

FINANCIAMIENTO DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA SANITARIA Y URBANIZACIÓN DE TERRENOS PARTICULARES

MANUEL A. NÚÑEZ

*Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades
Católica del Norte y Católica de Valparaíso*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. § 1. Marco regulador aplicable a las sociedades del Estado prestatarias del servicio público sanitario. 1.1. Disciplina constitucional general. 1.2. Regulación legal y reglamentaria del sector sanitario. Notas principales del régimen. § 2. La urbanización de predios y la instalación de servicios sanitarios. La condición de cliente del urbanizador. § 3. Régimen de financiamiento de las obras de infraestructura sanitaria. 3.1. Premisa. 3.2. Normativa aplicable. 3.2.1. El régimen general de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza. En particular, su parcial derogación por la legislación especial. 3.2.2. Régimen especial de la normativa sanitaria. En particular la Ley de Servicios Sanitarios y la Ley sobre Fijación de Tarifas. 3.2.3. El contrato de aporte financiero reembolsable. § 4. Efectos del financiamiento, por parte de terceros, de obras que de acuerdo a la ley deben ser costeadas por la concesionaria sanitaria. 4.1. El fundamento del derecho de reembolso. El principio del enriquecimiento sin causa. 4.2. El *damnum cessans* y la plusvalía o el valor posterior de venta del terreno urbanizado. § 5. Acciones del acreedor del derecho de reembolso, conforme al derecho común aplicable a las empresas sanitarias. 5.1. Acciones administrativas. 5.2. Acciones judiciales, en especial el juicio declarativo. § 6. Prescripción de las acciones civiles del acreedor del derecho de reembolso. § 7. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta monografía es dilucidar cuál es el régimen legal de financiamiento de las obras de infraestructura sanitaria, cuando estas se ejecutan al urbanizar un terreno particular y con el objeto de que sean explotadas por una empresa sanitaria constituida por el Estado como sociedad anónima. En segundo lugar, definir cuál es la condición del urbanizador frente a la empresa sanitaria, como asimismo la naturaleza, fundamento legal y régimen de prescripción extintiva de las acciones que a aquel corresponden cuando, a su costa, ejecuta obras que exceden las necesidades exclusivas de su proyecto de urbanización.

Para dar respuesta a estas cuestiones, se estima indispensable indicar en forma previa cuál es el marco regulador aplicable en la ac-

tualidad al servicio público sanitario y cuál es la posición que en ese contexto le corresponde ocupar a las empresas urbanizadoras. Hecho lo anterior, se definirá el régimen que nuestro ordenamiento jurídico dispensa al financiamiento de las obras de infraestructura sanitaria.

§ 1. Marco regulador aplicable a las sociedades del Estado prestatarias del servicio público sanitario

1.1. Disciplina constitucional general

La primera norma que define el régimen aplicable a las empresas sanitarias en las cuales el Estado tiene participación es el art. 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. En lo pertinente esta norma establece que "el Estado y sus organismos podrán desarrollar activi-

dades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado" (cursivas nuestras).

Como se sabe, las trece más importantes empresas sanitarias existentes en Chile se constituyeron al amparo de las leyes N° 18.777¹ y N° 18.885². Estas leyes autorizaron al Estado

para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, a través de la constitución de sociedades anónimas abiertas participadas por el Fisco y la Corfo³. Con esto se traspasaban las funciones públicas del antiguo Servicio Nacional de Obras Sanitarias⁴ a personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro regidas, en cuanto sociedades, por la Ley N° 18.046 de 1981, y sujetas en consecuencia a todas las restricciones propias de las empresas en las cuales el Estado participa.

De las diversas características propias de estas empresas, y por la incidencia en el tema en estudio, cabe recordar aquí las siguientes⁵:

a) Se trata de personas jurídicas de derecho privado que, de acuerdo al art. 6° de la LOC. N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, no forman parte de la Administración de Estado. A lo sumo, se encuentran dentro de aquello que la doctrina ha llamado "Administración in-

¹ D. O. de 8 de febrero de 1989. Esta norma, que dio origen a las actuales Empresa Obras Sanitarias de Valparaíso S.A. y Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias, dispuso en su art. 1°: "Autorízase al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, en la Región Metropolitana de Santiago y en la V Región de Valparaíso.". En su art. 2° ordenó que "De acuerdo con la autorización establecida en el artículo anterior, el Fisco, y la Corporación de Fomento de la Producción en conformidad con su ley orgánica, constituirán dos sociedades anónimas, que se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas y que se denominarán 'Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A.' y 'Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A.', las cuales podrán usar las siglas 'EMOS S.A.' y 'ESVAL S.A.', respectivamente, quedando sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.". El inciso segundo del art. 2° de esa misma ley señalaba que "El objeto de estas sociedades será producir y distribuir agua potable; recolectar, tratar y evacuar las aguas servidas y realizar las demás prestaciones relacionadas con dichas actividades, en la forma y condiciones que establezcan esta ley y las demás normas que les sean aplicables".

² D. O. 12 de enero de 1990. El primer artículo de esta ley señalaba: "Artículo 1°.- Autorízase al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, en los términos que se señalan en la presente ley.". El artículo segundo dispone: "Artículo 2°.- De acuerdo a la autorización establecida en el artículo anterior, el Fisco de Chile, representado por el Tesorero General de la República, y la Corporación de Fomento de la Producción, en conformidad con su ley orgánica, constituirán once sociedades anónimas en las regiones I, II, III, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XI XII que se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas, quedarán sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros y tendrán las siguientes denominaciones, respectivamente.

- a) Empresa de Servicios Sanitarios de Tarapacá S.A.
- b) Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A.
- c) Empresa de Servicios Sanitarios de Atacama S.A.
- d) Empresa de Servicios Sanitarios de Coquimbo S.A.
- e) Empresa de Servicios Sanitarios del Libertador S.A.
- f) Empresa de Servicios Sanitarios del Maule S.A.
- g) Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío S.A.
- h) Empresa de Servicios Sanitarios de La Araucanía S.A.
- i) Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A.
- j) Empresa de Servicios Sanitarios de Aysén S.A.
- k) Empresa de Servicios Sanitarios de Magallanes S.A.

El objeto de estas sociedades será producir y distribuir agua potable, recolectar, tratar y disponer aguas servidas y realizar las demás prestaciones relacionadas con dichas actividades en la forma y condiciones establecidas en los decretos con fuerza de ley N°s 382 y 70, ambos del año 1988, del Ministerio de Obras Públicas."

³ Sobre la actividad empresarial del Estado, vid. Bertelsen, Raúl: "El Estado empresario en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho* 14 (1987), pp. 115-126; Pierry, Pedro: "Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado", en *Revista de Derecho Público* 37/38 (1985), pp. 219-239; Precht, Jorge: "El Estado empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional", en *Gaceta Jurídica* 80 (1987), pp. 13-24; Soto Kloss, Eduardo: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile", en *Ius Publicum* 2 (1999), pp. 119-128; Canales, Patricia: *El Estado empresario en la Constitución de 1980 y en la legislación complementaria* (Biblioteca del Congreso Nacional, Serie Estudios, año IV/ N° 91); Martel, Jorge: *El Estado empresario y su consagración constitucional y legal* (Memoria de Prueba, Concepción, 1987); Saldívía, Andrés: *Empresas Públicas y sociedades del Estado en la legislación chilena: 1973-1997* (Memoria de Prueba, Santiago de Chile, 1998); Reitze, José: *La actividad empresarial del Estado* (Memoria de Prueba, Santiago de Chile, 1996).

⁴ Persona jurídica autónoma de derecho público, creada por el DL. 2.050 (D. O. de 15 de diciembre de 1977).

⁵ Sobre esta modalidad de transferencia y "desafectación" de servicios vid. Aróstica, Iván: "Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad", en *Revista de Derecho Público* 55/56 (1994), pp. 143-160.

visible del Estado”⁶. Así lo ha estimado la propia Contraloría General de la República, quien ha sostenido que se trata de sociedades de derecho privado con personalidad jurídica del mismo carácter y con patrimonio propio, aportado inicialmente por entidades estatales, pero netamente diferente del patrimonio público⁷.

- b) Se trata de empresas a las que resulta plenamente aplicable el art. 19 N° 21 de la Constitución⁸. *En consecuencia, en cuanto personas jurídicas de derecho privado, constituidas con participación del Estado, se sujetan a las normas de derecho común aplicables a su negocio. Esto implica que para ellas no existen ni privilegios ni atribuciones exorbitantes propias de la Administración. Las excepciones o privilegios en cuanto al derecho aplicable solo pueden establecerse a través de una ley de quórum calificado.*
- c) En concordancia con lo anterior, los privilegios establecidos en favor de esas empresas jamás pueden encontrarse en leyes ordinarias, decretos con fuerza de ley⁹ o simples reglamentos.
- d) Atendida su naturaleza, y a los principios de la subsidiariedad del Estado y del régimen del Estado empresario, los privilegios establecidos en favor de estas empresas deben interpretarse restrictivamente¹⁰.
- e) Por último, por tratarse de empresas que reciben de manos del Estado la gestión de servicios de utilidad pública –transformados en actividades empresariales– ellas se encuentran sujetas a la intervención de la autoridad y a ciertos principios llamados de orden público económico, principios que justifican la existencia de numerosas obli-

gaciones que tienden a garantizar la satisfacción del interés general comprometido en ellas¹¹.

Más abajo se harán explícitas algunas consecuencias de estas reglas y principios.

1.2. Regulación legal y reglamentaria del sector sanitario. Notas principales del régimen

El marco regulador del sector sanitario se caracteriza por su dispersión, tecnicismo y por combinar cuerpos de carácter legal con fuentes de naturaleza reglamentaria. Sin entrar a detallar la profusa y dispersa reglamentación relativa a las actividades de producción y distribución de agua potable y recolección y disposición de aguas servidas¹², las principales normas que disciplinan la actividad son las siguientes: la *Ley General de Servicios Sanitarios* (DFL. N° 382, D. O. de 21 de junio de 1989), su Reglamento (DS. N° 121, D.O. de 27 de noviembre de 1991), la llamada *Ley sobre fijación de tarifas de servicio de agua potable y alcantarillado* (DFL. N° 70, D. O. de 30 de diciembre de 1988) y su Reglamento (DS. 453, D. O. de 17 de enero de 1990) y, por último, la Ley N° 18.902 (D. O. 27 de enero de 1990) que *crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios*.

En apretada síntesis, las características de este régimen son las siguientes:

- a) Conforme a lo explicado en el número precedente, por expreso mandato de la leyes N° 18.777 y 18.885, se trata de una actividad empresarial¹³, vale decir, *se trata de una*

⁶ Vid. Pierry, Pedro: “Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado”, en *Revista de Derecho Público* 37/38 (1985), pp. 219-239.

⁷ Dict. CGR. 2.016-96, a propósito de la naturaleza privada de las obras contratadas por Esva S.A. para levantar el Colector Gran Valparaíso.

⁸ Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia administrativa, vid. Dict. CGR. 22.683-96 y Dict. CGR. 39.846-97.

⁹ Recuérdese que, respecto de las materias propias de leyes de quórum calificado, no resulta procedente la delegación legislativa (art. 63 C. Política).

¹⁰ Para todo, vid. Aróstica, Iván: “Empresas Públicas y sociedades del Estado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año 3/3 (1999), pp. 29-46 (especialmente p. 37).

¹¹ Cf. Montero, Juan: “Titularidad privada de los servicios de interés general”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 92 (1996), pp. 582-584.

¹² Vid., entre otros, DS. N° 267 (D. O. de 11 de diciembre de 1980) Reglamento de Instalaciones Domiciliarias de Agua Potable y Alcantarillado; DS. N° 70 (D. O. de 6 de marzo de 1981) Manual de Normas Técnicas para instalaciones domiciliarias de agua potable y de alcantarillado; DS. N° 735 (D. O. de 19 de diciembre de 1969), Reglamento de los servicios de agua destinados al consumo humano; Ley N° 18.778 (D. O. de 2 de febrero de 1989) que establece un subsidio al pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado) y su Reglamento (DS. N° 529, D. O. de 20 de agosto de 1991); la Ley N° 3.133 (D. O. de 7 de septiembre de 1916) sobre Residuos Líquidos Industriales y su Reglamento (DS. N° 351, D. O. de 23 de febrero de 1993).

¹³ El Prof. Iván Aróstica llama la atención acerca del cambio que se produce en la naturaleza del servicio, antes prestado por un *servicio público* y actualmente en manos

actividad mercantil con fin lucrativo. Consecuencia de lo anterior es el carácter esencialmente oneroso del servicio, expresamente reconocido en el DFL N° 382, en cuanto señala que “no existirá gratuidad por la prestación de los servicios” (art. 56). Aunque no sea el objeto de este estudio, cabe recordar que en esta característica se encuentra la clave de la renovación del sistema sanitario llevado en Chile hacia fines de la década de los ochenta. En efecto, hasta la dictación de las leyes mencionadas, el servicio o era prestado en forma particular por algunas empresas menores o bien era asumido por el Fisco o las municipalidades, entidades estas últimas que no se encontraban en condiciones de mejorar la infraestructura, atendido el carácter insuficiente, ficticio y, en cierta medida, subvencionado, que tenían las tarifas que se cobraban. La única forma de enmendar el defecto de funcionamiento del sistema consistía en adecuar el cobro de las tarifas a un modelo nuevo, a través del cual efectivamente se recuperara el costo de las inversiones y se generara una utilidad que garantizara el financiamiento de la expansión de la infraestructura y, posteriormente, reeditara la inversión de los accionistas.

- b) Conforme a los arts. 3° y 5° del DFL N° 382, el objeto de esta actividad es el servicio público de producción y distribución de agua potable, y recolección y disposición de aguas servidas.
- c) La prestación del servicio se sujeta a un régimen de concesión¹⁴, otorgada por el Mi-

nisterio de Obras Públicas y que le confiere a la prestadora el monopolio del servicio dentro del área geográfica concesionada.

- d) La concesión impone a la empresa la obligación de prestar el servicio y de ejecutar (bajo el apremio de caducar la concesión) las obras de infraestructura¹⁵ en conformidad al Plan de Desarrollo¹⁶ elaborado por cada empresa y aprobado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Luego, el Programa de Desarrollo constituye un instrumento vinculante para la empresa, en el sentido que esta se encuentra obligada a ejecutarlo.
- e) Un principio fundamental es la obligatoriedad del servicio. Esto significa que para la prestadora no es facultativa sino obligatoria la entrega del servicio en las condiciones establecidas por la ley y su reglamentación¹⁷. Esta obligación se cumple, en forma preliminar, a través de la emisión obligatoria de un documento denominado *certificado de factibilidad*¹⁸. De acuerdo a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, se trata de un documento que debe emitirse dentro de veinte días hábiles¹⁹ y que, salvo los casos expresamente autorizados por la ley, no puede ser condicionado por la empresa prestadora.

de una empresa: “Como en este caso se trata de un proceso consistente en el desplazamiento de servicios o empresas estatales al sector privado, mediante su conversión en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y que generalmente revisten la calidad de continuadoras legales de aquellos, un mínimo de coherencia lógica conduce a concluir que, en ese mismo instante, se ha producido una derogación tácita de la ‘publicatio’: la función que estas asumen ha dejado de ser ‘propia’ del Estado” (en “Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad”, cit., pp. 159-160).

¹⁴ El art. 7° del DFL. 382 dispone que: “La concesión tiene por objeto permitir el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos indicados en el número 1 del artículo 1° de esta ley. El plazo por el que se otorga la concesión es indefinido, sin perjuicio de su caducidad, de conformidad a lo establecido en la ley.

Las concesiones o parte de ellas, podrán ser objeto de cualquier acto jurídico en virtud del cual se transfiera el dominio o el derecho de explotación de la concesión.

Las concesionarias de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas solo podrán destinar sus instalaciones al servicio público respectivo.”.

¹⁵ Ver art. 24 DFL N° 382.

¹⁶ Conforme al art. 53, letra k) del DFL N° 382 y al art. 99 del DS. 121/91 el 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”.

¹⁷ Art. 33 DFL. N° 382: “El prestador estará obligado a prestar servicio a quien lo solicite, sujeto a las condiciones establecidas en la ley y su reglamentación, y, en su caso, en el respectivo decreto de concesión. En caso de discrepancias entre el prestador y el interesado en lo que se refiere a dichas condiciones, estas serán resueltas por la entidad normativa, a través de resolución fundada, pudiendo incluso modificar el programa de desarrollo del prestador sin que ello represente daño emergente para este”.

¹⁸ Conforme al art. 53, letra m) del DFL N° 382 es “el documento formal emitido por las concesionarias de servicios sanitarios, mediante el cual asumen la obligación de otorgar los servicios a un futuro usuario, expresando los términos y condiciones para tal efecto”.

¹⁹ Resol. SISS. N° 1173, publ. D. Of. de 16 de diciembre de 1992.

- f) Complementa la característica anotada en la letra a) precedente, la sujeción (salvo casos muy excepcionales) del pago del servicio a una tarifa, que tiene el carácter de precio máximo²⁰.
- g) Por último, cabe destacar que el interés público que se encuentra detrás de la actividad explica y justifica que las empresas prestadoras se encuentren sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Dentro de las atribuciones de esta última institución, destaca la atribución que le entrega el art. 4º, letra c), de la Ley N° 18.902, en cuanto se trata de un órgano que posee la facultad de interpretar todas las disposiciones legales y reglamentarias, normas técnicas, instrucciones, órdenes y resoluciones que el mismo dicte, relativas a la prestación de servicios sanitarios²¹. En ejercicio de esta atribución se dictan resoluciones ("Ordinarios") que, si bien tienen un valor más indicativo que vinculante para los tribunales de justicia²², resultan extraor-

dinariamente útiles a la hora de fijar el sentido de la normativa sanitaria y, por otra parte, el sentido que deben adoptar las conductas de las empresas sanitarias. En efecto, para estas últimas, mientras no exista un dictamen judicial que diga lo contrario, dichas interpretaciones (expresadas en ordinarios u otras instrucciones) son obligatorias, encontrándose su incumplimiento sujeto a las sanciones administrativas a que se refieren los artículos 11 y siguientes de la Ley N° 18.902²³.

§ 2. La urbanización de predios y la instalación de servicios sanitarios. La condición de cliente del urbanizador

Luego de haber explicado las características generales del régimen, corresponde analizar las condiciones en que se ejecutan las obras de infraestructura sanitaria en aquellos predios que carecen de ella, vale decir, en los predios no urbanizados. Lo anterior, con el objeto de definir si el urbanizador entra en la categoría de personas a las cuales la empresa sanitaria puede exigir los aportes de financiamiento reembolsables a que se refiere el DFL. N° 70 y, por lo mismo, si el urbanizador puede ser acreedor del derecho de reembolso que resulta de esas mismas disposiciones.

Como se sabe, la urbanización de un predio es el proceso que tiene por objeto "dotar a una superficie territorial que experimenta crecimiento urbano por extensión o por densificación, de infraestructura vial, *sanitaria* y energética, con sus obras de alimentación y desagües; de plantaciones y obras de ornato; obras de defensa y servicio del terreno; equipamiento de áreas verdes, proporcionales a las densidades fijadas por el instrumento de planificación territorial" (art. 1.1.2 Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, *cursivas agregadas*). En ese contexto, el dueño del predio que no

²⁰ El artículo 1º del DFL. N° 70 establece: "Estarán sujetos a fijación de tarifas los servicios de agua potable y de alcantarillado de aguas servidas, prestados por servicios públicos y empresas de servicio público, en adelante, prestadores tanto a usuarios finales, como a otros que actúen como intermediarios respecto de aquellos. Sin embargo, no estarán sujetos a fijación de tarifas aquellos servicios prestados en condiciones especiales, señalados en las normas respectivas.

El art. 2º del mismo cuerpo legal señala que "Las tarifas de que trata este Título tendrán el carácter de precios máximos y serán calculadas aplicando las fórmulas tarifarias determinadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en adelante, la Superintendencia, de acuerdo con el procedimiento que se determina en esta ley. La fijación de las fórmulas tarifarias se realizará mediante decreto del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, expedido bajo la fórmula 'por orden del Presidente de la República'".

²¹ El art. 4º de la citada ley señala: "Corresponderá al Superintendente: (...) c) Cumplir lo dispuesto en los decretos con fuerza de ley N°s 70 y 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, y velar por el cumplimiento por parte de los entes fiscalizados, de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas, instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte relativas a la prestación de servicios sanitarios y descargas de residuos líquidos industriales. *Esta facultad comprende también la de interpretarlas;*" (*cursivas nuestras*).

²² Es un aspecto pacífico en la doctrina la circunstancia que estas interpretaciones son vinculantes para la Administración y no para los particulares, que pueden siempre impugnarlas ante los tribunales de justicia (los cuales tampoco se encuentran obligados a seguirlos). Cfr. Soto Kloss, Eduardo: "Dictámenes de la Contraloría General

de la República. Control jurisdiccional de la interpretación de la ley hecha por órganos de la Administración", en *Informe Constitucional* 210 (1991), *passim*.

²³ "Artículo 11.- Los prestadores de servicios sanitarios que incurrieren en alguna infracción a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con los servicios sanitarios, o en incumplimiento de las instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por esta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros

cuenta con infraestructura sanitaria deberá solicitar a la empresa prestadora la emisión del correspondiente *certificado de factibilidad*, documento que según ya señalamos debe ser obligatoriamente emitido por la sanitaria.

Para el urbanizador el objeto de la solicitud de factibilidad es, precisamente, el incorporar el predio a la cartera de clientes de la empresa²⁴, proceso que se inicia con la señalada petición y que se perfecciona con el llamado *certificado de dotación de servicios*²⁵. Luego, el urbanizador –e incluso el predio a urbanizar– asume la condición de cliente del servicio una vez que la empresa sanitaria emite el correspondiente certificado de factibilidad indicando las condiciones en que aquel se prestará. Como es lógico, a partir de ese momento se convierte, formalmente, en un *cliente que solicita un servicio* (tal cual lo hace una persona frente a un mostrador), el cual de ser prestado en forma continua lo convertirá en un *cliente que consume el servicio* (tal cual acontece una vez que la persona es servida por quien atiende detrás del mostrador).

Luego, una interpretación realista, armónica y sistemática de la normativa sanitaria obliga a extender la aparente estrechez del concepto de usuario o cliente que entrega el art. 53 letra j) del DFL N° 382 y a concluir que su tenor literal en nada afecta la condición del urbanizador frente a la empresa sanitaria. La citada norma indica que son usuarios o clientes de un prestador de servicio público de distribución de agua potable o de recolección de aguas servidas: *la persona natural o jurídica que habite o resida en el inmueble que recibe el servicio*. Una interpretación ligera y parcializada de esta

norma llevaría a entender que es cliente del servicio solo quien lo recibe habitando o residiendo en el inmueble. La verdad es que una interpretación exacta de esa norma debe también tener en cuenta las otras disposiciones de la Ley de Servicios Sanitarios y de la Ley de Tarifas, que en definitiva llevan a sostener que el cliente o usuario *es sencillamente la contraparte de la empresa en el contrato de suministro de agua y recolección de aguas servidas, negocio ínsito al servicio público sanitario*.

En efecto, por una parte la propia ley radica las obligaciones *en el inmueble* que recibe el servicio (art. 57 DFL. N° 382, lo que sería absurdo si los usuarios fueren estrictamente las personas jurídicas o naturales) y, por otra, al regular la figura de los aportes financieros reembolsables, expresamente indica (art. 14 del DFL. N° 70) que esta es una alternativa que puede exigir la prestadora a quienes *"soliciten ser incorporados como clientes o soliciten una ampliación del servicio"*. Esta última norma, desde luego, *comprende tanto al predio no urbanizado (que solicita ser incorporado como cliente) como al urbanizado (que necesita expandir o ampliar el servicio)*; lo que significa dos cosas:

- (i) Que tanto los propietarios de los predios no urbanizados (urbanizadores) como urbanizados tienen la posibilidad de ser sometidos al sistema de aportes financieros reembolsables, y
- (ii) que no es exacto ni ajustado a la ley sostener que los arts. 14 y siguientes del DFL. N° 70 únicamente otorgan derechos a los clientes y no a los urbanizadores (los que no tendrían la condición de clientes).

Como ha quedado demostrado, la ley (especialmente los arts. 14 y sgtes. del DFL. N° 70) no hace excluyentes los conceptos de cliente y urbanizador, sino más bien se refiere al *cliente urbanizador* (que solicitó la atención de un predio que no contaba con el servicio)²⁶ y al *cliente no urbanizador* (que solicitó la ampliación del servicio que ya recibía).

Por último, valga una consideración práctica, cual es, que el sistema de aportes reembolsables es una herramienta dirigida precisamen-

cuerpos legales o reglamentarios, de algunas de las siguientes multas a beneficio fiscal en los siguientes casos (...)".

²⁴ Puede hablarse indistintamente de clientes personales o reales (el predio), atendido en carácter *propter rem* que tienen las obligaciones que genera el servicio. El art. 57 del DFL N° 382 señala que "en el inmueble que recibe el servicio de agua potable o de alcantarillado de aguas servidas, quedarán radicadas todas las obligaciones derivadas del servicio, para con el prestador".

²⁵ El inciso 1° del art. 8° del DS. N° 316 (D. O. de 17 de enero de 1985), Reglamento de Prestación de Servicios Domiciliarios de Agua Potable y Alcantarillado señala: "La relación entre las partes se reputa perfecta desde que la empresa extiende el certificado de dotación de servicios, en conformidad a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento de Instalaciones Domiciliarias de Agua Potable y Alcantarillado.

²⁶ Cabe anotar que el art. 36, letra a) del DFL. N° 382, sin distinciones, llama "usuario" al sujeto del reembolso.

te a facilitar y adelantar la urbanización de terrenos que no cuentan con infraestructura sanitaria. De hecho, se trata de contratos –de ordinario millonarios– que normalmente solo necesitan y solo se encuentran al alcance de las empresas que se dedican al loteo y urbanización de predios urbanos.

§ 3. Régimen de financiamiento de las obras de infraestructura sanitaria, en particular el sistema de financiamiento reembolsable

La obligatoriedad que caracteriza este servicio, perfecta mezcla de servicio público y negocio mercantil, obliga a la empresa sanitaria a construir y mantener, conforme a su Plan o Programa de Desarrollo, su propia infraestructura para atender el área geográfica sujeta a la concesión. Como se sabe, el incumplimiento de dichos planes sujeta a la empresa a sanciones administrativas²⁷ y, en última instancia, a la caducidad de la concesión²⁸. Esta es la natural obligación que pesa sobre quien presta el servicio y que justifica el carácter oneroso del mismo. En este orden de ideas corresponde definir cuál es el régimen aplicable al financiamiento necesario para la ejecución de dicha infraestructura. En otras palabras, corresponde determinar quién asume, en última instancia, los costos de ejecución de dichas obras.

3.1. Premisa

Según ha quedado señalado, el servicio público sanitario es un servicio mercantil (o empresarial, como lo definieron las leyes N° 18.777 y N° 18.885), luego es en ese contexto jurídico y económico donde deben aplicarse las normas que más abajo se detallarán. Esto significa que, salvo aquellas excepciones que plantea la ley y aquellas que suponen el carácter naturalmente monopólico del servicio, el régimen aplicable al servicio es el propio del mercado: en este no se contemplan ni deben contemplarse privilegios especiales que permitan subvencionar un negocio privado con fondos de los particulares. *Este es un principio que hace las veces de "telón de fondo" del problema y que no*

debe olvidarse al momento de definir quién, en un sistema de economía de mercado, debe asumir los costos de inversión de su negocio.

3.2. Normativa aplicable

La normativa vinculada a la ejecución de obras sanitarias con el objeto de urbanizar un terreno particular se resume en las siguientes normas: artículos 42 y 43 del DFL. N° 382/1989 (Ley General de Servicios Sanitarios), artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (DS. N° 458, D. O. de 13 de abril de 1976), artículo 3.2.2. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (DS. N° 47, D. O. de 19 de mayo de 1992) y artículos 14 al 20 y 23 del DFL. N° 70/1988 (Ley sobre fijación de tarifas para los servicios de agua potable y alcantarillado).

3.2.1. El régimen general de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza. En particular, su parcial derogación por la legislación especial

El artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (cuyo texto vigente fue fijado por el D.S. N° 458, D. O. de 13 de abril de 1976)²⁹, señala que el urbanizador está obligado a ejecutar "*a su costa*" el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, *las instalaciones sanitarias y energéticas*, con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y de aguas lluvias, y las obras de defensa y de servicio. En parcial concordancia con lo anterior, los artículos 3.2.1 y siguientes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (DS. N° 47, D. O. de 19 de mayo de 1992) *hacen de cargo del urbanizador*

²⁹ El primer artículo del Párrafo 4° (arts. 134-141), titulado "De las Obligaciones del Urbanizador", es el 134, este señala en tres incisos: "Para urbanizar un terreno, el propietario del mismo *deberá ejecutar, a su costa*, el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, *las instalaciones sanitarias y energéticas*, con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y de aguas lluvias, y las obras de defensa y de servicio del terreno. Sin embargo, cuando las obras de alimentación y desagüe que deban ejecutarse beneficien también a otros propietarios, el Servicio respectivo determinará el pago proporcional que corresponda al propietario en estas obras, en la forma que determine la Ordenanza General. Las plantaciones y obras de ornato deberán ser aprobadas y recibidas por la Dirección de Obras Municipales respectiva" (cursivas agregadas).

²⁷ Vid. Ley N° 18.902, art. 11, letra e).

²⁸ Vid. DFL. N° 382, art. 26, letra b).

todas las redes sanitarias y sus correspondientes obras complementarias³⁰, como asimismo, las obras de electrificación, alumbrado público, gas³¹ y telecomunicaciones³². Se habla de "parcial concordancia", por cuanto la Ordenanza agrega los servicios de gas y telecomunicaciones, que en puridad, de acuerdo a la ley, no constituyen elementos esenciales para la urbanización.

Una lectura aislada de dichas normas legales³³ y reglamentarias llevaría a sostener que la ejecución de *toda la infraestructura* necesaria para urbanizar un predio (sanitaria, energética y de telecomunicaciones) *es siempre de cargo del urbanizador*. Sin embargo, la verdad no es así.

En efecto, la legislación especial distribuye el financiamiento necesario para la ejecución de dichas obras entre el urbanizador y las empresas sanitarias, eléctricas, de gas y de telecomunicaciones. Esta legislación –inspirada, como se dijo, en la conversión de los antiguos servicios públicos estatales en negocios de carácter empresarial– alteró el sentido original del art. 134 de la Ley de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza, que en esta parte no hacía sino repetir lo dispuesto en aquella legislación que se aplicaba cuando esos servi-

cios eran fundamentalmente fiscales o municipales³⁴. Como es fácil advertir, el *telos* de dicha norma se mantiene hoy en día solo para el pavimento de las calles y pasajes (que luego pasan a dominio público), las plantaciones y las obras de ornato. Para el resto de la infraestructura –servicios sanitarios, de gas, telefónicos y eléctricos– prima la legislación especial que permite al urbanizador traspasar, en la forma y cuantía que más abajo se explicará, una parte de los costos de la urbanización a las empresas prestadoras de los respectivos servicios.

Esta legislación especial se resume en las siguientes normas: la Ley N° 18.168, *Ley General de Telecomunicaciones* (D. O. de 2 de octubre de 1982); el DFL. N° 1/82, *Ley General de Servicios Eléctricos* (D. O. de 13 de septiembre de 1982); el DFL. N° 323/31, *Ley de Servicios de Gas* (D. O. de 3 de mayo de 1931, sustancialmente modificado por la Ley N° 18.856 de 2 de diciembre de 1989) y, para el sector sanitario, las ya citadas *Leyes de Servicios Sanitarios* (DFL N° 382/89) y de *Tarifas* (DFL. N° 70/88). Y aun cuando solo corresponde entrar a analizar estas últimas, llama la atención que en el resto también se encuentra consagrado el principio de obligatoriedad del servicio y el deber general de reembolsar a terceros los gastos en incurran con ocasión de la ejecución de la infraestructura necesaria para distribuir esos servicios³⁵.

Lo anterior demuestra que el citado art. 134 de la Ley de Urbanismo y Construcciones, como asimismo el art. 3.2.2. de su Ordenanza, *solo conserva vigencia en cuanto a las obras de pavimentación, plantaciones, obras de ornato, desagües de aguas lluvias* (materia que jurídicamen-

³⁰ El art. 3.2.2. de la Ordenanza dispone que "Todas las redes y sus correspondientes obras complementarias vinculadas a cualquier proyecto de urbanización de un terreno, serán de cargo del urbanizador y se ejecutarán de conformidad a las normas y especificaciones técnicas sobre diseño y construcción de este tipo de obras, aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas a proposición de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en virtud de lo previsto en la ley general de servicios sanitarios, sin perjuicio del cumplimiento de las normas que sobre la materia, se deriven de la aplicación del Código de Aguas y del Código Sanitario".

³¹ Art. 3.2.3 de la Ordenanza: "Todas las redes de electrificación, de alumbrado público, de gas y sus respectivas obras complementarias que se vinculen con cualquier proyecto de urbanización de un terreno, serán de cargo del urbanizador (...)" (*cursivas agregadas*).

³² Art. 3.2.4. de la Ordenanza: "Si se consultan redes y demás obras complementarias relacionadas con telecomunicaciones, estas serán de cargo del urbanizador (...)"

³³ Usualmente se identifica a la Ley General de Urbanismo y Construcciones como un DFL. (en atención a que fue dictado conforme al DL. N° 602 (D. O. de 5 de agosto de 1974). Sin embargo hay jurisprudencia que lo ha considerado como un mero Decreto Supremo. Vid. el fallo "Letelier Pino con Director de Obras Municipales de Valparaíso" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XC/3, segunda parte, secc. 5°, pp. 276 y ss.

³⁴ Entiéndanse, fundamentalmente, la antigua legislación urbanística, contenida en los derogados DFL. N° 345 (D. O. de 30 de mayo de 1931) y DFL. N° 224 (D. O. de 5 de agosto de 1953). El art. 33 de est último cuerpo legal señalaba algo similar a la norma comentada de la actual Ley de Urbanismo y Construcciones: "El urbanizador, estará obligado a ejecutar, a su costa, el pavimento de las respectivas calzadas y aceras, en conformidad con las correspondientes leyes de pavimentación.". El inciso segundo de esta norma agregaba: "Deberá, asimismo, efectuar las plantaciones y demás obras de ornato, e instalar los servicios de alumbrado público, agua potable y desagües, con sujeción a las instrucciones y bajo la vigilancia de la Dirección de Obras Municipales."

³⁵ Vid. los artículos 24B y 24D de la Ley General de Telecomunicaciones, y artículos 74 y 75 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

te no corresponde ser atendida por el servicio público sanitario)³⁶ y obras generales de defensa y servicio del terreno³⁷. Para el resto de la infraestructura (sanitaria, eléctrica, de gas y servicios telefónicos) los preceptos en cuestión se encuentran parcialmente derogados.

Por último, cabe hacer presente que esa suerte de derogación parcial que afecta al art. 134 de la Ley de Urbanismo y Construcciones no resulta alterada por las diversas modificaciones que en los últimos años han sido incorporadas a esa norma por el legislador. En efecto, nuestra jurisprudencia ha resuelto que en nada obsta a la derogación de partes o incisos de un artículo, la inserción de modificaciones posteriores que al mismo haga el legislador³⁸. Por otra parte, cabe mencionar que el

objeto de las dos últimas modificaciones de que ha sido objeto el referido art. 134 fue solo el incorporar la obligación de ejecutar las "plantaciones y obras de ornato" (Ley N° 19.057, D. Of. de 3 de mayo de 1991) y de separar los desagües de "aguas servidas" de los de "aguas lluvias" (que, como se sabe, no corresponden a las empresas sanitarias, Ley N° 19.525, D. O. de 10 de noviembre de 1997, sobre sistemas de evacuación y drenaje de aguas lluvias)³⁹.

3.2.2. Régimen especial de la normativa sanitaria.

En particular la Ley de Servicios Sanitarios y la Ley sobre Fijación de Tarifas

En esta materia la regla básica se encuentra contenida en el art. 23 del DFL. N° 70/88. Conforme a esta norma "las instalaciones de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas, necesarias para proveer el servicio sanitario y que sean exclusivamente identificables con el proyecto del peticionario o que no tengan capacidad para servir a otros, serán financiadas como aporte no reembolsable por el interesado y consideradas como aporte de terceros para los efectos de esta ley"⁴⁰ (cursivas agregadas). Esto implica que, cumplidas cualesquiera de las condiciones indicadas –es decir (i) identificación exclusiva con el proyecto del peticionario o (ii) falta de capacidad para atender a otros usuarios– los costos de ejecución de la infraestructura deberán ser asumidos íntegramente por el urbanizador.

Esta regla es reiterada por el artículo 43 del DFL. N° 382/89. En efecto, luego que el art. 42 de dicha Ley aclarara que el costo de ejecución del arranque de agua potable y la unión domiciliar de alcantarillado es de cargo del urbanizador⁴¹, el art. 43 de la citada Ley⁴² vuelve a

³⁶ De acuerdo a la ley (leyes N° 18.777, N° 18.885, DFL N° 70 y N° 19.525), el objeto único de las sociedades de servicio sanitario es la producción y distribución de agua potable y la recolección y disposición de las aguas servidas, quedando excluida de su giro la evacuación y drenaje de aguas lluvias. Como lo aclaró la Ley N° 19.525 (D. O. de 10 de noviembre de 1997), "la planificación, estudio, proyección, construcción, reparación, mantención y mejoramiento de la red primaria de sistemas de evacuación de aguas lluvias corresponderá al Ministerio de Obras Públicas. La red secundaria estará a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo a quien le corresponderá, directamente, su planificación y estudio y, a través de los Servicios de Vivienda y Urbanización, la proyección, construcción, reparación y mantención de la misma (art. 1° de la citada Ley). Con esta Ley se puso fin a una duda que ya había sido resuelta (en el sentido de excluir dicho servicio del giro de las empresas sanitarias) por la Contraloría General de la República en el Dict. N° 5.975-90 y N° 24.145-91. De otra parte, la misma Superintendencia de Servicios Sanitarios ha reiterado que los sistemas de aguas lluvias no le corresponde a la empresa concesionaria del servicio público sanitario (Ords. N° 308/94 y 498/92) y en consecuencia tampoco entran dentro de la esfera de competencia de dicho instituto fiscalizador (Ord. N° 638/94).

³⁷ En materia de pavimentación, vid. la Ley N° 8.946 (D. O. de 20 de octubre de 1949), Ley de Pavimentación Comunal. Esta Ley (arts. 77 y ss.) hace de cargo del urbanizador los costos de pavimentación. Sin perjuicio de ello, también ha resultado parcialmente modificado este régimen con los denominados "Programas de Pavimentación Participativa", vid. DS. N° 114 (D. O. 11 de agosto de 1994), Reglamento de Pavimentación Participativa, y Res. (Ministerio de Vivienda y Urbanismo) N° 1.390 (D. O. de 4 de agosto de 1997, sobre Procedimiento para la Aplicación Práctica del Programa de Pavimentación Participativa).

³⁸ Se trata de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso dictada el 26 de junio de 1997 (rol 11.628-97), dictada a propósito de la derogación del art. 25 de la Ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad, que sin embargo había sido modificado por la Ley N° 19.048 de 13 de febrero de 1991 (sentencia inédita).

³⁹ Vid. supra, nota 36.

⁴⁰ El inciso segundo y final de ese artículo agrega que "Los interesados podrán elegir entre pagar el aporte al prestador en base de un proyecto presentado por el peticionario y aprobado por el primero, o ejecutar el proyecto directamente."

⁴¹ El art. 42 en cuestión dispone que "El urbanizador será obligado a ejecutar a su costa el arranque de agua potable y la unión domiciliar de alcantarillado. Estas obras y las señaladas en el artículo 39° constituyen aportes no reembolsables y no se consideran parte del activo del prestador."

⁴² "Artículo 43°. El urbanizador ejecutará a su costa las instalaciones sanitarias con sus obras de alimentación y desagüe, necesarias para urbanizar el terreno. Se entienden por instalaciones sanitarias, las redes y las demás obras de distribución y recolección, que cumplan la con-

repetir que "el urbanizador ejecutará a su costa las instalaciones sanitarias con sus obras de alimentación y desagüe, necesarias para urbanizar el terreno", entendiéndose "por instalaciones sanitarias las redes y las demás obras de distribución y recolección, que cumplan la condición de ser identificables exclusivamente con el terreno a urbanizar o que no tengan capacidad para servir a otro y no se consideran parte del activo del prestador". Se entiende por obras de alimentación y desagüe "las redes que no cumplen la condición señalada precedentemente, y que se extienden desde las instalaciones del prestador hasta el punto de conexión con las instalaciones sanitarias del terreno a urbanizar".

Luego, conforme a los preceptos citados el urbanizador está obligado a asumir los costos de construcción de la siguiente infraestructura sanitaria, que no forma parte del activo de la empresa⁴³:

- a) Arranque de agua potable y unión domiciliaria.
- b) Instalaciones de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas que sean exclusivamente identificables con el proyecto del peticionario
- c) Instalaciones de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas que no tengan capacidad para servir a otros.

Para el resto de los casos, y supuesto desde luego que el predio se encuentre dentro del área geográfica de concesión, la Ley carga a la empresa concesionaria con la obligación de asumir el financiamiento de las obras necesarias para llevar adelante su negocio. La justificación última de este principio descansa en el

dición de ser identificables exclusivamente con el terreno a urbanizar o que no tengan capacidad para servir a otro y no se consideran parte del activo del prestador. La operación y mantenimiento de estas obras, excluidas las redes públicas, es de responsabilidad exclusiva del interesado. Se entiende por obras de alimentación y desagüe, las redes que no cumplen la condición señalada precedentemente, y que se extienden desde las instalaciones del prestador hasta el punto de conexión con las instalaciones sanitarias del terreno a urbanizar."

⁴³ La SISS ha estimado, sin embargo, que si bien para efectos tarifarios no forman parte del activo (son aportes de terceros), al ser obligatoriamente mantenidas por la concesionaria, forman parte de su patrimonio (Ord. SISS 951/92).

carácter, ya tantas veces recordado, empresarial que desde las leyes N° 18.777 y 18.885, tiene el servicio público sanitario. Y como negocio mercantil o empresarial que es, los costos de inversión en infraestructura no solo se recuperan sino que además generan utilidades. Esto último, a través de la percepción del precio que la empresa cobra por el servicio que presta: la tarifa (que como se indicó tiene al menos dos características: es obligatoria, en cuanto no hay gratuidad para el servicio, y tiene el carácter de precio máximo), precio que desde luego puede siempre ser aumentado por la empresa siguiendo el procedimiento que al efecto fija la ley⁴⁴.

Cabe señalar, por último, que el art. 25 del DFL. N° 70/88 expresamente derogó toda la normativa anterior relativa al sistema de tarifas, reembolsos y demás cobros que fuera incompatible con dicha ley. Este es otro argumento para recortar o parcializar la vigencia del art. 134 de la Ley de Urbanismo y Construcciones.

3.2.3. El contrato de aporte financiero reembolsable

Una alternativa especial de financiamiento que poseen las empresas eléctricas⁴⁵, telefónicas⁴⁶ y sanitarias, es el llamado sistema de aportes de financiamiento reembolsable. Para el sector sanitario, este se encuentra regulado en los artículos 14 al 20 del DFL. N° 70/88.

TITULO II

De los aportes de financiamiento reembolsables

Artículo 14.— Los prestadores sujetos a fijación de tarifas, según lo establecido en el Título I, podrán exigir aportes de financiamiento reembolsables por capacidad y para extensión del servicio correspondiente, a quienes soliciten ser incorporados como clientes o soliciten una ampliación del servicio.

⁴⁴ El DFL N° 70/88 expresamente considera la incorporación de los costos de inversión dentro de las fórmulas tarifarias (vid., en general, art. 6° DFL. N° 70 y art. 22 de su Reglamento, el DS. N° 453/90).

⁴⁵ Vid. art. 75 de la Ley General de Servicios Eléctricos, cit.

⁴⁶ Vid. arts. 24 y ss. de la Ley General de Telecomunicaciones, cit.

Asimismo, tratándose de consumos de agua potable superiores a los 5.000 metros cúbicos mensuales, el prestador podrá exigir al solicitante, una garantía suficiente para caucionar el cumplimiento de una fracción de dicho consumo durante un período de tiempo. La metodología para el cálculo del monto y plazo de la garantía así como de la fracción del consumo estimado a garantizar, serán establecidas en el reglamento.

Artículo 15.— Se entenderá por aporte de financiamiento reembolsable por capacidad, aquel que tiene como finalidad solventar la expansión de la infraestructura existente para prestar el servicio.

El monto de este tipo de aporte no podrá exceder el costo promedio de la inversión en capacidad necesaria, en el sistema respectivo, para satisfacer los requerimientos del interesado. Este costo promedio deberá ser calculado en los estudios señalados en el artículo 8, en base a los costos de inversión asociados a los planes de expansión y establecido por resolución de la Superintendencia de Servicios, considerando su mecanismo de indexación.

El aporte del financiamiento reembolsable por capacidad podrá ser cobrado siempre que se solicite un nuevo servicio o ampliación de un servicio existente, no estando asociado a obras ni plan de desarrollo específicos.

Artículo 16.— Se entenderá por aporte de financiamiento reembolsable para extensión, aquel que podrán exigir los prestadores de servicio de agua potable y de recolección de aguas servidas y que tiene como finalidad solventar la extensión de las redes desde las instalaciones existentes, hasta el punto de conexión del interesado. Estas redes no deberán ser identificables exclusivamente con el proyecto del peticionario y deberán tener posibilidad de servir a otros. El dimensionamiento del proyecto de extensión a financiar con los aportes, deberá corresponder al determinado técnicamente por el prestador de acuerdo con su programa de desarrollo. El aporte de financiamiento reembolsable para extensión será sin perjuicio del aporte de financiamiento reembolsable por capacidad si correspondiere.

Este aporte podrá ser efectuado en dos formas. La primera es aquella en que el peticionario construye las obras de extensión, sobre la

base del proyecto señalado en el inciso anterior, siendo el valor de estas instalaciones determinado por el prestador en el momento de aprobar el proyecto, el que se reembolsará al interesado.

La segunda forma es aquella en que el interesado paga las obras de extensión, siendo su valor determinado por el prestador en el momento de aprobar el proyecto, obligándose a ejecutarlas, una vez asegurado el financiamiento.

Artículo 17.— Los aportes financieros que según las disposiciones de la presente ley deban ser reembolsados por los prestadores, se devolverán a la persona natural o jurídica que haya entregado el aporte, o bien, a las personas que este designe.

Dichos aportes deberán ser reembolsados por su valor inicial reajustado y con intereses, excepto en el caso de la devolución mediante acciones. Los intereses devengados y no pagados se capitalizarán semestralmente. El interés anual deberá ser el valor que resulte de dividir por dos la suma de la tasa anual efectiva promedio cobrada por los bancos en operaciones reajustables de 1 a 3 años, y la tasa anual efectiva promedio pagada por los bancos en operaciones reajustables de 1 a 3 años, ambas informadas por el Banco Central de Chile en los últimos 12 meses.

Cuando proceda, el aporte se reajustará en el porcentaje de variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre el mes que antecede al aporte y aquel que precede a la fecha de su devolución.

Artículo 18.— La forma y el plazo de las devoluciones se determinará en el contrato que se firmará entre el prestador y quien deba hacer el aporte reembolsable.

Las devoluciones podrán ser pactadas en dinero, en documentos mercantiles, en la prestación del servicio de agua potable o alcantarillado, en acciones comunes del propio prestador o mediante cualquier otro mecanismo que acuerden las partes.

Si la devolución pactada no se hiciera en dinero, los títulos respectivos deberán ser endosables.

Si el mecanismo de devolución fuere otro que acciones, el plazo máximo de reembolso será de quince años.

Solo podrán utilizarse las acciones como mecanismo de devolución si estas cumplen con los requisitos de liquidez que señale el reglamento, el que también deberá establecer la forma de determinar el valor de mercado de estos títulos para los efectos de la devolución.

Artículo 19.— La elección de la forma de devolución corresponderá al interesado, de entre las opciones de reembolso que le ofrezca el prestador. Dichas opciones deberán siempre incluir la alternativa de pagarés reajustables.

El aportante podrá oponerse, cuando la devolución propuesta, en forma o monto, no le significare la restitución del valor aportado, los reajustes y los intereses determinados de conformidad con las disposiciones precedentes de esta ley. Si no hubiere acuerdo resolverá la Superintendencia, oyendo a las partes, dentro del plazo de 90 días contado desde la oposición.

Artículo 20.— El prestador no podrá cobrar gastos por concepto de devolución de los aportes de financiamiento reembolsables a que hace mención este Título.”.

De acuerdo a la definición que entrega la Superintendencia de Servicios Sanitarios, se trata de un “*mecanismo alternativo de financiamiento, tendiente a permitirles cumplir con la obligación de servicios que le asigna su concesión, respecto de las solicitudes que se les formulen dentro de su territorio operacional*”⁴⁷. Este se traduce “*en cantidades de dinero u obras que los prestadores de servicios públicos sanitarios pueden exigir a quienes soliciten ser incorporados como clientes, o bien, soliciten una ampliación del servicio, los que de acuerdo a la normativa vigente cuentan con formas y plazos definidos para su devolución*”⁴⁸.

Se trata, entonces, de un privilegio que la legislación le otorga a las empresas concesionarias para obtener el financiamiento de parte de los propios interesados en contratar el servicio. En este contexto, la normativa vigente limita la oportunidad para solicitar los A.F.R. al momento de entregar el certificado de factibilidad⁴⁹.

Adicionalmente, el hecho de no pedirlos en dicha oportunidad, *no priva a una obra de su carácter de reembolsable*⁵⁰, ni menos aún, *impide que el afectado pueda intentar el reembolso conforme a las normas de derecho común*⁵¹. Esto último se explica por cuanto, para el urbanizador, el reembolso no es un privilegio sino un derecho patrimonial adquirido.

Como se sabe, de optar la sanitaria por el sistema de financiamiento reembolsable, debe necesariamente traducirse el negocio en un contrato (bilateral, oneroso, conmutativo y dirigido) que debe ajustarse a todas las restricciones del DFL. N° 70, las cuales son especialmente relevantes en materia de monto, forma y plazo del reembolso. Según lo ha estimado la Superintendencia de Servicios Sanitarios, *se trata de una relación ordenada por normas de orden público*⁵², *sin que pueda darse el carácter de no reembolsable a una obra que lo es*⁵³, *ni menos aun renunciar al derecho a reembolso*⁵⁴. Y no podía ser de otro modo, puesto que —como ya se ha dicho— esta modalidad es un privilegio que la ley ha dispensado a favor de las concesionarias como alternativa al régimen general, que hace de cargo de la sanitaria los costos de ejecución de la infraestructura sanitaria que no sean de cargo del urbanizador. Esto último, al punto que la propia Superintendencia ha estimado que (i) *la regla general es que los aportes sean reembolsables*⁵⁵, *bastando para ello la circunstancia que el prestador solicite al interesado una modificación de las obras, por sobre el mínimo necesario para su proyecto, para que la obra asuma el carácter de reembolsable; y (ii) que hay aportes que son siempre reembolsables* (como es el caso de los llamados “*aportes por capacidad*”)⁵⁶.

En caso que la sanitaria no opte por el sistema de financiamiento existen dos alternativas: (i) o la sanitaria asume directamente los costos de la ejecución de las obras o (ii) se obliga a reembolsar al urbanizador los costos que no sean de su cargo. En este último caso, el fundamento directo de la obligación de la

⁴⁷ Superintendencia de Servicios Sanitarios: *Manual de Aportes de Financiamiento Reembolsables* (s.ed, s.l, 1998), p. 2.

⁴⁸ *Ibíd.* Sobre el concepto del contrato de A.F.R., véanse, entre otros, los Ords. S.ISS 449/92, 1014/92, 22/93 y 110/98.

⁴⁹ Vid. art. 42A del DS. 453 (D. O. de 17 de enero de 1990), Reglamento del DFL. N° 70: “La exigencia de los aportes financieros reembolsables debe hacerse valer únicamente al momento de emitir el correspondiente certificado de factibilidad”. Vid. también los Ords. S.ISS., 190/03 y 213/93.

⁵⁰ Ord. S.ISS. 10/94.

⁵¹ Ords. S.ISS. 489/92, 1312/94 y 1552/95.

⁵² Ord. S.ISS. 2606/98.

⁵³ Ord. S.ISS. 513/90.

⁵⁴ Ord. S.ISS. 1187/95.

⁵⁵ Ord. S.ISS 701/92.

⁵⁶ Vid., entre otros, Ords. S.ISS. 1552/95, 2179/97, 2242/97, 2255/97 y 2842/98.

sanitaria se encuentra en la ley que, como ya se dijo, reparte los costos de las obras sanitarias entre el urbanizador y la empresa concesionaria.

§ 4. Efectos del financiamiento, por parte de terceros, de obras que de acuerdo a la ley, deben ser costeadas por la concesionaria sanitaria

Según se ha indicado, es la ley la norma que determina quién asume los costos de inversión necesarios para la construcción de la infraestructura sanitaria. Pues bien, y siempre en armonía con lo dicho hasta ahora, tratándose de gastos que deben ser asumidos por la sociedad concesionaria, son dos las alternativas posibles, según si la empresa hizo o no uso del sistema de aportes de financiamiento reembolsable:

- (a) La empresa hizo uso del sistema de aportes de financiamiento reembolsable. En este caso, como es natural, el reembolso se sujetará a los términos del contrato.
- (b) La empresa no hizo uso del sistema de aportes de financiamiento reembolsable. En este caso, el reembolso de los costos de la urbanización que, de acuerdo a la ley, debieron ser asumidos por la sanitaria se sujetarán a las normas y principios generales de derecho común. No hay que olvidar que sostener lo contrario significaría crear un privilegio para la sociedad (estatal) sanitaria que el art. 19 N° 21 de la Constitución no permite.

4.1. El fundamento del derecho de reembolso.

El principio del enriquecimiento sin causa

La fuente de esta obligación de reembolsar se encuentra en la propia ley, que –como se ha repetido– asigna a la empresa concesionaria todos los gastos de inversión que no corresponde asumir al urbanizador y, como lo ha reconocido recientemente nuestra jurisprudencia judicial, en el *principio del enriquecimiento sin causa*⁵⁷. Como se sabe, *este es un principio general de Derecho que consiste en el repudio con que el orde-*

*namiento jurídico contesta al enriquecimiento a expensa de otro sin una causa que lo justifique*⁵⁸. En este caso, al no asumir los costos que son de su cargo, e incorporar a su patrimonio una infraestructura que puede servir a usuarios diversos del urbanizador⁵⁹ (y consecuentemente contribuir a incrementar sus posibilidades de atención), la empresa concesionaria se enriquecería injustamente a costa del urbanizador.

A propósito del fundamento jurídico del derecho que los terceros tienen para reembolsarse de los gastos incurridos para la ejecución de infraestructura sanitaria, una reciente sentencia de nuestros tribunales ha señalado que “considerando que las obras a que se refiere el considerando precedente se construyeron con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional cuando la demandada (la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A.) ya se había constituido como una sociedad anónima abierta y, por lo tanto, era una empresa privada con fines de lucro, que utiliza todas aquellas obras para el servicio que otorga y que, además, es la única empresa facultada para distribuir agua potable y recolectar y disponer aguas servidas en la Quinta Región de Valparaíso, el tribunal concluye que, en relación a tales obras, *indudablemente se produce el enriquecimiento sin causa* que señala e invoca la demandante en su escrito de réplica, *por cuanto el*

⁵⁸ El concepto lo hemos tomado de Peñailillo, Daniel: “El enriquecimiento sin causa: Principio de Derecho y fuente de obligaciones”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XCIII-2 (1996), primera parte, p. 71. Sobre el enriquecimiento sin causa, en general, pueden consultarse Abelliuk, René: *Las Obligaciones* (Ed. Jurídica de Chile, 1993), tomo I; Alvarez, José A.: *El enriquecimiento sin causa* (Comares, Granada, 1989); Díez Picazo, Luis y De la Cámara, Manuel: *Dos Estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (Civitas, Madrid, 1991); Figueroa, Gonzalo: *El Patrimonio* (Ed. Jurídica de Chile, 1991); Figueroa, Waldo: *La acción de enriquecimiento sin causa* (Conosur, Santiago de Chile, 1997); Oramas, Alfonso: *En enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones* (Edino, Guayaquil, 1988); Peñailillo, Daniel: “El enriquecimiento sin causa: Principio de Derecho y fuente de obligaciones”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XCIII-2 (1996), primera parte, pp. 71-95, también en *Revista de Derecho* de la Univ. de Concepción 200 (1996), pp. 7-40.

⁵⁹ Recuérdese que para la Superintendencia de Servicios Sanitarios, incluso los arranques de agua potable y uniones domiciliarias de alcantarillado –que de acuerdo a la ley son aportes no reembolsables de terceros que no forman parte del activo contable de la empresa– forman parte del patrimonio de esta. Vid. Ord. SÍSS. 951/92.

⁵⁷ Vid. la sentencia de 12 de junio de 2000, dictada por el Sexto Juzgado de Letras de Valparaíso, en la causa rol 119-96, caratulada “Gobierno Regional V Región con Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A.” (inéd.).

uso y explotación exclusivo de ellas otorga a la demandada un evidente beneficio económico, sin que respecto a dichas obras esta haya pagado contraprestación alguna" (cursivas agregadas)⁶⁰.

Valga recordar que, por lo demás, este principio del reembolso no es en absoluto nuevo. Ya en 1906, la Ley N° 1.835 (D. O. de 14 de febrero de 1906) obligaba a las municipalidades a reembolsar al Fisco las sumas que este hubiere invertido para la ejecución de obras de agua potable⁶¹. Lo propio hace hoy la Ley N° 19.175 (texto refundido en D. O. de 20 de marzo de 1993), en relación con las obras ejecutadas con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional⁶².

4.2. El *damnum cessans* y la plusvalía o el valor posterior de venta del terreno urbanizado

Cabe hacer presente que el mayor valor que adquieran los predios producto de la urbanización, o el diferencial que a favor del urbanizador genere la posterior venta de los lotes, en nada afecta a la obligación de reembolso de la sanitaria. En efecto, el problema a que pretende dar solución el principio del *enriquecimiento sin causa* no es al *status* de más rico o más pobre de quien efectúa un gasto, sino la falta de un título o de una causa que permita al enriquecido retener los valores que han incrementado su patrimonio o que ha evitado que este disminuya.

Es un punto ya pacífico de la doctrina el sostener que no solo hay enriquecimiento cuando el individuo experimenta un aumento en su patrimonio *sino también cuando evita una*

merma en él. En el caso en cuestión, la verdad es que se dan ambos supuestos: al no pagar los costos de inversión que le corresponden, la sanitaria no solo evita un gasto al cual la ley la obliga, sino que además incorpora a su patrimonio una infraestructura útil para servir a terceras personas.

Para René Abeliuk "no hay inconveniente alguno para que consistan (tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento) en la economía de un gasto por un lado y la pérdida de un ingreso cierto o de un desembolso efectuado por la contraparte"⁶³. Esto es lo que se denomina enriquecimiento a través de la "no disminución del patrimonio" o *damnum cessans*⁶⁴, noción que echó por tierra el planteamiento original de la jurisprudencia francesa que entendía que solo había enriquecimiento cuando un valor ingresaba al patrimonio de la persona. Esta última idea, que excluía la hipótesis del *valor que no salía del patrimonio debiendo salir*, fue superada por la misma doctrina francesa⁶⁵ y por la doctrina alemana⁶⁶ a partir de la segunda década del siglo veinte.

⁶³ Ob. cit., p. 161 (idéntica afirmación en la segunda edición de esa misma obra, Ediar, 1983, p. 156).

⁶⁴ En este mismo sentido Figueroa, Waldo: *La acción de enriquecimiento sin causa* (Conosur, Santiago de Chile, 1997), p. 100.

⁶⁵ Hay que recordar que originalmente Marcel Planiol y Georges Ripert en su *Tratado Elemental de Derecho Civil* (Tr. L. Cajica, Cárdenas Ed., México, 2° ed., 1991) afirmaban que "es necesario que esta persona [enriquecido] haya recibido de la otra un valor que ingresa a su patrimonio. No bastaría, pues, una ventaja obtenida indirectamente por una persona" (p. 620). Posteriormente el propio Ripert echaría pie atrás al sostener, en la obra conjunta con Jean Boulanger *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol* (tr. D. García, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964), t. V, que "el demandado está obligado al saneamiento porque se ha enriquecido y en la medida en que lo ha hecho. Se ha sostenido que este enriquecimiento deber ser de carácter patrimonial y proceder de la transmisión de un valor pasado del patrimonio del demandante al demandado. Pero esta solución, que parecía resultar de la teoría de Aubry y Rau y apoyarse en los motivos de un fallo (...) es demasiado limitada. La jurisprudencia admite la acción de *in rem verso* por toda ventaja lograda por el demandado, siempre que la ventaja sea apreciable en dinero" (p. 263).

⁶⁶ Vid., en este sentido Ennecerus, Ludwig: *Derecho de Obligaciones* (Bosch, Barcelona, 1966), vol. 2, 2° parte. "La posibilidad de que el enriquecimiento consista en un ahorro o evitación de gastos aparece reconocidas en las ss. (sentencias) de 12 de enero de 1956, en las que se afirma que la ventaja patrimonial puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) como por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*)" (p. 967).

⁶⁰ Considerando 65°, fallo "Gobierno Regional V Región con Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A." (cit. nota 57).

⁶¹ El art. 19 de esta Ley señalaba: "Las obras de agua potable, cañerías, estanque i demás anexos que la forman, que hubieren sido ejecutadas o se ejecutaren con fondos fiscales, se considerarán fiscales hasta el reembolso de las sumas invertidas por el Estado en su ejecución, i llenada esta condición pasarán a ser propiedad de la respectiva municipalidad".

⁶² "El gobierno regional podrá transferir el dominio de bienes inmuebles construidos o adquiridos con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional a empresas privadas que atiendan servicios de electrificación rural, telefonía rural y obras sanitarias, mediante convenios directos que contemplen mecanismos de aporte reembolsable u otra fórmula que implique la recuperación total o parcial de la inversión efectuada" (art. 70, letra g, Ley N° 19.175).

Corroborando lo anterior el carácter no condicionado que el DFL. N° 70/88 y su Reglamento, el DS. N° 453/90, asignan al reembolso. En efecto, de acuerdo a dichas normas el reembolso debe hacerse según el valor inicial del aporte "reajustado y con intereses", sin que sea procedente revisar a posteriori si el urbanizador obtuvo ganancias con ocasión de la venta de los terrenos urbanizados. Dicho de otro modo, cualesquiera que sean los instrumentos que se pacten para pagar el reembolso, todos ellos deben atender al valor inicial del aporte. Lo contrario, llevaría a absurdos como el siguiente: pactada la devolución en pagarés reajustables (una de las alternativas que autoriza la ley) la sanitaria ¿debería descontar de su monto original la plusvalía del terreno?, ¿el mayor valor de este a resultas de su precio de venta? ¿o, incluso, las ganancias del balance del urbanizador?

§ 5. Acciones del acreedor del derecho de reembolso, conforme al derecho común aplicables a las empresas sanitarias

5.1. Acciones administrativas

Conforme al art. 19 del DFL. N° 70, el aportante podrá oponerse a la concesionaria, "cuando la devolución propuesta, en forma o monto, no le significare la restitución del valor aportado, los reajustes y los intereses determinados de conformidad con las disposiciones precedentes de esta ley". Si no hubiere acuerdo resolverá la Superintendencia, oyendo a las partes, dentro del plazo de 90 días contado desde la oposición.

Por su parte, el artículo 47 del D.S. N° 453/90, Reglamento del DFL. N° 70, agrega que "En caso de existir discrepancia entre el prestador y el interesado en relación a si una obra o inversión determinada constituye o no aporte de financiamiento reembolsable, la Superintendencia deberá resolver dicha situación en un plazo no mayor a 60 días, contado desde la fecha en que el interesado ponga en conocimiento de la Superintendencia la existencia de tal discrepancia."

Desde luego, y en la medida que la Superintendencia no es un órgano que ejerza jurisdicción (y, por lo mismo, resuelva conflictos con fuerza de cosa juzgada), esta no es una instancia ni definitiva ni obligatoria para el particular. En ese sentido, tanto la empresa sanitaria

como el interesado pueden alternativamente: (i) impugnar la decisión de la Superintendencia ante la Corte de Apelaciones de Santiago (contencioso administrativo especial del art. 12 de la Ley N° 18.902), o bien (ii) optar por discutir directamente la reembolsabilidad de las obras en sede judicial.

5.2. Acciones judiciales, en especial el juicio declarativo

La doctrina ha señalado que "quien adquiere un bien o disfruta de una ventaja que no le era atribuida, debe restituirla a quien legítimamente le corresponda. Si una persona pierde una ventaja que legítimamente le correspondía, y correlativamente esta ha pasado a otra, la propia mecánica del ordenamiento impone su restitución. Esta restitución admite dos formas: la primera, es la restitución del bien o ventaja adquirida *in natura*, es decir, en su propia esencia o individualidad; pero si esto no es posible, se impone una restitución en valor, de dinero de la ventaja recibida"⁶⁷. Desde luego, lo anterior supone un juicio ordinario declarativo civil que se pronuncie sobre el carácter reembolsable de las obras y, definiendo su valor, declare la existencia de la obligación reparatoria o de reembolso. Recién dictada la sentencia, el ganancioso estaría en condiciones de exigir su cumplimiento incidental o por la vía ejecutiva ordinaria⁶⁸.

En cuanto a la acción que emana del enriquecimiento sin causa, se ha sostenido por algunos autores la existencia de un *supuesto carácter subsidiario* que la haría procedente solo a falta de acciones especiales. Sin perjuicio de afirmar que ese carácter subsidiario de la acción se encuentra actualmente descartado por la doctrina moderna⁶⁹, en la especie habría que

⁶⁷ Alvarez, José A.: *El enriquecimiento sin causa* (Comares, Granada, 1989), pp. 67-68.

⁶⁸ "Desde el punto de vista de su forma, no constará en título ejecutivo, el que tendrá que construirse mediante el juicio declarativo correspondiente, ejercitándose la acción de enriquecimiento", Peñailillo, Daniel: *El enriquecimiento sin causa: Principio de Derecho y fuente de obligaciones* (cit.), p. 91.

⁶⁹ El carácter científico de esa afirmación es más que discutible. "Calificada la acción de enriquecimiento sin causa como acción personal, recuperadora de valor, frente a las atribuciones patrimoniales propias, dicha acción, a nuestro juicio, dudosamente tiene un carácter subsidiario. La tesis de la subsidiariedad, como hemos visto,

decir que la *acción típica o especial* que brinda la ley para exigir el reembolso es aquella que emana del contrato de A.F.R., el cual de no haberse suscrito, la torna en inexistente. En consecuencia, y aun bajo la *muy discutible teoría de la subsidiariedad*, a falta de la acción personal emanada del contrato de A.F.R. (en razón, como ha quedado dicho, de la no suscripción de dicho convenio) será siempre procedente la denominada acción de reembolso o *actio in rem verso*, acción que, según se ha explicado, tiene su fuente directa y expresa en la legislación especial sanitaria y su fundamento último en el principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa.

§ 6. Prescripción de las acciones civiles del acreedor del derecho de reembolso

La doctrina discute si la prescripción de la acción en comento debe ajustarse a las normas de la responsabilidad contractual (art. 2.515 del Código Civil) o extracontractual (art. 2.332 del Código Civil). Sobre el punto, Daniel Peñailillo sostiene “y como es sabido, entre nosotros el punto es discutido, predominando la respuesta de que la responsabilidad de Derecho común es la contractual (con la respetable disidencia del profesor Ducci). Así pues, si se sigue la tesis predominante, esta obligación quedará sometida en general, a las normas de la responsabilidad contractual, es claro que con las debidas adaptaciones”⁷⁰.

nace de la jurisprudencia francesa a partir de la sentencia de la Corte de Casación de 2 de marzo de 1915, que, a su vez recoge la doctrina de Aubry y Rau. Esta doctrina carece de raigambre histórica, y, sin tener un fundamento claro y uniforme, conduce a un oscurecimiento de la dinámica de la acción, que únicamente puede quedar configurada como una acción de equidad”, Alvarez, José A.: *El enriquecimiento sin causa* (cit.), p. 108. En Chile esta es una tesis que ya en el temprano año de 1926 sostuvo Elena Caffarena: *El enriquecimiento sin causa a expensa de otro en el Derecho Civil chileno* (Memoria de prueba, Santiago de Chile, 1926): “no vemos nosotros qué inconveniente pueda tener el que una persona disponga de varias acciones para hacer valer su derecho y de que pueda ejercitar indiferentemente la una o la otra a su elección. Por el contrario, estos casos son frecuentes en nuestro derecho y no ofrecen nada de anormal” (p. 74).

⁷⁰ Peñailillo, Daniel: *El enriquecimiento sin causa: Principio de Derecho y fuente de obligaciones* (cit.), p. 92. En el mismo sentido Caffarena, Elena: *El enriquecimiento sin causa a expensa de otro en el Derecho Civil chileno* (cit.), p. 80.

En fin, cualesquiera que sean los regímenes de prescripción por los que razonadamente se opte, el momento a partir del cual comienza a computarse el plazo de prescripción es la fecha en que se recibió el aporte, es decir, la fecha en que se entregó el dinero a la empresa sanitaria o se recibieron por parte de esta las obras construidas (momento que, a falta de un documento formal de recepción, debe reputarse coincidente con la fecha en que las obras principian a ser explotadas por la sanitaria). Este es el criterio que ha seguido la propia Superintendencia para computar el plazo de prescripción para aplicar las sanciones administrativas en caso de incumplimiento de la normativa relativa a los A.F.R.⁷¹, descartando que el plazo de prescripción se cuente a partir de la fecha de emisión del certificado de factibilidad.

§ 7. Conclusiones

De lo expuesto pueden deducirse las siguientes conclusiones.

- a) El servicio público sanitario es una actividad de carácter empresarial regida por el art. 19 N° 21 de la Constitución y, de acuerdo al mismo, sujeto a las normas de derecho común.
- b) La imposición de cualquier privilegio a estas empresas o excepciones a la aplicación del derecho común y de sus principios generales debe contenerse en una ley de quórum calificado, carácter que no tiene ni la Ley de Urbanismo y Construcciones ni la Ley General de Servicios Sanitarios ni la Ley de Tarifas, como ninguno de sus respectivos reglamentos.
- c) De acuerdo a la normativa señalada, especialmente el DFL N° 70/88, el urbanizador tiene la condición de usuario para los efectos del sistema de aportes reembolsables. A esta conclusión de naturaleza jurídica se une la consideración práctica que el sistema de aportes reembolsables, casi por definición, está orientado a satisfacer las necesidades de los predios no urbanizados, esto es, de los urbanizadores.
- d) En cuanto al régimen de financiamiento de las obras útiles para urbanizar un predio, el

⁷¹ Vid. Ord. 2589/98.

- artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones se encuentra parcialmente derogado por la legislación especial aplicable a los servicios eléctricos, telefónicos, de gas y sanitarios. En este sentido, tanto la Ley General de Urbanismo como su Ordenanza, conservan parcialmente su vigencia para la pavimentación, calles y obras de ornato.
- e) En armonía con lo anterior, la norma que define las obras que resultan de cargo del urbanizador es, principalmente, el artículo 23 del DFL. N° 70/88, que obliga al urbanizador a financiar como obra no reembolsable las instalaciones de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas, necesarias para proveer el servicio sanitario y que sean exclusivamente identificables con el proyecto del peticionario o que no tengan capacidad para servir a otros.
- f) Conforme a lo anterior, el resto de las obras son de cargo de la empresa concesionaria, la que, en virtud del principio de obligatoriedad del servicio, se encuentra obligada a ejecutarlas conforme a su Programa de Desarrollo.
- g) Frente a la ejecución de obras cuyo costo carga la ley a la empresa concesionaria, esta última puede: (i) o financiarlas directamente o (ii) recurrir al interesado a través del derecho que la ley le otorga para exigir el financiamiento reembolsable.
- h) Atendido el monopolio natural que posee la empresa y el interés general comprometido en el servicio, la relación que se genera entre la concesionaria y el interesado se regula por normas de orden público. Estas, a la par de otorgar ciertos privilegios a la empresa, protegen al interesado, cliente o consumidor del servicio. Dentro de este último aspecto, la jurisprudencia administrativa ha considerado que el interesado no puede renunciar al reembolso, como tampoco puede la sanitaria negar el carácter de reembolsable a obras que efectivamente lo son.
- i) Si la empresa concesionaria no suscribe el contrato de A.F.R. no priva por esa circunstancia a las obras ejecutadas por el interesado de su carácter de reembolsables.
- j) El fundamento de la obligación de reembolsar, para la empresa sanitaria, es doble. Por una parte, lo obliga la legislación sanitaria especial (al cargar a su costo parte de los costos de la urbanización) y, por la otra, lo vincula el principio general del derecho que proscribe el enriquecimiento sin causa. Por otra parte, de haber contrato, el fundamento será triple: el contrato, la ley y el citado principio general de derecho.
- k) La plusvalía que experimenta un predio a consecuencia de la urbanización o el mayor valor que el propietario obtenga al transferirlo, son factores externos y accidentales que en nada afectan a la obligación de reembolso de la sanitaria.
- l) En caso de no hacer uso de las vías administrativas que la ley dispensa al interesado, este siempre puede recurrir a la vía judicial ordinaria del juicio declarativo ordinario.
- m) La acción para obtener la declaración judicial del derecho de reembolso prescribe en cinco años contados desde la fecha en que la empresa sanitaria hubiere recibido el aporte, es decir, desde que se hubiere recibido el dinero o las obras ejecutadas por el urbanizador.