una expresión equivalente en castellano, hace referencia al control o revisión por, o rendición de cuentas ante una determinada entidad o instancia.

⁸ Ver considerando N° 2 de la sentencia rol N° 3512-2004 objeto de análisis.

parece subyacer a la interpretación del regulador puede no reflejar una acabada conciencia de la complejidad, integridad, concatenación e importancia de todas y cada una de las etapas de lo que es un procedimiento minuciosamente reglado y que, como tal, constituyen elementos esenciales cuyo control por la judicatura no debiera llamar la atención, al menos bajo el régimen jurídico vigente.

Respecto de este último punto, amerita destacarse lo expresado en el considerando 4º de la sentencia, en la cual se postula, al contrario de lo manifestado por el regulador, que las etapas de un proceso de fijación tarifaria constituyen actos intermedios complejos y no actos de mero trámite. La Corte argumenta que *“Lo que realmente sucede es que el procedimiento ya descrito constituye un acto complejo, en que cada una de sus etapas es antecedente necesario para la siguiente, de modo que se produce una vinculación respecto de o para esta última, que no puede desligarse de la anterior. Así ocurre especialmente, y por lo que a este recurso interesa, con las bases preliminares, que si bien pueden ser motivo de observaciones, estas serán aceptadas o no por la propia autoridad que formuló las bases y que elaborará uno de los estudios que se contrastarán, en un acto que fija, sin posibilidad de impugnación, las Bases Definitivas, a contar de cuya dictación deberá el particular comenzar la elaboración de su estudio, sin que hasta entonces haya sabido con certeza el resultado de sus o de las observaciones, mientras que la autoridad, su contrincante, está en una posición demasiado predominante a ese respecto. (...) Los actos trámites, por el contrario, no presentan esa vinculación tan clara y no se inscriben en una secuencia tan determinante”*.

En definitiva, al ser el acto impugnado por la empresa concesionaria de aquellos que pueden dejar en la indefensión al afectado, la sentencia examinada constituye un aporte⁹.

3. El procedimiento de fijación de tarifas implica derechos y obligaciones para las partes

Esta afirmación que pudiera parecer obvia no siempre resulta tal, lo que se verá, particularmente, con ocasión del examen del segundo caso a comentar, esto es, el recurso de protección contra el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, y el Subsecretario de Telecomunicaciones.

En materia de regulación de servicios económicos básicos sobre redes, tales como los presentes en el sector de agua potable y servicios sanita-

rios, así como en el de telecomunicaciones, existen aproximaciones u orientaciones claramente disímiles, las cuales se reflejan, por ejemplo, en la diferente interpretación y postura respecto de cómo debe entenderse un proceso de fijación de tarifas a empresas reguladas. Utilizando para fines ilustrativos un lenguaje “valóricamente cargado”, podría decirse que hay quienes influidos por una concepción tradicional predominantemente estatista –regalista, subrayan fuertemente el carácter de servicio público cuya provisión por parte de una empresa constituye un derecho recibido “graciosamente” por concesión administrativa de parte de un Estado regulador, el cual pareciera (especialmente en materia tarifaria) sentirse más a gusto bajo una óptica en que se destaca su poder de imperio, sus potestades jurídicas y su predominancia “avasallante”, más que bajo una relación menos vertical y más bilateral– “contractual”, en las que las tarifas responden a lo que podría concebirse como una “negociación” y en que el derecho a prestar el servicio es una expresión del derecho constitucional a desarrollar libremente una actividad económica en un escenario de subsidiariedad estatal.

Como lo manifiesta un autor, *“La regulación económica no es solo el ejercicio de unas potestades administrativas (o legislativas, en su caso) sino que toda regulación de servicios públicos, es también un contrato. Especialmente, cuando se llama al capital extranjero a invertir en el propio país, se está haciendo una oferta consistente en una determinada regulación, unas determinadas condiciones del sector en que ha de producirse la inversión, que, una vez aceptadas y la inversión realizada, crean una relación de tipo contractual que ha de respetarse”*¹⁰. Esto que es cierto a nivel general, lo es también a nivel particular respecto a la regulación de precios o tarifas, la cual puede ser concebida como un juego entre el regulador y la empresa regulada, en virtud del cual el primero trata de inducir al segundo a comportarse como si estuviere en un mercado competitivo y a actuar conforme al interés público, y el segundo a precaverse del riesgo de un comportamiento oportunista del gobierno que pueda afectar la recuperación de sus cuantiosas inversiones propias de este tipo de industrias¹¹.

En los procedimientos tarifarios no existe un único actor. Además del Estado Administrador, la ley ha dispuesto la participación activa de la empresa regulada. Como se señalara y utilizando un lenguaje figurado, los procesos de tarificación podrían ser descritos como un juego entre regulador y regulado (*regulatory game*)¹². Como en todo juego, existen

⁹ Ver considerando 5° de la sentencia comentada.

reglas y estas deben ser respetadas por los participantes.

En el caso que nos ocupa, el Superintendente tiende a enfatizar sus prerrogativas o potestades para “delimitar” y “ordenar” el mecanismo de discrepancias entre el regulador y el regulado que da origen a la posibilidad que sean dirimidas por parte de la Comisión de Expertos¹³. No obstante, la Corte ha sido enfática en destacar las obligaciones de la autoridad y los derechos que, como contrapartida, benefician al regulado y que se incorporan a su patrimonio. En el considerando 8º (párrafo 2º), la Corte reconoce que “... el prestador aparece dotado de un conjunto de derechos y obligaciones que hacen el contenido jurídico de la concesión de que es titular, entre los cuales están los pertinentes al procedimiento de fijación de tarifas”, para, con posterioridad, en el considerando siguiente, recalcar que ‘la empresa recurrente tiene incorporado en su patrimonio el derecho a contar con la actuación de un órgano independiente –la Comisión de Expertos– que resuelva o se pronuncie sobre las discrepancias que se presenten entre los estudios de tarifas que elaboren ella misma y la Superintendencia’.

Es importante hacer notar que los derechos que para el regulado emanan del sistema procedimental de fijación de tarifas no son meras declaraciones programáticas carentes de aplicación concreta. De nada sirve un derecho carente de acción. Cuando la Corte enfatiza que la empresa recurrente tiene incorporado en su patrimonio un derecho, está diciendo que dicho derecho está constitucionalmente protegido por la garantía del derecho de propiedad, la cual, a su vez, puede expresarse y cautelarse por medio de la interposición de la acción cons-

¹⁰ ARIÑO ORTIZ, GASPAR: “Seguridad Jurídica en los Servicios Públicos gestionados por empresas privatizadas”, ponencia presentada en la VII Cumbre REGULATEL-AHCIET, Santo Domingo, República Dominicana, 27-28 de julio de 2004, p. 48.

¹¹ Como lo plantean GUASCH Y SPILLER (Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin American and Caribbean Story, World Bank Latin America and Caribbean Studies, Viewpoints, 1999, p. 33), la interacción práctica entre el regulador y el regulado puede ser entendida como un asunto propio de la teoría de juegos, en la cual la decisión de participar está influenciada por el comportamiento del otro.

¹² VELJANOVSKI habla de “The Regulatory Game”, en un artículo del mismo nombre publicado en “Regulators and the Markets”, Institute of Economic Affairs, London, 1991.

¹³ El regulador expresa temor de que el regulado termine por discutir todos los parámetros en los que exista diferencia, más que centrarse en aquellos resultados relevantes en los que hay controversia (y que, en las Bases Preliminares impugnadas, se limitan a 7). Se sostiene por la autoridad que hay que distinguir entre la facultad de la empresa concesionaria de discrepar de los resultados (emanada de los incisos 3º y 4º del artículo 10º del DFL 70 del MOP) y el deber de la Comisión de Expertos de pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia (inciso 6º del artículo 10º del DFL 70 del MOP).

¹⁴ El artículo 6º de la Constitución Política de la República establece que: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

titudinal de protección (recurso de protección). En efecto, la Corte ha concluido que *“el acto impugnado –las Bases Preliminares referidas, en su Capítulo V– atentan, al menos en grado de amenaza, en contra del derecho de propiedad de la recurrente respecto de aquel derecho que emana del sistema que constituye el procedimiento de fijación de sus tarifas, y que se encuentra, como se ha dicho, en su patrimonio; por lo cual el recurso de autos debe ser aceptado, a fin de remover la limitación que tales bases importan.”*.

Y no solo eso. Se agradece que la Corte reitere algo que “por sabido se olvida”, lo cual no es otra cosa que expresar que el regulador está limitado por el principio de juridicidad contenido en los artículos 6° y 7° de la Constitución:¹⁴ *“... la Superintendencia recurrida aparece actuando, aunque expresando laudables propósitos de ordenamiento y –por así decirlo– de “economía procedimental”, más allá de los márgenes establecidos por la ley, límite que debe ser respetado en virtud de lo ordenado por los artículos 6° y 7° de la Carta Constitucional”*¹⁵.

En síntesis, el fallo comentado es destacable positivamente. Permite moderar aquella aproximación, cómoda para el regulador, en que se acentúa la verticalidad y unilateralidad de la relación autoridad –subordinado, y, por ende, en que se enfatizan las potestades o facultades de la autoridad más que un reconocimiento de sus propios límites legales y constitucionales, así como de los derechos de la contraparte principal que nacen del sistema de fijación de tarifas. Un entendimiento más bilateral y horizontal de los procedimientos tarifarios, en que se destaque que son fuente de derechos y obligaciones para las partes, tal como se desprende del fallo, resulta más afín con una caracterización realista y apropiada en que se reconozca que se está en presencia de una suerte de negociación entre regulador y regulado en que está en juego la promoción de diversos intereses cuyo balance resulta necesari-

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Por su parte, el artículo 7° de la Constitución dispone que:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

¹⁵ Considerando 7°, párrafo 1°.

¹⁶ Considerando 17° de la sentencia comentada.

¹⁷ Informe escrito del Subsecretario de Telecomunicaciones, de fecha 14 de junio de 2003,



rio para la consecución del interés general de la sociedad. Dicho juego o negociación ha sido concebido por el legislador como uno minuciosamente reglado en que, como se ha destacado, no solo nacen obligaciones sino también derechos para la empresa regulada, los cuales, se incorporan en su patrimonio y, en definitiva, gozan de la garantía constitucional del derecho de propiedad susceptible de ser cautelada por el recurso de protección. El fallo analizado, en último término, implica una validación y fortalecimiento de la revisión judicial respecto de las diferentes etapas del procedimiento de fijación de tarifas, y, al mismo tiempo, en razón del contenido de la disputa, de la revisión “técnica” de los intereses en juego por parte de la Comisión de Expertos.

B) Segundo caso:

1. Introducción

Así como el fallo anterior permite ser considerado como positivo, la sentencia que se comenta a continuación merece el calificativo opuesto. Se trata de un fallo “minimalista” en términos argumentales, en el cual, bajo el fundamento de estar cumpliendo un reglamento dictado con bastante posterioridad al inicio del proceso de fijación de tarifas para una empresa de telefonía y de los plazos legales y/o razonables aplicables, se hace caso omiso a cualquier derecho derivado del mismo a favor del regulado y se ordena iniciar un nuevo procedimiento. Lo anterior se ve agravado por el hecho que el procedimiento (tramitado mas no terminado) sufrió dilación en su conclusión por inacción imputable a la autoridad, de la cual, además, se origina el reglamento en base al cual se alega la irreprochabilidad de su conducta anterior y la supuesta imposibilidad jurídica de actuar de forma distinta a lo ocurrido (iniciando un nuevo proceso tarifario). Y, a mayor abundamiento, la autoridad no habría desplegado similar actividad o inactividad en relación a una empresa competidora.

El fallo denegatorio recaído en el recurso de protección entablado por dos empresas de telecomunicaciones en contra del Ministro de Economía, el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones y el Subsecretario de Telecomunicaciones asesta un duro golpe a los principios de legalidad o juridicidad, así como a los de confianza, buena fe y seguridad jurídica tan relevantes para el adecuado funcionamiento del régimen

con ocasión del recurso de protección interpuesto en su contra.



regulatorio en sectores de servicios económicos básicos.

2. Crítica a la argumentación de la autoridad reguladora y a la doctrina que se desprende del fallo

2.1. *Argumento central emanado de la sentencia.* Como se señaló, el argumento central utilizado por la Corte para justificar la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad en la actuación de la autoridad reguladora fue que se estaría dando cumplimiento a un reglamento. En palabras simples y figuradas, si hay un culpable de todo, ese es el Reglamento, el cual irrumpe con una autoridad incontrarrestable. En efecto, la Corte planteó en el considerando 17° *“que el Oficio Circular N° 92 impugnado no es arbitrario ni ilegal, puesto que por su intermedio el Sr. Subsecretario **no ha hecho otra cosa que dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 y 1° transitorio del Reglamento, únicas que son aplicables a la situación de las empresas recurrentes, que no tenían fijadas sus tarifas con anterioridad”** (énfasis agregado)¹⁶. En similar sentido, el considerando 21° señala que *“la omisión que se atribuye a los Ministros recurridos a la época de la vigencia del Reglamento, no han tenido caracteres de ilegales o arbitrarias, puesto que, a partir de tal fecha, los Ministros recurridos estaban impedidos de oficializar las tarifas propuestas, todo lo cual conduce a desestimar la acción cautelar deducida en su contra”*. Finalmente, y en consonancia con la lógica expuesta en el fallo, el considerando 19° subrayó que *“a partir de la vigencia del Reglamento, que rige in actum, cesó la obligación que tenían los Ministros recurridos de oficializar las tarifas propuestas por las concesionarias recurrentes en el plazo referido, debiendo, en consecuencia, ajustarse al (sic) procedimiento de la fijación tarifaria a lo establecido en el Reglamento que regula el procedimiento, publicidad y participación del proceso de fijación tarifaria”*. Las empresas recurrentes, según el considerando 20°, *“solo ostentaban una mera expectativa, respecto de la fijación tarifaria propuesta, la que no se logró establecer de la manera pretendida por los recurrentes, por la entrada en vigencia del Reglamento, que retrotrajo el procedimiento a la etapa de requerir una nueva propuesta de bases ...”*. De la afirmación judicial recién aludida, así como otras que la complementan, se derivan una serie de peligrosos supuestos que ameritan ser confrontados.*

2.2. *Todo reglamento tiene límites.* El contenido y lenguaje argumental de la sentencia que se comenta atribuye a la sobreviviente vigencia del reglamento aludido un carácter decisivo, casi omnipotente. Sin embar-

go, no puede olvidarse que todo reglamento tiene límites, los cuales constituyen, a su vez, límites a la acción del regulador (autoridad administrativa) respecto del regulado. ¿Cuáles son estos límites? Estos se pueden agrupar de diversa forma. En lo que interesa al caso bajo análisis, se puede identificar aquellos límites consistentes en (i) el *respeto a la jerarquía normativa*; y en especial, (ii) el *respeto a la ley específica que un reglamento aspira a pormenorizar*, así como (iii) el *respeto a los principios generales de derecho*. Igualmente, es del caso mencionar aquel límite temporal que dice relación con el tema de la (iv) *irretroactividad de los reglamentos*. Finalmente, los reglamentos pueden tener (v) *límites intrínsecos*, es decir, pueden contener normas que autolimiten su aplicación, las cuales deben ser adecuadamente interpretadas. Estos límites tienen un reverso de la moneda. Estos son los derechos fundamentales que gozan las personas y que deben ser reconocidos y respetados. De una u otra forma, los límites o fronteras a la actividad reglamentaria recién enumerados serán objeto de comentario en razón de su aparente inadvertencia por parte de la Corte.

2.3. *Límite específico derivado de la ley que se reglamenta*. Un reglamento de ejecución no puede reemplazar (u obviar) la principal normativa legal que aspira a pormenorizar y que no es otra que la Ley General de Telecomunicaciones.

Ante la evidencia que su conducta no resultó compatible con los plazos indicados en el artículo 30° J de la Ley General de Telecomunicaciones y ante la eventualidad que la Corte dispusiera el cumplimiento de la última de las etapas contempladas en dicho artículo, esto es, que ante la ausencia de objeciones, las tarifas propuestas fueran oficializadas en el aludido plazo mediante decreto conjunto de ambos Ministerios publicado en el Diario Oficial, la autoridad reguladora postuló que “el inciso primero del artículo 30° J de la Ley General de Telecomunicaciones no se refiere a la situación de la recurrente”. En efecto, el regulador planteó que “[e]ste inciso se refiere exclusivamente a los procesos tarifarios relativos a concesionarias que tienen un decreto vigente que está próximo a expirar. [...] En el caso de la recurrente, al no tener esta un decreto tarifario que tuviere que ser reemplazado, no se aplica el inciso primero del artículo 30° J, toda vez que no existe un ‘vencimiento del quinquenio respectivo’ que justifique el accionar dentro de determinados plazos, al no haber peligro alguno de que se produzcan problemas de reliquidaciones o restituciones, u otros derivados de la prolongación del proceso tarifario más allá de la expiración del decreto tarifario

¹⁸ SAN MARTÍN, GREGORIO y FUENTES, FERNANDO: “Problemas económicos en la regulación

preexistente". Ante tal circunstancia, finaliza el regulador diciendo que "[p]or ende, no resulta procedente lo señalado por la recurrente, en el sentido que, una vez presentado su estudio y proposición tarifaria el 20 de Julio de 2001, comenzaba a correr para la Autoridad Administrativa el plazo de 120 días para pronunciarse sobre dichas tarifas a través de la Subsecretaría y que, transcurrido dicho plazo sin mediar objeciones de su parte, tales tarifas debían necesariamente ser oficializadas a través del respectivo decreto"¹⁷. En otras palabras, dado que el texto de la ley es claro respecto de las etapas y efectos, la autoridad opta, simplemente, por restarle fuerza vinculante al inciso completo, a pesar que solo la primera parte hace referencia a aquellas empresas con decreto tarifario anterior. Más grave aún, la autoridad reguladora del sector llega a sostener que no habría de qué preocuparse ante la ausencia de perjuicio para el regulado derivado de una eventual demora. Sin entrar a un examen profundo de este último juicio, el cual es al menos dudoso en términos teóricos, valga transcribir lo manifestado por un ex Subsecretario de la cartera: "Respecto de las empresas cuyos servicios afectos no han sido tarifados por la autoridad previamente, la ley no establece fecha inicial para el proceso. Esto puede llevar a un atraso significativo en el establecimiento de tarifas para nuevos entrantes, los cuales pueden verse en la necesidad de establecer contratos privados con la firma dominante (en condiciones de negociación asimétrica), muy difíciles de modificar, incluso una vez que las tarifas para los servicios regulados de la firma entrante sean establecidas por la autoridad"¹⁸. Nadie discute que atendiendo solo a la ley existe una cierta indefinición en la temporalidad del proceso, pero no puede olvidarse que esta se refiere fundamentalmente a la fecha de inicio del proceso de fijación de tarifas¹⁹. Una vez que el estudio tarifario ya ha sido presentado, la ley define las etapas, plazos y efectos consiguientes.

La Corte, con una lógica difícil de seguir, reconoce que el artículo 30° J debe aplicarse a las empresas que recurrieron de protección (habla de aplicación "por asimilación"), para luego sostener que esto sería así solamente hasta la época de dictación del Reglamento, fecha a partir del cual "solo debía estarse a las disposiciones reglamentarias referidas" debido a que estas empresas no tenían a esa fecha fijadas sus tarifas²⁰. Es decir, a pesar de existir un proceso establecido por la ley que identifica etapas, plazos y consecuencias, su efecto jurídicamente vinculante desaparecería ante la irrupción de una norma de menor jerarquía (un

del sector de las telecomunicaciones", capítulo 5°, en Ministerio de Economía –División Desarrollo de Mercados: *Experiencias regulatorias de una década (balance y propuestas*

reglamento), la cual no permitiría otra opción que comenzar todo de nuevo bajo algunas normas recientes que, curiosamente, no alteran los plazos y efectos señalados por el artículo 30° J de la Ley (aplicables una vez presentado el estudio tarifario), a la cual se alude repetidamente en los artículos 13 y 14 del Reglamento.

Lo reseñado con anterioridad implica un desprecio por la ley (y, ciertamente, por la Constitución). Es decir, no se respeta la jerarquía normativa ni tampoco la principal ley que se pretende ejecutar. La potestad reglamentaria de ejecución concretada en el reglamento aludido más que “ejecutar” se está interpretando de una manera más afín con el verbo “reemplazar”, sin considerar que, además, se está haciendo caso omiso a derechos y obligaciones válidamente originados de un procedimiento legal, lo cual es del todo antijurídico.

2.4. *Límite general consistente en el respeto a la jerarquía normativa.* Desconocimiento de la existencia de un procedimiento no concluido. Invaldación de facto de un procedimiento legal. Causal de extinción ilegítima de las obligaciones de la misma administración.

Como se expresó en el punto anterior, resulta sorprendente que aduciendo el cumplimiento de una norma reglamentaria (mal aplicada, como se verá) se pase por alto a la Constitución, a las leyes y a los derechos y obligaciones que de ellos derivan. Plantear que por la entrada en vigencia de una norma reglamentaria cesa una obligación de carácter legal implica un absoluto desconocimiento a la jerarquía normativa.

Tal como fue expresado acertadamente por la defensa de la empresa regulada, “el criterio adoptado resulta gravísimo y se configura un

para el futuro), colección Sin Norte, Lom Ediciones, p. 87.

- ¹⁹ Habría indefinición con respecto a la etapa de definición de las Bases Técnico Económicas, así como con respecto a la etapa de presentación del estudio tarifario. Una vez presentado el estudio, no existe razón alguna para pretender que los plazos indicados por la ley no se aplican a aquellas empresas que no contaban con fijación tarifaria anterior.
- ²⁰ El Considerando 18° de la sentencia comentada plantea que el artículo 30 J de la Ley General de Telecomunicaciones es “aplicable a las empresas recurrentes por asimilación”. Dicho esto, se agrega que “a la fecha de la dictación del Reglamento –25 de Febrero de 2003– las concesionarias recurrentes no tenían fijadas sus tarifas, mediante la dictación del respectivo decreto conjunto, por lo que a partir de esa fecha solo debía estarse a las disposiciones reglamentarias referidas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° transitorio, en cuanto establece que los procesos tarifarios que se hubieren iniciado con anterioridad –que se encontraran pendientes– se sujetarán al reglamento desde la fecha de su dictación, debiendo ajustar el procedimiento de fijación de tarifas a lo dispuesto en el artículo 25 del reglamento”.
- ²¹ Escrito de Apelación de GTD Telesat S.A. en los autos sobre recurso de protección, rol ingreso N° 2610-03, acumulado en los autos caratulados “Manquehue Net S.A. con Subsecretario de Telecomunicaciones”, causa rol N° 2598-2003.
- ²² El profesor AGUSTÍN GORDILLO (*Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª edición, 2004, Buenos Aires F.D.A, Tomo 3°, El Acto Administrativo, Cap. XIII: Extinción, p. 13 y ss.) ha

peligroso precedente judicial que autoriza a la Administración para promover vía reglamentaria, de verdaderas amnistías generales de incumplimientos de disposiciones y términos legales (...) que afectan e interfieren con los derechos de los particulares, lo que esta Corte no puede permitir sin causar con ello un grave daño al Estado de Derecho”²¹.

Con el oficio dictado por la SUBTEL en virtud del cual se requiere que el regulado presente las Bases Técnico Económicas dentro de cierto plazo y que implica la solicitud de inicio de un nuevo proceso, el regulador ha pretendido dejar sin efecto, ilegítimamente (de facto), un conjunto de actos administrativos. De hecho, no se ha cumplido con requisito jurídico alguno que permita sostener la extinción de los actos legítimos llevados a cabo en el procedimiento de fijación de tarifas²². Más aún, con la inactividad del regulador y la dictación del reglamento se pretende consolidar una situación de hecho que implique la extinción de lo obrado de pleno derecho, algo que, independiente de la ausencia de causal de extinción, contraría la regla general consistente en que tiene que haber un acto administrativo concreto que así lo declare. Es más, es un principio universal el hecho que el transcurso de los términos de silencio (por inactividad administrativa) no libera a la Administración de su deber de decidir²³. Un mínimo de certeza jurídica lo exige²⁴.

No se sostuvo en el caso, tesis alguna respecto de la invalidez o extinción del procedimiento tarifario desarrollado mas no terminado. Peor aún, se plantea que dado que el acto terminal (decreto de fijación de tarifas) no se llevó a cabo (se asume que no ha sido por causal imputable al regulado) no se habría consolidado situación jurídica alguna que permita a la empresa alegar su continuación o restablecimiento (o, al menos, su extinción o invalidación de facto). Es decir, ante la evidencia de inexistencia de causal formal alguna de terminación, extinción o invalidez de los actos intermedios constitutivos del proceso de fijación tarifaria, se optó por argüir, escueta y oblicuamente, que no había acto alguno que terminar u “oficializar” o, dicho de otro modo, que ninguno de los actos intermedios llevados a cabo produjo efecto jurídico alguno. Se ha hecho caso omiso al principio de eficacia de los actos administrativos. Solo habría existido para el regulado una mera expectativa sobre las tarifas que no llegó a concretarse.

sostenido que dentro de la extinción de actos legítimos, es posible distinguir los casos en que la extinción se produce de pleno derecho, de los casos en que debe ser pronunciada por la Administración o declarada por el particular: A) De pleno derecho: a) cumplimiento

Como bien puede apreciarse, lo fallado en este segundo caso contrasta radicalmente con lo concluido en el primero de los casos comentados, en el cual la Corte reconoce que del procedimiento nacen derechos para el concesionario susceptibles de incorporarse a su patrimonio y de ser protegidos acordemente²⁵. Así como se tiene derecho a que se cumpla una de las etapas del proceso de fijación de tarifas (resolución de las controversias por la comisión de expertos), con mayor razón se debería tener derecho a que se dicte el decreto de fijación tarifaria definitiva en virtud del cual se concluye el procedimiento. Precisamente ese es el objeto último y más importante del procedimiento.

2.5. Todo procedimiento implica límites, en especial aquellos en virtud del cual se fijan tarifas. Límites (y obligaciones) derivadas de las exigencias formales de carácter procedimental impuestas por el legislador.

Existe un procedimiento legal minuciosa y estrictamente reglado que constituye una garantía para el regulado y que debe ser obedecido. Como se advirtió con ocasión del comentario al primer fallo, del procedimiento de fijación de tarifas nacen derechos y obligaciones. Las obligaciones de la autoridad en el proceso de fijación de tarifas, señaladas en los artículo 30° I y 30° J de la Ley, se traducen en las siguientes: a) establecer y, eventualmente, resolver en definitiva las Bases Técnico Económicas propuestas por la empresa regulada; b) pronunciarse sobre la propuesta tarifaria de la concesionaria; c) Eventualmente, hacer objeciones fundadas respecto de las tarifas propuestas, las cuales deben enmarcarse estrictamente en las Bases Técnico Económicas del estudio

del objeto, del término o de una condición resolutoria; b) imposibilidad de hecho, esto es, imposibilidad sobreviviente de cumplimiento del acto. B) Dispuesta por acto administrativo: a) por causa del incumplimiento culposo por parte del individuo obligado por el acto: es la caducidad; b) por causa del no uso (desuso) por parte del interesado, de un derecho que el acto le acordaba; c) revocación por razones de inoportunidad, que a su vez pueden ser originarias o sobrevivientes. C) Declarada por el particular: a) la renuncia, en cuanto voluntaria declinación por el interesado, de los derechos que el acto le acuerda; b) la no aceptación o rechazo, en aquellos actos que requieren del consentimiento del particular para ser eficaces (premios, becas, etc.).

²³ GORDILLO, AGUSTÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª edición, 2004, Buenos Aires F.D.A, Tomo 4º, El Proceso Administrativo, Cap. VIII: el tiempo en el procedimiento, p. 34-35.

²⁴ Es más, con el fin de promover el valor de la seguridad jurídica, se ha reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el principio de la conservación de los efectos de los actos administrativo, aun cuando estos fueren ilegales, lo que ni siquiera ocurre en el caso en estudio.

²⁵ Ver considerando 8º.

²⁶ Ver juicio ordinario seguido actualmente por Telefónica CTC en contra del Fisco de Chile, ante el Tercer Juzgado Civil de Santiago, causa rol N° 720-02.

²⁷ La más destacada de las excepciones dice relación con aquellos casos en que la retroactividad de la norma favorece al administrado. Igualmente, puede admitirse retroactividad en aquellos casos en que no hay derechos involucrados, como, por ejemplo, cuando se

mencionado en el artículo 30° I; d) Efectuar, en su caso, contraproposiciones respecto de las objeciones señaladas en la letra precedente; y e) Dictar el decreto conjunto que oficialice las tarifas.

De los hechos acreditados con ocasión del recurso de protección examinado consta que la autoridad reguladora no dio cumplimiento a los plazos contenidos en el procedimiento legal de fijación de tarifas. En efecto, en la primera parte del considerando 18° se reconoce que *“es cierto que los Ministros de Transportes y Telecomunicaciones y el Ministro de Economía y Reconstrucción, no oficializaron las tarifas definitivas de los servicios afectos a regulación prestados por Manquehue Net y GTD Telesat Ltda., en plazo de 120 días corridos, que no son fatales para la autoridad, de acuerdo a lo dispuesto en la letra a) del artículo 16 bis de la Ley General de Telecomunicaciones, mediante el respectivo decreto conjunto de ambos Ministerios...”*.

Por mucho que los plazos no sean fatales, la autoridad no está jurídicamente habilitada para hacer caso omiso a su cumplimiento. En casos pasados²⁶, ha habido controversia respecto del alcance de alguna de las obligaciones señaladas precedentemente, en especial aquellas que dicen relación con los requisitos exigibles a la autoridad en el acto de objeción fundada y contraproposiciones, en caso de existir. Sin embargo, la falta de consideración que ha habido en el caso en comento excede lo esperable.

2.6. Límite temporal: irretroactividad de los reglamentos. En forma repetida, el fallo expresa que las disposiciones del Reglamento rigen *in actum*, como si cualquier situación jurídica anterior tuviere que ceder indefectiblemente a las nuevas reglas impuestas por dicha norma jurídica. Sin perjuicio que no se pretende profundizar sobre el tema, no puede olvidarse que los reglamentos, por regla generalísima, no pueden aplicarse con efecto retroactivo²⁷. La misma Ley N° 19.880 (que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado) en su artículo 52° no hace más que reconocer algo universalmente aceptado: “los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los administrados y no lesionen derechos de terceros”.

A mayor abundamiento, si, en algunos casos, puede restringirse la aplicación en el tiempo de una nueva ley que se haya dictado, con mayor razón esto ocurrirá con los reglamentos. Asimismo, no puede desatenderse al hecho que los reglamentos son producto de la volun-

trata de disposiciones meramente aclaratorias e interpretativas.

tad administrativa, que es una voluntad subordinada y secundaria. Una norma reglamentaria, por mucho que exprese que sus disposiciones regirán desde su publicación en el Diario Oficial, debe respetar aquellas situaciones que se hayan consolidado en forma previa. En el caso en comento, los regulados llevaban cumpliendo desde hace mucho tiempo los requerimientos y obligaciones impuestas por las diferentes etapas de un procedimiento legal largo y de consolidación progresiva. Los procedimientos de fijación de tarifas son estrictamente formales y de ellos nacen derechos y obligaciones, aserto que pareciendo obvio y evidente al inicio de este artículo, luego de revisar este fallo parece útil su repetición.

2.7. *Límite a la acción de la autoridad reguladora en virtud de los derechos adquiridos que pudieren tener las empresas reguladas.* Continuando con el punto anterior referido al límite temporal de los reglamentos, es posible sugerir que el fallo avala el desconocimiento por parte de la autoridad reguladora a los límites impuestos por los derechos válidamente adquiridos por el regulado y que se originan del proceso de fijación de tarifas. En efecto, el considerando 20° de la sentencia expresa que las concesionarias recurrentes *“solo ostentaban una mera expectativa, respecto de la fijación tarifaria propuesta, la que no se logró establecer de la manera pretendida por los recurrentes, por la entrada en vigencia del Reglamento, que retrotrajo el procedimiento a la etapa de requerir una nueva propuesta de bases”* (énfasis agregado). Esto contrasta nítidamente con la opinión de la Corte en el primer fallo comentado, en el cual se declaró que la empresa regulada tenía *“incorporado en su patrimonio el derecho a contar con la actuación de un órgano independiente –la Comisión de Expertos– que resuelva o se pronuncie sobre las discrepancias que se presenten (...) por ello, el acto impugnado –las Bases Preliminares referidas, en su capítulo V– atentan, al menos en grado de amenaza, en contra del derecho de propiedad de la recurrente respecto de aquel derecho que emana del sistema que constituye el procedimiento de fijación de sus tarifas, y que se encuentra, como se ha dicho, en su patrimonio”*.

El contraste entre los dos fallos es evidente. La posición mayoritaria de la jurisprudencia, sin embargo, apoya la doctrina emanada del segundo de los fallos, al sostenerse, en palabras del profesor Ferrada, que “la

²⁸ FERRADA, JUAN CARLOS: “La Progresiva Constitucionalización del Poder Público Administrativo Chileno: un análisis jurisprudencial”, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 81-82.

²⁹ El artículo 25° del Reglamento que regula el procedimiento, publicidad y participación del proceso de fijación tarifaria establece lo siguiente:

protección constitucional del derecho de propiedad, en la medida en que se extiende a las diversas especies de propiedad, incluidos los 'bienes incorpóreos', da cobertura a todos los derechos reales y personales, (...) [C]ualquier derecho de un particular, independiente de su patrimonialidad, es susceptible de protegerse por el derecho de propiedad establecido en el art. 19 N° 24 CPR y, por tanto, amparable por el recurso de protección. [...] En este contexto, las potestades administrativas han encontrado un límite infranqueable en la propiedad de los derechos – en sentido amplísimo– de los particulares, ...”²⁸.

2.8. *Límite intrínseco: equivocada interpretación de lo prescrito en el mismo reglamento respecto de su vigencia.* Lo primero que llama la atención del fallo, más aún teniendo presente ahora lo expuesto en los dos puntos anteriores, es su peculiar (y arbitraria) interpretación de los artículos 25 y primero transitorio,²⁹ lo cual ha llevado a sostener, equivocadamente, que sus normas deben gozar de una inmediata aplicación en la relación tarifaria entre regulador y regulado, avalando el oficio expedido por el regulador, en virtud del cual se da inicio a un procedimiento tarifario completamente nuevo, sin consideración alguna por un procedimiento al cual solo le faltaba la oficialización de las tarifas definitivas mediante el decreto pertinente. La Corte declara que dicho oficio fue despachado en “cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento y en su artículo 1° transitorio”³⁰. Es posible argüir que la interpretación de la Corte, la cual es, por lo demás, bastante escueta, carece de sentido. En primer lugar, no correspondía aplicar al caso en estudio ni el artículo 25° ni el artículo 1° transitorio inciso 1°, sino tan solo el artículo 1° transitorio en sus incisos 2° y siguientes. Desde el punto de vista de la vigencia temporal, este último artículo (en su inciso 2° y siguientes) es de aplicación específica, constituyendo una excepción a lo dispuesto en el inciso 1° del mismo, el cual establece la regla general de que las normas permanentes del Reglamento (incluido su artículo 25°) se encontrarían vigentes desde el momento de su publicación. En segundo lugar, se desconoce el mandato de “armonización” indicado en el inciso 2° del artículo 1° transitorio. De hecho, al expedirse el oficio en virtud del cual se gatilla la realización de todo un nuevo y completo proceso tarifario, se está desechando (no adecuando ni armonizando) el proceso casi completo vigente a ese momento. En tercer lugar, no debiera sorprender que la razón de ser de los incisos 2° y siguientes del artículo 1° transitorio fuera, precisamente, no afectar o desconocer los procesos tarifarios iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia general del Reglamento. Es una técnica de elaboración normativa común. Lo manifestado respecto a la irretroactividad de los

reglamentos y al respeto a los derechos adquiridos apoya tal orientación. Por último, el ejercicio interpretativo no puede aislarse del entendimiento del ordenamiento jurídico general, del cual nacen derechos subjetivos para los administrados, los cuales deben ser respetados.

2.9. Límite general consistente en el respeto a los principios generales del derecho. Se utiliza el lenguaje de los principios generales del derecho tanto en virtud de su común reconocimiento como límite general de los reglamentos,³¹ como en razón de un mejor orden en la exposición de las ideas del presente artículo.

2.9.1. Vulneración al principio de la buena fe (intrínsecamente ligado al valor de la confianza y seguridad jurídica).

Este principio, en atención al caso concreto bajo análisis, engloba todas

“Las concesionarias que no tengan fijadas sus tarifas al momento de publicarse este Reglamento y toda nueva concesionaria, serán requeridas por la Subsecretaría para presentar su propuesta de Bases y señalar una dirección de correo electrónico para los efectos del artículo anterior dentro de un plazo de 20 días contados desde el requerimiento. Presentada la propuesta o transcurrido dicho plazo, sin haber ello ocurrido, la Subsecretaría dispondrá de 30 días para establecer las Bases, de conformidad con el artículo 9 del Reglamento. En estos casos, el aviso al que se refiere el inciso 2º del artículo 20 se practicará dentro de los 10 días siguientes al requerimiento de la Subsecretaría.

El aviso de la fecha de inicio del Estudio a que se refiere el artículo 13º deberá darse dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se hayan establecido las Bases Definitivas. El estudio se entregará a más tardar 180 días después de la presentación de la propuesta de Bases de la Concesionaria”.

Por su parte, el artículo 1º transitorio dispone que:

“El presente Reglamento regirá desde su publicación en el Diario Oficial.

Los procesos tarifarios que se hubiesen iniciado con anterioridad, se sujetarán a él desde ese momento. La Subsecretaría, dentro del tercer día de producida la publicación, impartirá las instrucciones pertinentes a fin de armonizar las actuaciones previas a la entrada en vigencia del presente Reglamento con las posteriores a dicho evento.

Los documentos o antecedentes que se hubiesen generado en el proceso antes de la publicación de este Reglamento se pondrán a disposición del público luego de producida esta, de conformidad a las reglas establecidas en el artículo 19º.

Si ya hubiese transcurrido el plazo para efectuar el aviso al que se refiere el inciso segundo del artículo 20º, aquel se practicará dentro de los tres días siguientes a la publicación de este Reglamento en el Diario Oficial, con una explicación breve de las etapas que ya se hubieren desarrollado dentro del proceso tarifario respectivo y de la forma en que se recibirán las opiniones, considerando el avance de dicho proceso.

Dentro del mismo plazo, se pondrán a disposición del público todos los documentos y antecedentes que se hubieren generado hasta ese momento en el proceso, en los casos, forma y condiciones establecidos en el artículo 19º”.

³⁰ Considerando 15º.

³¹ Ver, a modo ilustrativo, a SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO y PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *Derecho Administrativo La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989, p. 75 y ss. Igualmente, ver a GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN: *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Tomo I, 11ª Edición, 2002.

³² DROMI: *Manual de Derecho Administrativo*; Buenos Aires, 1987, Tomo I, pp. 409 y ss.; citado por González Pérez, Jesús: *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 2ª edición, Civitas, 1989, p. 53.

las características anotadas en las letras anteriores, las cuales están íntimamente conectadas entre sí.

En lo que respecta al respeto al principio de buena fe, es posible argüir que la conducta de la autoridad reguladora implica su vulneración. En el centro del concepto de buena fe está la confianza en la actitud que cabría esperar de aquel con el que se tiene una relación. La buena fe significa que una persona cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos³². No puede olvidarse que los principios generales del derecho, dentro de los cuales se encuentra el de la buena fe, forman parte del ordenamiento jurídico, lo fundamentan y existen con independencia de que hayan o no sido acogidos por una norma jurídica. Asimismo, la buena fe es un principio informador de la labor interpretativa de cada una de las normas que integran el ordenamiento jurídico. No en vano el Tribunal Constitucional en un reciente e importante fallo habla de la "interpretación de buena fe, finalista y razonable de la Constitución"³³. Este principio puede manifestarse de diferentes formas y en diferentes ámbitos, por de pronto, en aquel objeto de estudio.

El principio de la buena fe puede presentar diferentes manifestaciones. En lo que concierne al caso en cuestión, resulta pertinente aquella máxima que indica que nadie puede ir contra sus propios actos (*Impe-dir venire contra factum proprium non valet*). El aprovechamiento que la administración hace de sus propios actos no solo no es reflejo de un actuar respetuoso con la buena fe, sino que constituye, como contrapartida, una lesión a la confianza legítima de las partes. Un ejemplo de lo anterior puede apreciarse de la inconsistencia de la Administración, la cual pretende justificar su inactividad (y, por ende, las obligaciones que sobre ella pesaban en términos de plazos), en virtud de un acto imputable a ella misma, como es la dictación del reglamento "exculpatorio". Por un lado se alega la ausencia de constreñimiento ante normas legales y, por otro, se argumenta una suerte de autoconstreñimiento distinto en razón del cumplimiento de un acto posterior de la autoridad administrativa y de menor valor normativo.

Incluso más, las mismas señales proporcionadas por el regulador, sea a través de actos administrativos intermedios dirigidos a fijar tarifas

³³ Tribunal Constitucional, Rol N° 410 / 2004, considerando 23°.

plenamente eficaces, o por medio de comunicaciones escritas del regulador al regulado informando que "... se encuentra analizando los antecedentes proporcionados por su representada para los efectos de proceder a la dictación del Decreto Supremo de la referencia [de fijación tarifaria]...", podrían dar lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios³⁴. Esta doctrina constituye otra aplicación del principio de la buena fe consistente en el respeto a la confianza creada en el administrado por la actuación de la Administración en un determinado sentido. Aquí el estándar de conducta para el administrado es incluso menor, ya que se aplica ante la presencia de actos de la administración que siendo jurídicamente eficaces, implican un error que favorece al administrado de buena fe carente de derechos subjetivos³⁵. En el caso en comento, y a pesar de la equivocada doctrina emanada de este segundo fallo, el administrado o regulado sí tiene derechos subjetivos que deben ser respetados³⁶.

Finalmente, puede resultar útil citar uno de los considerando del conocido fallo del Tribunal Constitucional conocido como "Deuda Subordinada", en el cual se avizora no solo la conexión entre los principios de irretroactividad, derechos adquiridos y seguridad jurídica, sino que también permite colegir la fortaleza del principio de la irretroactividad aplicado a los reglamentos, norma jerárquicamente inferior a los actos legales a los que se refiere la sentencia: "Que, asimismo, la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar solo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida **si el legislador,**

³⁴ La literatura jurídica ha sido fértil en asignar diferentes denominaciones a situaciones muy similares, si no iguales.

³⁵ Para González Pérez, "En Derecho Administrativo la doctrina de los actos propios operará únicamente cuando la Administración, con actos eficaces jurídicamente, haya revelado su designio de definir una situación jurídica, al margen de la existencia o no de derechos subjetivos derivados del acto o actos administrativos reveladores de aquella conducta" (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: ob. cit. p. 141).

³⁶ El mismo González Pérez explica que "... tradicionalmente la jurisprudencia viene vinculando la doctrina de los actos propios a la del respeto a los derechos adquiridos, sin

con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquellas con las cuales quien los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución;³⁷.

2.9.2. Infracción al principio de igualdad ante la ley³⁸

A pesar que en el fallo de la Corte comentado no hay mayor desarrollo de por qué no hay perturbación o amenaza a garantías constitucionales, existe una referencia al diferente trato para con otra empresa competidora alegada por la empresa recurrente: *“Que, de otro lado, la situación de la empresa VTR Telefónica S.A. a la época de la dictación del Reglamento, era totalmente distinta de la situación de las empresas recurrentes, puesto que la primera había concluido su proceso tarifario, todo lo cual permite descartar las infracciones denunciadas a la garantía de la igualdad ante la ley y de la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”*³⁹. Como puede apreciarse, la referencia a este alegato del regulado es bastante exigua y, posiblemente, equivocada si de los hechos puede demostrarse que se encontraban en la misma situación (procedimientos tarifarios coetáneos).

2.9.3. Vulneración al principio de razonabilidad⁴⁰.

Aun suponiéndose que la actuación de la administración fuera legal, eso no la exime ante la posibilidad de que su conducta sea arbitraria. La observancia a la forma legal no sana lo arbitrario. Lo que ocurre aquí es que no solo se está ante una conducta ilegal, sino también arbitraria. Valga, en todo caso, la distinción, la cual se encuentra explícita en la concepción del recurso de protección⁴¹.

Todos estos principios están ligados entre sí y tienen un indudable reco-

establecer distinción” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: ob. cit. p. 142).

³⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de febrero de 1995, rol N° 207, considerando 67°: cuestión de constitucionalidad que se suscitó durante la tramitación del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los bancos con obligación subordinada.

³⁸ Por razones de esquematización se ha incluido el breve análisis del principio de igualdad ante la ley, ampliamente reconocido por la Constitución, como principio general de derecho, que, ciertamente, también lo es.

³⁹ Considerando 22°.

⁴⁰ Este principio está íntimamente relacionado con los anteriores. De hecho, el principio de

nocimiento constitucional. La interdicción de la arbitrariedad, principio común a los tres recién nombrados, se encuentra en la base de lo que el recurso de protección pretende cautelar.

IV. EL SENTIDO Y RAZÓN DE SER DE LAS FORMAS EN EL PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN DE TARIFAS Y EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La regulación estatal de las tarifas a cobrar por los servicios de una empresa es una actividad excepcional. Esto es así no solo en consideración a que la regulación es un sustituto imperfecto –de un mercado competitivo– altamente expuesto a fallas, sino también en atención a que la misma Ley General de Telecomunicaciones –en su artículo 29º– dispuso, como regla general, que los precios por los servicios prestados por los concesionarios son libremente determinados por los prestadores.

Especial preocupación tuvo el legislador en el procedimiento de fijación de tarifas, en el cual se detalla en forma precisa e imperativa el marco de acción de la autoridad regulatoria (artículo 30º J). Así, el regulador cuenta con una potestad minuciosamente normada, la cual, además, debe interpretarse restrictivamente por versar sobre una actividad excepcional.

El estricto procedimiento establecido por la ley, en el que no existe un único actor, lejos de ser antojadizo, tiene un sentido y razón de ser. La ley promueve una participación activa de la empresa regulada, en el que las formas no solo proporcionan una **garantía** de transparencia, predictibilidad y certidumbre –es decir, de un debido proceso–, sino que son, además, funcionales para el logro de un resultado lo más apropiado posible, en especial desde el punto de vista técnico. Pero la relevancia de las formas o procedimiento legal impuesto tiene un valor que va incluso más allá de su relación con la otra parte del procedimiento. Valores como la lealtad en el procedimiento, la transparencia y el control responden a una exigencia de legitimidad del sistema regulatorio mismo, el cual difícilmente puede descansar en la eficiencia o solidez de un resultado técnico que jamás podrá emular el resultado de

igualdad ante la ley ha sido denominado, también, como de ‘interdicción de la arbitrariedad’.

⁴¹ En el artículo del profesor ARTURO FERNANDOIS (“Discrecionalidad urbanística y garantías constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1, 1998, p. 243-248), en virtud del cual se comenta una determinada jurisprudencia, es posible apreciar con nitidez la confusión que, a veces, se apodera de nuestras cortes al no distinguirse correctamente la impugnabilidad por ilegalidad de aquella por arbitrariedad. El mencionado autor sostuvo

un mercado suficientemente competitivo.

Por último, el valor de las formas o procedimientos está, además, expresamente reconocido por la Constitución Política de la República, la cual, según lo dispone su artículo 7º, constituye un requisito de validez de la actividad de los órganos del Estado. La exigencia de forma (forma-procedimiento) impuesta por el artículo 30º J de la Ley Nº 18.168 está muy lejos de ser un simple formalismo carente de relevancia jurídico-constitucional. Por el contrario, los pasos y requisitos que se imponen constituyen formalidades esenciales. No está de más, a este respecto, citar la postura del gobierno anterior sobre el valor de las formas: “Debido a la naturaleza del derecho público, las formas juegan un papel de mayor importancia que en otras ramas del derecho. Su misión es asegurar el máximo de seguridad con el mínimo error. De la debida observancia de las formas impuestas normativamente, depende el mayor acierto y eficacia de las resoluciones y seguridad jurídica de las mismas”. (énfasis agregado)⁴².

En similar sentido, y para finalizar lo expuesto sobre este punto, cabe citar al profesor Soto Kloss, quien afirma que “En el derecho público la ‘forma’ es *garantía*, garantía ineludible e insoslayable de un Estado de Derecho en cuanto significa respeto y sujeción al ordenamiento jurídico (Constitución y ley) como –y principalmente– respecto de los derechos de las personas, derechos esenciales, fundamentales y adquiridos (arts. 5º inc. 2º, 19, y 19 Nº 24, respectivamente). Dada la formulación a este respecto que hace la Constitución, el *procedimiento* o *forma* no es un aspecto meramente accidental o adjetivo, como muchas veces por desgracia, se estima, a lo procesal o procedimental;”⁴³.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El comentario a las dos sentencias judiciales que se han expuesto

que a veces se “evad[e] un análisis prolijo de la arbitrariedad del acto funcionario, confundiendo peligrosamente la existencia de la facultad legal con el uso razonable, justo y fundado de la misma. Es el viejo conflicto de la arbitrariedad saneada por la legalidad”.

⁴² Ministerio Secretaría General de la Presidencia, División Jurídico-Legislativa: *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, Primer Tomo, p. 75.

⁴³ SOTO KLOSS, EDUARDO: *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, tomo II: El principio de juridicidad, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 63.

⁴⁴ La autoridad reguladora ha expresado la aprensión consistente en que “aceptar la pretensión de la recurrente no hace más que validar el abuso que las empresas sanitarias hacen del procedimiento de tarifas para obtener valores superiores incluso a las propuestas por ellas mismas, con lo que se vulnera el sentido de la legislación sanitaria de limitar el poder monopólico de aquellas empresas que tienden a cobrar precios excesivos a sus clientes” (Vistos Nº 4 de la primera sentencia examinada en el presente artículo).

ha sido fundamentalmente jurídico. Y resulta lógico que así sea. Sin embargo, cuando se habla de tarificación de servicios económicos básicos, esta no es la única dimensión. Además de los aspectos formales, procedimentales e institucionales en que lo jurídico es relevante, también existen aproximaciones sustantivas y funcionales en donde se destacan aspectos metodológicos (entre otros) en que lo económico resulta relevante. No puede perderse de vista que, en último término, lo que se busca es alcanzar precios o tarifas que emulen (en la medida de lo posible) los precios que habrían surgido en un mercado competitivo.

Siendo este el objetivo último, podría parecer razonable, en una primera instancia, pensar que el regulador debiera contar con espacios de discreción amplios que le permitan actuar con la flexibilidad y rapidez requerida. Ciertamente, serían muy pocos los reguladores que no aplaudieran iniciativas en dicha dirección, los cuales, imbuidos en auténticas motivaciones de interés público, bien podrían sugerir que las instancias de control o revisión derivan en costosas y demorasas disputas muy poco eficientes al final del día. Para qué decir si la revisión está a cargo de la judicatura. En tales casos, además, se podría estar perjudicando el carácter técnico a manos de quienes no lo son. Un buen resultado es más importante que el proceso o camino tomado para alcanzarlo, se diría y, a no dudarlo, parte de verdad hay en tales apreciaciones.

Cuando el regulador (en el primero de los casos comentados) intenta “manejar” el sistema de discrepancias, acotándolo a unos pocos parámetros globales sobre la base de divergencias en cuanto al resultado, está abogando por evitar que el proceso pueda, eventualmente, entramparse y mal utilizarse (el respeto a los procedimientos es exigible para ambas partes). En otras palabras, el regulador aspira a que se le proporcione un margen de acción lo suficientemente amplio como para que pueda arribar a las “mejores tarifas”⁴⁴.

Cuando el regulador (en el segundo de los casos) retrotrae un procedimiento de años a fojas cero, lo hace con el fin de adecuarse lo mejor posible a lo que él considera son nuevas circunstancias, y necesita flexibilidad y libertad para ello⁴⁵.

No obstante las entendibles aspiraciones de los reguladores por un mayor espacio de libertad o discreción que, en definitiva, haga posible la consecución de los valores del conocimiento técnico (o *expertise*) y de la eficiencia (ambos importantes en un buen sistema de tarifas), estos

⁴⁵ La autoridad reguladora plantea, en su informe de fecha 14 de junio de 2003 a la Corte, que habría una imperiosa necesidad legal de iniciar un nuevo procedimiento de fijación

no deben pasar por alto el hecho que existen legítimos intereses contrapuestos y que la supuesta tarifa técnicamente ideal no existe.

En efecto, por un lado, hay que reconocer que la fijación de tarifas es un ejercicio en que se deben balancear diferentes intereses en tensión, lo que llama a una moderación en el “ímpetu libertario” del regulador y, por consiguiente, a una mayor consideración por los valores del debido proceso y *accountability* (o control). La problemática de los monopolios y la regulación puede ser abordada, alternativamente, desde el punto de vista de la protección de los consumidores frente a un abuso del monopolio, o desde la óptica de la protección de los inversionistas embarcados en inversiones irreversibles en activos de larga vida frente a un comportamiento oportunista del gobierno⁴⁶. Al final, y en términos generales, el principal desafío radica en hacer frente al *trade off* que implica el logro de precios no abusivos, pero que, a su vez, no inhiban la inversión y desarrollo de la industria. La experiencia ha mostrado que tanto el regulador como el regulado tienden a maximizar el interés opuesto, el cual termina siendo moderado, a menudo, por las instancias “arbitrales” técnicas.

Por otro lado, la aspiración del regulador por mayores márgenes de acción en pos del logro de la tarifa más eficiente se ve relativizada ante la realidad de lo que muy bien ha advertido Stephen Breyer, quien señala que “no se puede olvidar que la regulación es un instrumento extremadamente tosco que no se puede afinar. (...) Lo que uno trata de hacer al regular la tarifa de una industria es imaginar cuál sería esta en condiciones de libre mercado para un producto en que no existe un mercado libre. No es fácil hacer esa estimación y no importa cuánto tiempo se invierta en ello, el resultado siempre será extremadamente impreciso. (...) Lo importante es no regular presumiendo que se va a obtener un resultado afinado”⁴⁷.

Las consideraciones anotadas precedentemente nos llevan a ratificar la valoración por las formas y procedimientos, así como por las instancias de control, sea este judicial, técnico o ciudadano. Lo anterior, sin perder de vista la parte de razón de quienes miran con cierta reticencia el apego a estos criterios.

Los dos casos judiciales analizados van sin duda en la dirección opuesta. En el primero de ellos su resultado (el cual aprobamos) deviene en un mayor espacio para un control técnico (por una comisión de expertos) más independiente de las partes del proceso, lo cual maximiza el

de tarifas a la recurrente “por cuanto para arribar a un nivel tarifario ajustado a derecho, no pueden considerarse sin la adecuada actualización los antecedentes presentados en

valor del debido proceso, del control o *accountability*, pero también, dado su carácter experto, de los valores de conocimiento técnico y eficiencia usualmente enarbolados por aquellos más incómodos con los ya señalados criterios de carácter legal y formal. En contraste, en el segundo caso examinado (con el cual discrepamos) las pretensiones de “actualización a las supuestas nuevas circunstancias” por parte del regulador se ha hecho a costa de un completo y absoluto desprecio por el procedimiento y los límites (y derechos contrapuestos) involucrados. Aquí, bajo la aspiración por la obtención de la mejor tarifa, la más eficiente, vulneró la legalidad, se avaló la irrazonabilidad y, en definitiva, se consagró un escenario de demoras y pérdida de seguridad y confianza, estas últimas, posiblemente, una de las más cruciales y reconocidas ambiciones de cualquier comentarista sobre estos temas⁴⁸.

Finalmente, es posible hacer algunos comentarios respecto de las orientaciones generales que pudieran tener los perfeccionamientos a los procesos de fijación de tarifas. Mucho se ha hablado, por ejemplo, del fortalecimiento de las instancias de revisión “técnica”. En este sentido, debe mirarse con interés lo experimentado en materia eléctrica, en donde se le ha dado permanencia (los mismos integrantes en forma continua en el tiempo), vinculabilidad (determinaciones obligatorias) y solidez (en virtud de un mayor número de integrantes) a la comisión de expertos⁴⁹. Mucho se ha hablado, también, de minimizar las posibilidades de divergencia en las interpretaciones de las normas jurídicas. No cabe duda que la integración de los vacíos con normas jurídicas claras puede ser beneficioso. En este sentido, la dictación del Reglamento que regula el procedimiento, publicidad y participación del proceso de fijación tarifaria es, en términos generales, un avance, a pesar de la equivocada interpretación llevada a cabo según se ha intentado demostrar en el análisis del segundo caso. El Reglamento aclara situaciones confusas o no regladas, y avanza en mayores niveles de

un estudio tarifario entregado a mediados del año 2002, habida cuenta la infinidad de cambios que en el mercado y las empresas se han producido desde esa fecha y que no pueden sino ser considerados”.

⁴⁶ Es posible sugerir que el riesgo de comportamiento oportunista es algo particularmente latente en sistemas regulatorios en que el regulador no goza de mucha independencia frente al poder político, como ocurre en nuestro país. No hay que olvidarse, por el contrario, que también existe el opuesto riesgo de captura del regulador por el regulado, fenómeno que si bien puede ocurrir (y ha existido evidencia empírica de aquello, especialmente en otros países) suele enarbolarse sin mayor profundidad de análisis, casi como un “lugar común”.

⁴⁷ BREYER, STEPHEN: “Cuándo y Cómo Regular los Servicios de Utilidad Pública”, en *Estudios Públicos*, 78 (Otoño 2000), p. 32 y ss.

⁴⁸ Solo a modo ilustrativo, véase las declaraciones como Ministro de Economía de José de Gregorio, quien manifestaba, hace algún tiempo, que lo que se busca es asegurar reglas

participación y transparencia en los procedimientos, algo largamente anhelado. En otro orden de cosas, mucho se ha dicho sobre el alto número y magnitud de las discrepancias que se generan entre regulador y regulado, respecto de materias supuestamente “técnicas”, con ocasión de los procesos de fijación tarifaria. Se ha intentado, por la vía de los incentivos adecuados, minimizar su ocurrencia, así como la práctica (por parte de las comisiones periciales) de “promediar” las posiciones de las partes en conflicto, como en el sector sanitario.⁵⁰ Sin embargo, la experiencia y el carácter eminentemente antagónico del procedimiento (mejor, en todo caso, que el unilateralismo discrecional predominante en otros países),⁵¹ unido a la imposibilidad de detallar a través de reglas jurídicas los temas sustantivos inherentes al método tarifario, hace muy difícil de evitar la aludida práctica. Finalmente, y asumiendo que el tema de las proposiciones no es la principal preocupación de este artículo, conviene destacar que la seguridad jurídica también pasa por orientaciones jurisprudenciales estables, para lo cual los comentarios académicos a la jurisprudencia relevante son habitualmente realizados con la esperanza de contribuir a aquello, aunque sea en forma mínima.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN GORDILLO: *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª edición, 2004, Buenos Aires F.D.A, Tomo 3º, El Acto Administrativo.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR: “Seguridad Jurídica en los Servicios Públicos gestionados por empresas privatizadas”, ponencia presentada en la VII Cumbre REGULATEL-AHCIET Santo Domingo, República Dominicana, 27-28 de julio de 2004.
- BREYER, STEPHEN: “Cuándo y Cómo Regular los Servicios de Utilidad Pública”; en *Estudios Públicos*, 78 (Otoño 2000).
- Corte Suprema, 14/07/1994, Gaceta Jurídica N° 169.
- Corte Suprema, 20/12/1989, Gaceta Jurídica N°114.
- Corte Suprema, 22/06/1992, Gaceta Jurídica N°144.
- FERNANDOIS ARTURO: “Discrecionalidad urbanística y garantías constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1, 1998.
- FERRADA, JUAN CARLOS: “La Progresiva Constitucionalización del Poder Público

del juego estables para fomentar la inversión, de manera de permitir que se creen mercados y que haya competencia (“Buscan eficiencia en procesos tarifarios”, *El Mercurio*, 15 de junio de 2001).

⁴⁹ En telecomunicaciones, la determinación del comité de peritos no es jurídicamente vinculante para el regulador, aunque debe destacarse que este se haya voluntariamente obligado por lo dictaminado por ellos en los procesos recién culminados. A su vez, tanto en el sector recién aludido como en el de servicios sanitarios los comités de expertos están compuestos por tres personas (uno designado por cada parte y el restante de común acuerdo), lo que puede otorgarle al perito de designación común un poder de decisión

- Administrativo Chileno: un análisis jurisprudencial”, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN: *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Tomo I, 11ª edición, 2002.
 - GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 2ª edición, Civitas, 1989.
 - GORDILLO, AGUSTÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª edición, 2004, Buenos Aires F.D.A, Tomo 4º, El Proceso Administrativo,
 - GUASCH Y SPILLER: “*Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin American and Caribbean Story*”, World Bank Latin America and Caribbean Studies, Viewpoints.
 - M. E. BEESLEY y S. C. LITTLECHILD: “*The Regulation of Privatised Monopolies in the United Kingdom*” en C. Veljanovski (ed.): “*Regulators and the Market*, London: Institute of Economic Affairs, 1991.
 - Ministerio Secretaría General de la Presidencia, División Jurídico-Legislativa: *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, Primer Tomo.
 - PAILLÁS, ENRIQUE: *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*; Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2002.
 - SAN MARTÍN, GREGORIO y FUENTES, FERNANDO: “Problemas económicos en la regulación del sector de las telecomunicaciones”, en Ministerio de Economía –División Desarrollo de Mercados: *Experiencias regulatorias de una década (balance y propuestas para el futuro)*, colección Sin Norte, Lom Ediciones.
 - SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO y PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *Derecho Administrativo –La jurisprudencia del Tribunal Supremo–*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989.
 - SOTO KLOSS, EDUARDO: “¿Procedimiento de emergencia vs. lato conocimiento? Incongruencias o compatibilidades en la acción de protección”, *La Semana Jurídica*, 26 de enero de 2003.
 - SOTO KLOSS, EDUARDO: *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, tomo II: El principio de juridicidad, Editorial Jurídica de Chile, 1996

determinante. Además, el carácter esporádico de su actuación, así como la variabilidad en su composición implica, posiblemente, resignar los beneficios potenciales de la curva de aprendizaje y de una progresiva consistencia en sus decisiones, lo que, en último término, favorece la predictibilidad de la regulación.

- ⁵⁰ El artículo 10º inciso 6º del DFL N° 70 señala que “la Comisión de Expertos deberá pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, en mérito de los fundamentos y antecedentes de los respectivos estudios, optando de manera fundada por uno de los dos valores, no pudiendo adoptar valores intermedios. La Comisión podrá modificar parámetros distintos de aquellos sobre los que verse la divergencia, si así lo requiere la consistencia global de la estructura tarifaria ...”. Igual disposición contiene el artículo 8º del DS N° 453.
- ⁵¹ A modo de ejemplo, la práctica de autoridades reguladoras en otras jurisdicciones de evitar dar razones precisas por sus determinaciones con el fin de dificultar el control judicial de las mismas ha sido ampliamente criticado. La ley chilena no quiere que aquello ocurra. Comentando el modelo tarifario del Reino Unido (conocido como RPI-X, o *price cap regulation*), un conocido regulador se jactaba que “los reguladores pueden tomar una

- Tribunal Constitucional, Rol N° 207 / 10 de febrero de 1995.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 410 / 2004.
- VELJANOVSKI, CENTO: “The Future of Industry Regulation in the UK – A Report of an Independent Inquiry”, Commissioned by The European Policy Forum, enero 1993.
- VELJANOVSKI, CENTO: “*The Regulatory Game*”, *Regulators and the Markets*, Institute of Economic Affairs, London, 1991.

visión independiente acerca de los espacios disponibles con que cuentan las empresas reguladas para efectuar mejoras productivas, usando para ello la discreción y los niveles de libertad que les está abierto, incluido la ausencia de una obligación que los constriña a justificar sus decisiones en detalle, con el fin de negociar un mejor acuerdo que el que hubiera podido ser posible” [M. E. BEESLEY y S. C. LITTLECHILD: “The Regulation of Privatised Monopolies in the United Kingdom” en C. VELJANOVSKI (ed.): *Regulators and the Market*, London: Institute of Economic Affairs, 1991. (La traducción es nuestra)]. Criticando la afirmación precedente, un destacado académico se preguntaba cuál podía ser este “buen acuerdo” que el regulador estaba negociando a costa de la transparencia deseable en estos procesos. Concluía que “esto demostraba una desproporcionada fe en la habilidad de las autoridades públicas para tomar las decisiones correctas, además de un desprecio por el debido proceso” [CENTO VELJANOVSKI: *The Future of Industry Regulation in the UK – A Report of an Independent Inquiry*, Commissioned by The European Policy Forum, enero 1993, p. 63]. La ley chilena no quiere que esto ocurra. De nuestros tribunales depende, también, que así sea.



