

Los contratos de suministro de energía eléctrica: naturaleza y problemas en cláusulas arbitrales

The supply contracts of electrical energy: nature and problems in arbitration clauses

Rodrigo Castillo Murillo*

El trabajo analiza la naturaleza jurídica de los contratos de suministro eléctrico para clientes regulados suscritos entre empresas concesionarias de distribución eléctrica y empresas generadoras, a través del sistema de licitaciones públicas y reguladas. En particular, se analiza el carácter de orden público de estos contratos y las implicancias de dicho carácter como limitación a la aplicación y competencia derivada de las cláusulas arbitrales contenidas en estos contratos.

Palabras clave: Contratos de suministro eléctrico, licitación pública, orden público, cláusula arbitral.

The paper analyzes the legal nature of electricity supply contracts for regulated customers subscribed between electricity distribution concessionaires and generation companies, through the system of public and regulated tenders. In particular, it analyzes the public nature of these contracts and the implications of this legal nature as a limitation to the application and jurisdiction derived from the arbitration clauses contained in these contracts.

Key words: Electricity supply contracts, Public Tender, Public Order, Arbitration Clause.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

El sistema de compras de energía y potencia para el suministro de los clientes sujetos a regulación de tarifas de las empresas de servicio

* Profesor de Derecho de la Regulación Económica en los Programa de Máster y Diplomado en Regulación económica (MRE-DRE) y de Derecho de los Negocios de la Universidad Adolfo Ibáñez. Profesor de Derecho de las Telecomunicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico rodrigo.castillo@electricas.cl. Todas las opiniones vertidas en este artículo son a título estrictamente personal y de carácter académico, y no representa en nada a ninguna institución, organización o miembros de ninguna de las organizaciones, industriales o académicas en las que el autor se desempeña, no pudiendo por lo tanto en caso alguno citarse estas opiniones como la opinión de estas organizaciones.

público de distribución eléctrica, ha evolucionado en el tiempo, desde su modelo original, basado en contratos de suministro con precios explícitamente fijados por el Estado, a través de la dictación semestral de decretos de fijación de "precios de nudo" (modelo vigente hasta el año 2005), hacia un esquema de licitaciones públicas en las que el precio regulado se determina, usando como base precios obtenidos en licitaciones públicas sujetas a regulación estatal, a partir de la dictación de la Ley N° 20.018 de mayo de 2005 (Ley Corta II)³.

El nuevo esquema de licitaciones y la consiguiente modificación del mecanismo de creación de los precios han suscitado controversias en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos suscritos con motivo de las mencionadas licitaciones, particularmente, en lo relativo a la interpretación del carácter de "orden público" o "imperativo" de las normas que lo rigen.

Así, estas controversias se han centrado, en lo esencial, en la determinación de la supremacía de la autonomía de la voluntad, propia de los contratos estrictamente privados, en contraste con las facultades privativas del Estado para intervenir en los efectos de estas relaciones contractuales, a través de mecanismos regulatorios y por la vía de la dictación de decretos que fijan nuevas condiciones y precios de la transmisión y subtransmisión de energía eléctrica.

Para abordar este tema de gran complejidad técnica y jurídica desde una perspectiva estrictamente académica, estimamos indispensable no centrar exclusivamente el análisis en los casos en actual discusión⁴ sino más bien enfrentar la reflexión desde una perspectiva de criterios y principios generales aplicables al tema en estudio.

I. Evolución de los mecanismos para la determinación de los precios de la energía para clientes sujetos a regulación

La Regulación del sector eléctrico chileno ha sido considerada, desde hace décadas, como una de las más tempranas y originales de la región. Este hecho no es sorprendente en cuanto, de hecho, fue Chile uno de los primeros países en el mundo en transitar hacia la liberalización de mercados tradicionalmente considerados como monopolios estatales.

Esta temprana modernización nos obligó como país a recurrir no solo a la experiencia internacional en materia de intervención del Estado en la economía, a efectos de poder administrar la privatización de estos monopolios naturales, sino a la vez a crear un completo engranaje jurídico-institucional que permitiera la correcta y continua aplicación de los preceptos regulatorios

³ El modelo de licitaciones de suministro de energía para clientes sujetos a regulación de precios ha sido luego perfeccionado, como se verá, por la Ley N° 20.805, de 2015.

⁴ Aunque sin duda será imprescindible ejemplificar el problema, en términos generales, a partir de las discrepancias reales que se han suscitado entre distribuidores, generadores y las autoridades regulatorias y fiscalizadoras.

que, en adelante, guiarían tanto la acción de los privados, propietarios de estos activos, como del conjunto de superestructuras jurídico-administrativas destinadas a las actividades de supervisión, control y regulación de estos sectores.

En lo relativo al sector eléctrico, y como es sabido, la normativa ha distinguido básicamente entre tres segmentos diferentes de esta industria. La generación o producción de energía eléctrica, por una parte, y la transmisión y distribución de la misma, por la otra. Esta distinción resulta de suma importancia, pues de acuerdo a nuestra legislación, el sector generación, por las características propias de su estructura de costos ha sido tradicionalmente considerado como un mercado potencialmente competitivo, y por lo tanto, sujeto a una cierta libertad de precios, y por la otra, los segmentos de la transmisión y distribución han sido considerados como monopolios estructurales o naturales, por lo que se ha establecido que tanto sus tarifas como los más mínimos detalles relativos a la calidad y continuidad de los productos y servicios ofrecidos a público, deberán quedar sujetos a una estricta regulación por parte del Estado.

La existencia de segmentos sujetos a regulación, conviviendo con otros considerados como libres, ha sido desde siempre un desafío de relevancia para la regulación económica⁵, en cuanto esta situación híbrida en determinados mercados implica la necesidad no solo de establecer un adecuado control sobre los servicios sujetos a regulación desde la perspectiva de los clientes finales, sino a la vez, la obligación de establecer de manera adecuada las reglas a través de las cuales se relacionarán los segmentos sujetos a control regulatorio con los segmentos libres.

Este es el caso del sistema eléctrico chileno, el que, como ya hemos señalado, está basado en la existencia de dos segmentos regulados, distribución y transmisión, y un segmento parcialmente libre, la generación de energía eléctrica.

En este sentido, nuestra normativa ha debido establecer una serie de reglas para permitir el funcionamiento armónico de los tres segmentos, con miras, por una parte, a evitar que los segmentos regulados, tradicionalmente monopolícos, puedan ejercer cualquier tipo de discriminación o abuso respecto de los segmentos libres, y por la otra, a coordinar las interacciones entre todos los segmentos con el fin de propender a la consecución del principio angular de sistema, cuál es su operación segura y económicamente eficiente.

Entre las muchas interacciones posibles entre los segmentos del mercado eléctrico, en este trabajo trataremos de una en particular, cual es el proceso de compra de energía eléctrica por parte de las empresas de distribución,

⁵ FISCHER y SERRA, 2002, 45-77.

para ser suministrada a los clientes sujetos a regulación de precios a través de licitaciones públicas y reguladas.

1. Del antiguo Precio de Nudo⁶ a los Precios de Nudo Licitados

Como es de público conocimiento, nuestra legislación ha distinguido desde sus inicios las compras de energía por parte de clientes pequeños y medianos, los que por su tamaño y nivel de demanda no están en condiciones de negociar directamente los precios con sus posibles suministradores (clientes regulados), y los llamados clientes libres, es decir, aquellos que gracias a su mayor tamaño y capacidad de negociación están, al menos en teoría, en condiciones de negociar directamente sus precios.

Visto desde esta perspectiva, es un hecho el que tanto el proceso de regulación de las adquisiciones de energía eléctrica para clientes regulados como las condiciones de transferencia de dichos precios a estos clientes finales corresponde a un proceso sujeto a regulación, por cuanto las empresas de distribución eléctrica, en este caso, en su calidad de comercializadoras de energía por expreso mandato legal, están obligadas a adquirir energía en condiciones estrictamente regladas por la autoridad y de transferirla a sus clientes finales a los precios y en las condiciones fijadas por el Estado.

Este carácter regulado de los precios de compra y transferencia a clientes regulados era totalmente nítido en la normativa eléctrica original, la que señalaba en el antiguo artículo 79 de la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante "LGSE") que el precio de compra de energía eléctrica por parte de las empresas de distribución para el suministro de sus clientes sujetos a regulación sería el denominado "precio de nudo"⁷, el que era calculado semestralmente por la autoridad regulatoria y fijado a través de un Decreto de Fijación de Precio de Nudo.

Así lo consigna, por ejemplo, el profesor Vergara Blanco en su libro *Derecho Eléctrico*, el cual, en su primera edición del año 2004, es decir, anterior a la modificación legal introducida a través de la llamada Ley Corta II de mayo del año 2005 (y que creó el actual sistema de licitaciones), señala: "Contiene la ley diferentes mecanismos para ajustar el precio de mercado que naturalmente se produciría a raíz de las distintas prestaciones en un sistema eléctrico, principalmente otorgándole a la autoridad administrativa la potestad de fijar precios máximos (como en general es el caso de los precios al nivel de generación-transporte y de distribución) (...)", y continúa el profesor Vergara Blanco, señalando: "Las siguientes transferencias de energía eléctrica están sujetas a *precios regulados*: i) (...) entre *generadoras y distribuidoras* por el monto que estas revenden a clientes regulados (*precio de nudo*⁸), y ii) entre distribuidoras y clientes regulados (*precio cliente regulado*,

⁶ Se refiere al denominado precio de nudo de corto plazo establecido en la LGSE.

⁷ EVANS y SEEGER 2006, 375 y ss.

⁸ Todos los destacados en esta cita son nuestros.

compuesto por el precio de nudo más el valor agregado por concepto de distribución, arts. 96 N° 2 y 105 LGSE).”⁹.

Es decir, es del todo claro que hasta la dictación de la Ley Corta II los precios por energía y potencia que pagaban las empresas de distribución para transferirlos a sus clientes regulados eran innegablemente de tipo regulado, y de hecho y tal como igualmente afirma Vergara Blanco en la misma obra ya citada, la técnica de la que se valía la autoridad para regular estos precios era la tradicional de “tasación” o “fijación de una “tasa”: “La técnica administrativa que es utilizada en todos estos casos es la de la tasación, o fijación de una tasa (llamada también de tarificación, o fijación de tarifa) que regirá las relaciones interprivatos. En todos estos casos necesariamente existirá un procedimiento administrativo a través del cual se emite un acto terminal que estructura el modo de la relación que puede surgir entre particulares en los sistemas eléctricos, en concreto los valores máximos a cobrar por las prestaciones respectivas”¹⁰.

Bajo la vigencia del sistema de regulación de precios a través del llamado Precio de Nudo de Corto Plazo, las empresas de distribución eléctrica estaban obligadas, al igual que hoy en día, a demandar a través de licitaciones la energía necesaria para suministrarla a sus clientes regulados con una cierta anticipación a la época en la que el requerimiento estuviera proyectado (3 años, con anterioridad a las últimas reformas legales, actualmente 5 años), sin embargo, estas antiguas licitaciones solo se hacían cargo de establecer la voluntad de una empresa generadora de suministrar energía eléctrica a la empresa distribuidora, en un cierto volumen y por un cierto período de tiempo, quedando el “precio” y sus condiciones de aplicación en manos del Estado.

Vistas las cosas tal y como se han descritos, resulta evidente que durante la vigencia de la normativa anterior al año 2005 sobre compras de energía para clientes regulados, la relación entre distribuidores y generadores estaba sujeta explícitamente a regulación de precios, de manera tal que los elementos de “voluntad” o “disponibilidad” por parte de la empresa de generación se limitaban, básicamente, a participar o no de la licitación de suministros para clientes regulados, los plazos y los volúmenes comprometidos, pero en caso alguno era la *voluntad* ni del distribuidor ni del generador un elemento a considerar en el establecimiento del precio, por el contrario, todos los elementos relativos al mismo, tanto en la compra como en la posterior transferencia, estaban explícitamente entregados a la autoridad regulatoria, no solo en los estrictamente relacionado al valor de la energía sino también a los elementos relativos a la transmisión de esta energía hasta las instalaciones de la empresa de distribución.

Tal como veremos con mayor profundidad más adelante, el contrato que derivaba por tanto de la antigua modalidad de compra “a precio de nudo”,

⁹ VERGARA 2004, 381 y 382.

¹⁰ VERGARA 2004, 381.

resultaba en lo que el profesor López Santa María denomina “Contrato Forzoso”, definiéndolo como aquel que el *legislador obliga a celebrar o dar por celebrado*¹¹ (como era el caso de las empresas distribuidoras, obligadas a contratar suministros para sus clientes regulados) y de hecho, dado que a su vez el legislador suplía la voluntad de las partes al fijar ni más ni menos que todos los elementos relativos al precio del contrato, estamos hablando de un tipo de contrato forzoso particularmente dirigista, pues el legislador no se contentó con obligar a contratar sino que le dio un tratamiento de tipo regulatorio a dicho contrato, interviniendo tanto en las reglas de licitación como, especialmente, a través de la fijación de los precios de la transacción.

Esta modalidad de fijación de precios se mantuvo relativamente inalterada por años, sin embargo, y tal como consta del mensaje de la Ley N° 20.018 de 2005 (Ley Corta II), la circunstancias relacionadas con la llamada crisis del gas argentino, es decir, la abrupta interrupción de la venta de gas natural desde Argentina, cuyos efectos de inician en el año 2004 y se consolidan durante el año 2005, generó la obligación de repensar el modelo, pues, y citando el mensaje:

“En lo que respecta al desarrollo de inversiones eléctricas, la situación actual muestra un mercado altamente interesado en ampliar la oferta por las buenas perspectivas de la demanda, pero con fuertes dudas de tipo económico y tecnológico frente a la incertidumbre externa que enfrenta nuestro mercado de gas natural (...).

(...) Ante esta realidad, *la modificación legal propuesta responde a la necesidad de estabilizar los flujos de ingreso de los contratos de suministro a las compañías distribuidoras, de manera que, ocurra lo que ocurra con el actual mercado del gas suministrado*, el suministro de electricidad esté disponible para el cliente regulado chileno.

Como es conocido, durante el tiempo en que se recibieron suministros de gas natural argentino con regularidad, y dadas las grandes ventajas tanto de costos como de facilidad de emplazamiento de las centrales basadas en este combustible, gran parte de nuestra matriz eléctrica fue migrando hacia esta alternativa. La abrupta interrupción del suministro generó no solo las esperables complejidades de operación del sistema que nos acompañan hasta hoy, sino a la vez un problema evidente de desincentivo para invertir en otras tecnologías, con mayores costos de desarrollo (como el carbón) pues, dada la estructura tradicional de fijación de precios de nudo, si una empresa tomaba la decisión de invertir en una unidad más cara y luego regresaban los suministros de gas a precios inferiores, los cálculos de precio de nudo reflejarían la realidad del mercado con gas, es decir, se fijarían tarifas por debajo de los costos de desarrollo y explotación de las unidades más caras que se hubieren construido para reemplazar el combustible argentino. Sin embargo, esta modificación en caso alguno tuvo por objeto modificar la naturaleza jurídica

¹¹ LÓPEZ SANTA MARÍA 1998, 167.

ni de orden público de los precios a ser transferidos a los clientes finales, los que han permanecido como regulados.

Así, y como veremos, a partir de la Ley Corta II, el precio que en definitiva se paga y transfiere a los clientes finales por parte de las empresas distribuidoras no se transforma en caso alguno en un precio "libre" y "simplemente acordado por las partes" sino que varía desde el tradicional "precio de nudo" de corto plazo, hacia nuevos tipos de precio, igualmente regulados, y denominados "precio de nudo de largo plazo" y "precio de nudo promedio", los que son fijados igualmente por la autoridad de acuerdo a la LGSE y tal como lo ha refrendado la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)¹².

De esta manera, las empresas de distribución eléctricas, obligadas por la Ley a contratar suministros para sus clientes regulados con una cierta anticipación y a través de licitaciones públicas, siguen firmando contratos con las empresas de generación, tal como lo hacían en el pasado, con la diferencia que los precios regulados a ser transferidos a los clientes ya no corresponden al precio de nudo tradicional (de corto plazo) sino a un nuevo precio de nudo, llamado ahora "precio de nudo promedio"¹³, igualmente calculado por la autoridad, pero que toma como base para su cálculo los valores obtenidos en las licitaciones de suministro y expresado en los llamados Precios de Nudo de Largo Plazo. Este precio de nudo promedio, al igual como ocurría en el pasado, y tal como lo señalara Vergara Blanco: "no solo comprende el precio de venta de energía eléctrica por parte de las generadoras, sino que además incluye el precio a ser pagado por la transmisión o transporte de la misma hasta los puntos de transformación del Sistema Interconectado respectivo. Así, las empresas distribuidoras compran a precio de nudo implicando con ello la energía eléctrica transportada hasta sus instalaciones".

Así de hecho lo señala en detalle la misma SEC en su Oficio N° 7.866, de 2015, y dirigido a la Contraloría General de República con motivo de una consulta efectuada sobre este mismo tema por el órgano contralor:

"(...) Efectivamente los PNP (precios de nudo promedio) dependen de los PNL (precios de nudo de largo plazo) y de los PNCP (precios de nudo de corto plazo), y se encuentran íntimamente ligados; los decretos de Precio de Nudo Promedio –PNP– establecen un precio que justamente corresponde, como su nombre lo dice a un promedio de los precios de los distintos contratos licitados y de los distintos PNCP, en los términos de los artículos 157 y 161 de la Ley Eléctrica (este último artículo incluso dispone que los precios de nudo de largo plazo –que son los que resultan de los contratos– "serán utilizados para determinar los precios promedio indicados en el artículo

¹² Oficio N° 13.442, de 2014, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

¹³ Se denomina promedio pues resulta del promedio de los precios de nudo de largo plazo, categoría igualmente nueva, y que resulta de la ponderación de los precios obtenidos en las diversas licitaciones de suministro.

157°). En cuanto a los decretos de PNCP, de acuerdo al artículo 156 de la Ley Eléctrica los precios de nudo de largo plazo y sus fórmulas de indexación, se incluirán en el decreto contemplado en el artículo 171, que es precisamente el decreto de PNCP; y en los artículos 165 y siguientes, que regulan el proceso de determinación de los PNCP (...)."

En resumen, nos encontramos con que tanto durante la vigencia de la antigua modalidad de fijación de precios de la energía para clientes sujetos a regulación de precios, como bajo el imperio de la Ley Corta II que creó nuevo sistema de licitaciones eléctricas a partir del año 2005, la naturaleza jurídica de la relación contractual entre distribuidores y generadores mantiene sus elementos fundamentales, cuales son:

a) Desde el punto de vista de las empresas de distribución, los contratos que firma con las empresas generadoras tienen el carácter de *forzosos y regulados*, por cuanto es la legislación la que perentoriamente las obliga a contratar y a la vez la misma legislación establece que es la autoridad regulatoria la que, por la vía de aprobar las bases de licitación y luego fijar tanto los precios de nudo promedio como todos los componentes de transmisión que lo completan, la que controla cada detalle del Contrato a ser celebrado, entre ellos, regulado así, ni más ni menos que: las cantidades demandadas, los precios máximos de compra, la época de la contratación, los plazos y los precios de transferencia a público a través de los decretos de nudo promedio.

b) Desde el punto de vista de las empresas de generación, el Contrato si bien no tiene ni ha tenido nunca el carácter de forzoso, pues existe la más plena libertad para participar o no de las licitaciones, una vez que se participa del proceso de licitación, el Contrato que resulta de esta regulación es un Contrato *esencialmente regulado*, en particular en lo relativo a la fijación del precio, el cual, de manera idéntica a lo que ocurría en el pasado con los tradicionales "precios de nudo de corto plazo" se compone *de una parte relativa a la determinación del precio de la energía y potencia suministrada* y de otra que citando nuevamente a Vergara Blanco corresponde a *los costos de transmisión asociados*, los que a su vez, dada la necesidad de aplicar efectos relativos a los diversos criterios de referenciación entre barras de inyección y puntos de entregas (sumado a la aplicación de los factores de pérdida que de esta operación derivan), inciden directamente en los valores finales a ser pagados a las empresas de generación y transferidos a los clientes finales¹⁴.

Vemos así que tanto los contratos derivados de la antigua legislación como los celebrados a partir de mayo de 2005 se diferencia en la manera de establecer el precio de la energía y potencia, blindándolos de variaciones en el precio regulado derivadas de la inestabilidad de los costos y disponibili-

¹⁴ Así lo ratifica en gran detalle la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), organismo no solo encargado de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la normativa eléctrica, sino también expresamente facultado para interpretar esta normativa, en un informe enviado a la Contraloría General de la República a través de oficio N° 7.866, de 2015, en sus páginas 6 y 7.

dad de combustibles, pero no se modifica en norma alguna el resto de los elementos que se requieren para establecer estos precios de transferencia, cuales son los relativos a la transmisión, segmento que es y ha sido siempre de carácter regulado.

Así lo señala, tal como señalamos en un pie de página y reiteramos aquí por su importancia, la SEC en el ya explicado Oficio N° 7.866, de 2015, argumentando el que la naturaleza regulada de los precios no se modificó producto de los cambios introducidos por la Ley Corta II tiene sustento tanto en el texto de la ley, como en su historia fidedigna, en cuanto, y tal como se desprende del mensaje de la Ley Corta II, el objetivo del cambio en el esquema de licitaciones en caso alguno fue el eliminar el elemento "regulado" de los precios a ser transferidos a los clientes finales, ni mucho menos modificar el principio de *Pass Through* contenido en el artículo 157 de la LGSE, sino exclusivamente estabilizar los precios de la energía y blindarlos de las fluctuaciones e incertidumbres en los precios y disponibilidad de combustibles importados.

II. Naturaleza "de Orden Público" de los Contratos Licitados y sus consecuencias Jurídicas

Una vez que hemos afirmado, y en nuestra opinión, demostrado suficientemente que el sistema de compras de energía para clientes regulados es y ha sido siempre un sistema regulado, cuyos contratos se rigen por normas de orden público, se hace necesario interpretar cuales son las consecuencias jurídicas de este hecho, de manera tal de establecer cuáles son los límites a la autonomía de la voluntad que de esto se deriva.

En el caso particular de Chile, la actual LGSE señala en su art. 131:

"Artículo 131°.- Las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo de sus clientes sometidos a regulación de precios. Para dichos efectos, aquéllas deberán contar con contratos de suministro, los cuales deberán ser el resultado de procesos de licitación pública. Dichos procesos no podrán incluir consumos de clientes no sometidos a regulación de precios, como tampoco se podrán incluir posteriormente en la ejecución de los contratos resultantes. La Comisión deberá diseñar, coordinar y dirigir la realización de tales procesos de licitación, cuyo objeto será que las concesionarias de distribución dispongan de contratos de suministro de largo plazo para satisfacer los consumos de sus clientes sometidos a regulación de precios, con una antelación mínima de cinco años a la fecha de inicio del suministro.

Las empresas concesionarias de distribución deberán sujetarse a lo dispuesto en las respectivas bases y a lo requerido por la Comisión para la realización de los procesos de licitación, de conformidad a lo dispuesto en los incisos cuarto y final del presente artículo.

Los aspectos administrativos y de gestión que dispongan las bases respectivas serán de responsabilidad de las concesionarias de distribución licitantes, así como todos los gastos necesarios para el desarrollo del proceso de licitación.

Las licitaciones públicas a que se refiere este artículo deberán cumplir con los principios de no discriminación arbitraria, transparencia y estricta sujeción a las bases de licitación. La información contenida en las ofertas de los proponentes será de dominio público a través de un medio electrónico (...)."

Por su parte, el antiguo art. 79-1 de la LGSE señalaba, con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.805 que perfeccionó el sistema de Licitaciones Eléctricas:

"Artículo 79-1°.- Las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del suministro de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores regulados para, a lo menos, los próximos tres años.

Para dichos efectos, con la antelación que fije el reglamento, deberán licitar el suministro necesario para abastecer los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios ubicados en su zona de concesión, de modo que el conjunto de los contratos resultantes, más la eventual capacidad de generación propia, garanticen el cumplimiento de la obligación establecida en el inciso anterior.

Las licitaciones de suministro serán públicas, abiertas, no discriminatorias y transparentes.

Además, la información contenida en las ofertas de los proponentes será de dominio público a través de un medio electrónico.

Las concesionarias podrán coordinarse para efectuar una licitación conjunta por la suma de los suministros individuales a contratar".

Artículo 79°-2.- Las bases para licitaciones, individuales o conjuntas, serán elaboradas por las concesionarias y deberán ser aprobadas previamente por la Comisión.

Las bases de licitación especificarán, a lo menos, el o los puntos del sistema eléctrico en el cual se efectuará el suministro, la cantidad a licitar y el período de suministro que cubre la oferta (...)

Artículo 79°-4.- La licitación se adjudicará al oferente que ofrezca el menor precio de energía. En el caso de que haya más de un punto de abastecimiento, la forma de calcular el precio de energía ofrecido será la que indique el reglamento.

"Artículo 96° bis.- Los precios de energía y potencia obtenidos en las licitaciones reguladas en el artículo 79°-1 y siguientes, llamados "precios de nudo de largo plazo", y sus fórmulas de indexación, se incluirán en el decreto

contemplado en el artículo 103° que se dicte con posterioridad al término de la licitación respectiva

Artículo 96° ter.- Los concesionarios de servicio público de distribución deberán traspasar a sus clientes finales sometidos a regulación de precios los precios a nivel de generación-transporte que resulten de promediar los precios vigentes para dichos suministros conforme a sus respectivos contratos. El promedio se obtendrá ponderando los precios por el volumen de suministro correspondiente”.

Del análisis de ambos articulados se deprenen conclusiones que, sumadas a la historia fidedigna de la normativa y a una interpretación armónica con el resto de la legislación eléctrica, nos permiten concluir que en ambos casos el sistema de compras de energía para clientes sujetos a regulación de precios da lugar a Contratos que por sus características pueden ser clasificados, por una parte, como forzosos, en los términos de López Santa María ya citado, y por la otra, como “*Contratos de Derecho Público*”, en los términos de Forsthoff¹⁵, quien los define como: “todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementan por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos, etc., todos los cuales tienen de común el emanar de la manifestación de una voluntad coincidente de las partes”.

Sin embargo, aun estando de acuerdo en que los Contratos que emanan de una orden perentoria del legislador, quien exige a las empresas de distribución celebrar este tipo de acuerdos, y que a la vez “regula” respecto de los mismos todos sus elementos relevantes, cuál es el precio, el plazo, los volúmenes y condiciones de aplicación de las tarifas, lo que queda por establecer es cuáles serían las consecuencias para cada una de las partes del Contrato de este carácter “público” o “regulado” del mismo.

En este sentido, hay tres posibles interpretaciones, de las cuales en nuestra opinión solo una es correcta y coherente, tanto con el derecho público chileno en general, como con la legislación eléctrica chilena en particular.

A saber, la primera pregunta que corresponde hacernos para comprender las consecuencias de calificar a estos contratos como de carácter “público” y por tanto regidos por normas de orden público, es si este hecho genera alguna limitación intrínseca a la libertad económica de los actores privados que participan en el mismo y a su autonomía de la voluntad y cuál será la extensión de esta limitación.

En otras palabras, la pregunta que queda pendiente es, primero, si del carácter de orden público de estos contratos se deriva alguna “indisponibilidad” para las partes respecto de los derechos y obligaciones que del Contrato derivan y si esta indisponibilidad puede implicar el que el Estado, luego

¹⁵ FORSTHOFF 1958. Los destacados son nuestros.

de celebrado el Contrato, podría, a través de normas imperativas, afectar o dar por afectado algún o algunos de los elementos relativos a las situaciones jurídico-económicas derivadas del Contrato entre las partes.

Una vez establecido este primer elemento, habrá que determinar, de ser afirmativa la respuesta, si estas normas imperativas o de orden público generan efectos para ambas partes del Contrato o solo para aquella parte que fue obligada a Contratar y cuyas tarifas a público son explícitamente reguladas, de acuerdo a una exigencia de su propia regulación, vale decir, las empresas de distribución, o si también este carácter imperativo y de orden público de las normas que rigen el Contrato se extiende a las empresas de generación que consintieron en celebrar estos contratos y por lo tanto participar de este esquema regulado.

1. Sobre la disponibilidad de los derechos y obligaciones que emanan de los Contratos de Suministro de Energía y Potencia para Clientes Regulados

Para responder adecuadamente la pregunta enunciada en el numeral anterior, vale decir, la obligatoriedad de los elementos de orden público que indudablemente acompañan a este tipo de contratos, y la extensión de la limitación al principio general de autonomía de la voluntad que este carácter conlleva, es imprescindible a su vez distinguir los diversos elementos de estos Contratos, para de esta forma establecer cuáles de ellos son “disponibles” para las partes, y por lo tanto sus acuerdos rigen por sobre cualquier estipulación legal o reglamentaria posterior a su celebración, versus aquellos que por derivar de normas imperativas de orden público justamente por afectar intereses de terceros o el interés nacional como un todo, no serían disponibles y por lo tanto, como se verá más adelante, tampoco arbitrables.

En este sentido, en un inicio nos remitimos a la primera parte de este trabajo en el que se explicó el origen legal y regulado de estos Contratos, los que desde la perspectiva de las empresas distribuidoras y generadoras, deben regirse, según señala la ley, por los principios de transparencia, no discriminación y apego estricto a la ley, al respectivo reglamento y a las Bases de Licitación aprobadas por la autoridad, de acuerdo a la Ley Corta II original, y dictadas por la autoridad, de acuerdo a la última reforma legal sancionada por Ley N° 20.805 de enero de 2015.

En particular, lo que se ha discutido entonces respecto de estos Contratos es si los elementos relativos a criterios de referenciación de barras de inyección y puntos de entrega, unido a los criterios de medición de las unidades físicas de energía que las empresas distribuidoras compran a las empresas generadoras y luego transfieren a los clientes finales, han quedado totalmente fijos y anclados en los contratos por algún motivo, o si la potestad normativa de la autoridad regulatoria del sector eléctrico se mantiene vigente, aun en contra de lo que las partes pudieron haber acordado o creído acordar en el Contrato, o en su caso, a la realidad normativa vigente a la

época del Contrato, de manera tal que si la autoridad, a través de una modificación posterior de las reglas propias de la transmisión o subtransmisión de energía variara estas condiciones necesarias para el cálculo definitivo de los valores a ser cobrados y pagados entre las partes, esta modificación sería obligatoria para ambas partes, para ninguna de ellas, o solo para una.

2. Las controversias concretas sobre la materia en estudio: los decretos de Subtransmisión

En la primera parte de este trabajo describimos, en general, los elementos que hacen que en nuestra opinión, y luego de un detallado estudio, podamos afirmar que los contratos de suministro para clientes sujetos a regulación de precios tengan en sí mismos el carácter de regulados y regidos por normas de orden público. Señalamos igualmente que tanto desde la perspectiva del análisis lógico dogmático de la ley y sus sucesivas reformas como de las reflexiones doctrinarias y de las autoridades sobre la materia, el carácter regulado de los denominados precios de nudo y sus condiciones de aplicación se han mantenido inalterados en lo medular bajo el régimen de licitaciones instaurado por la Ley Corta II, salvo en lo relativo al cálculo del precio de la energía y potencia propiamente tales.

Corresponde ahora y según se ha dicho describir, en general, el tipo de controversias concretas que sobre estas materias se han suscitado a efectos de establecer, para estos casos concretos (pero con un objetivo de tipo ejemplar) la correcta interpretación de la normativa chilena, tanto general como sectorial-eléctrica.

Como es de público conocimiento, y según se ha explicado más atrás, la legislación eléctrica chilena establece desde el año 2005 que los precios a nivel de generación-transporte (precio de nudo de largo plazo) para los clientes sujetos a regulación de precios son fijados por la autoridad a partir de los valores obtenidos en los procesos de licitación pública de suministro. Estos precios de nudo de largo plazo se fijan con motivo de cada licitación de suministro. Finalmente, los precios de nudo promedio, que son los que en definitiva se utilizan para establecer el precio a transferir a los clientes finales corresponden al promedio ponderado por energía de todos los contratos vigentes de suministro celebrados en el tiempo por las empresas de distribución. Lo anterior, por cuanto dado la lógica de contratación exigida por la autoridad a las empresas de distribución, será habitual y de hecho inevitable que en cada momento las empresas de distribución mantengan vigentes, al mismo tiempo, diversos contratos, con diversas empresas, a diversos precios y bajo distintas fórmulas de indexación¹⁶. De hecho, parte de esta energía, como se verá, se ha mantenido regida por los antiguos precios de nudo de corto plazo.

¹⁶ Lo anterior de acuerdo al art. 157 de la LGSE.

A la vez, y este es un punto crucial, para explicar el motivo de las actuales controversias, los precios que se establecen por concepto de energía en las ofertas efectuadas por las empresas de generación eléctrica son referidos habitualmente a punto de entrega o a puntos de compra de la energía estandarizados, a efectos de poder hacer comparables los precios, sin embargo, y tal como ocurre con cualquier bien que deba ser transportado, pero en especial en el caso de la energía eléctrica que sufre pérdidas en función de las distancias y niveles de transformación por las que deba transitar para llegar a los puntos de consumo, a la hora de establecerse los volúmenes y precios definitivos a pagar (entre distribuidor y generador) y transferir (desde la empresa de distribución al cliente final) se deben tener en consideración una serie de factores relativos al efecto en los volúmenes no solo en función de los respectivos puntos de compra utilizados entre las partes, sino a las reglas de referenciación de las barras de inyección asociadas a cada punto de retiro, factor este último fundamental para establecer a su vez los factores de pérdida asociados a cada punto de inyección y de retiro. El factor de pérdida, a su vez, es determinado de acuerdo a estas mismas reglas en atención a criterios de distancia o eficiencia en el uso de las redes, de acuerdo a las ya señaladas barras de inyección-retiro.

Como se verá más adelante, todos estos factores relativos a las barras de inyección y puntos de retiro, sumados a los criterios para referenciar las mismas barras de inyección y puntos de retiro y sus pérdidas asociados son esenciales para la cuantificación definitiva de los volúmenes de energía a ser pagados y transferidos desde el segmento de generación hasta los clientes finales, a través de las distribuidoras, y han sido siempre, como veremos a continuación, materia de regulación por parte de la autoridad sectorial sin que jamás hayan quedado establecidas consensualmente en los Contratos, los que se limitan, al ser contratos altamente regulados, a fijar el precio de la energía y potencia en función del resultado de las Licitaciones de Suministro y a adaptarse explícitamente a las reglas de la regulación en los demás elementos relativos a la referenciación de puntos de compra y barras de inyección y a los factores para calcular las pérdidas.

3. Del Decreto N° 320, de 2008, al Decreto N° 14, de 2011. El origen del conflicto

A efectos de entregar una explicación lo más objetiva posible acerca de los diversos actos jurídicos que se han sucedido en los últimos años y los efectos que los mismos generarían entre las empresas de generación y distribución, y luego entre las empresas de distribución y sus clientes finales, y los conflictos que esta situación ha generado entre distribuidoras y generadoras de energía eléctrica, nos parece que un excelente resumen es el que hace la Comisión Nacional de Energía (CNE) a través de Oficio N° 285, de 2015, respondiendo a una consulta que sobre este mismo particular le hiciera la Contraloría General de la República con motivo de una impugnación efectuada por la empresa Colbún S.A. en contra del Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC, que instruyó

a las empresas de distribución y generación la aplicación de sucesivas reliquidaciones de pagos entre ellas y hacia los clientes regulados con motivo de la entrada en vigencia del Decreto N° 14, de 2011 que modificó las reglas de la subtransmisión y la dictación de diversos decretos de nudo promedio de acuerdo a estas mismas reglas.

Señala el Oficio en segmentos escogidos por su claridad y objetividad explicativa:

“El Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía, en adelante e Indistintamente “CNE”, dieron Inicio desde el año 2014, al proceso de actualización y dictación de los Decretos de Precios de Nudo Promedio (PNP), que incorporan una nueva estructura tarifaria por la entrada en vigencia, a partir del 1 de enero del año 2011, del Decreto N° 14, del Ministerio de Energía, que fija tarifas de Sistemas de Subtransmisión y de Transmisión Adicional y sus fórmulas de indexación, en adelante “Decreto N° 14”, tomado de razón por la Contraloría General de la República el 4 de abril de 2013 y publicado en el *Diario Oficial* el 9 de abril de 2013. Adicionalmente, se debe señalar, que la legislación eléctrica establece que, tanto para las tarifas del segmento de distribución de electricidad como para las del segmento de generación-transporte, cuando un decreto tarifario se dicte más allá del plazo establecido en la ley, entonces el decreto tarifario anterior proroga su vigencia en el tiempo hasta que no se dicte el nuevo decreto, produciéndose en el momento de la dictación del nuevo decreto una aplicación retroactiva de aquella tarificación. En ese sentido se refiere el artículo 112 para las tarifas de subtransmisión, el artículo 171 para los denominados precios de nudo de corto plazo (PNCP) y el artículo 192 para las tarifas de distribución, todos del D.F.L. N° 4, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en adelante e indistintamente

“Ley Eléctrica” o “LGSE”.

Así, el 6 de octubre de 2014, se publicó el Decreto N° 2T/2014, que en concordancia a lo establecido en él, entre otras cosas, actualizó la estructura tarifaria y los valores de los decretos de PNP dictados entre el 1 de enero de 2011 y 31 de diciembre de 2012. Esta actualización tuvo por objeto plasmar en los decretos de precio de nudo promedio la metodología contenida en el Decreto N° 14, que en lo particular reemplaza el mecanismo de referenciación de energía denominado “mínima distancia eléctrica”, por otra de uso eficiente de las redes. Adicionalmente, en el Decreto N° 2T/2014, se dictaron los Decretos de Precio de Nudo Promedio correspondientes a enero y marzo de 2013.

En esta línea, durante el año 2014 se publicaron los Decretos 3T/2014, 4T/2014, 6T/2014, 7T/2014 y 8T/2014, todos del Ministerio de Energía, los que fijaron precios de nudo promedio a traspasar a cliente final con aplicación retroactiva.

Por tanto, si en la fijación del PNP desde el 1 de enero de 2011 los decretos de precios de nudo correspondientes contemplaban una estructura tarifaria que recogía la metodología del Decreto N° 320 de 2011, del Ministerio

de Energía (en adelante, e indistintamente, "Decreto 320¹⁷"), correspondía de acuerdo a la nueva metodología de uso eficiente de las redes contenida en el Decreto 14, que los precios de nudo de dicho periodo fueran actualizados. Es por ello que el Decreto N° 2T/2014 actualizó los decretos de precio de nudo señalados en el sentido de aplicar la metodología contemplada en el Decreto N° 14.

Publicados los decretos antes señalados en el *Diario Oficial*, y tal como lo establece la normativa, la SEC emitió, con fecha 9 de diciembre de 2014, el Oficio N° 13.442, instruyendo a las empresas de generación y de distribución de electricidad del país, para que calcularán y precedieran a la «liquidación de las tarifas correspondientes a cada uno de los decretos ministeriales citados, señalando en su punto 3.4 literal e) expresamente que; "Producto de las reliquidaciones entre distribuidoras y sus clientes regulados, los abonos o cargos que procedan entre las empresas generadoras eléctricas y las distribuidoras o clientes regulados que reciben suministro eléctrico de las generadoras, deberán aplicarse en la forma, plazo y condiciones indicadas precedentemente. En estos abonos y cargos, que deberán materializarse en las primeras facturas que emitan las empresas generadoras, deberán incluirse las diferencias por concepto de compra de energía y potencia, originadas como consecuencia de la aplicación de los decretos del ANT, incluyendo el que fija los peajes de subtransmisión (ANT 1), conforme a lo metodología establecida en el mismo para la determinación de los suministros efectuados a las empresas distribuidoras".

De esta manera, a contar de enero de 2015 en el SIC y de febrero de 2015 en el SING, las empresas distribuidoras comenzaron a informar a sus clientes de este primer proceso de reliquidación, realizando el pago/ abono o cargo, según corresponda".

Como se aprecia de la explicación de la CNE, es justamente la dictación del Decreto N° 14, de 2011, y el cambio de criterios de aplicación de las tarifas de subtransmisión, incluidas las metodologías para la referenciación de energía desde el criterio denominado de "mínima distancia eléctrica" empleado en el anterior decreto 320, por otro criterio denominado de "uso eficiente de las redes".

Este cambio de criterio, tal como lo explica la CNE y también la SEC en diversos oficios ya citados, unido al hecho que el Decreto N° 14 entró en vigencia con mucha demora¹⁸ respecto de la época en que debió hacerlo

¹⁷ Decreto que fijó por primera vez las tarifas y condiciones de aplicación de las tarifas de subtransmisión y que fue reemplazado, luego de terminada su vigencia, por el Decreto N° 14, de 2011.

¹⁸ Respecto de la demora en la entrada en vigencia del Decreto N° 14 y también sobre la demora en la publicación de los Decretos de Precio de Nudo Promedio que debieron ser modificados retroactivamente con motivo de esta tardía entrada en vigencia, no nos referiremos en este trabajo, sin embargo vale la pena destacar que estas demoras han sido un elemento crítico para aumentar de manera exponencial la conflictividad de la aplicación de estos nuevos criterios, elemento que ha sido destacado recientemente por la Contraloría General de la República en dictamen de diciembre de 2015 recaído en diversas impugnaciones al Oficio N° 13.442, de la SEC.

(casi 3 años de demora) implicó la necesidad de aplicar retroactivamente los nuevos criterios de referenciación de la energía a los montos ya cobrados y pagados, lo que implicó, como se verá, variaciones muy significativas entre estos montos originalmente facturados por las empresas de distribución a los clientes regulados y simétricamente pagados por estas empresas de servicio público a sus suministradores, empresas de generación.

Tal como lo describe la CNE en el oficio recién citado, el motivo de esta necesidad de reliquidar montos no se debió a modificaciones en el precio de la energía o potencia acordado entre las partes en los contratos, de acuerdo a los mecanismos de licitación de la Ley Corta II, sino a diferencias en los volúmenes de energía a ser cobrados a los clientes con motivo de la variación de los criterios de referenciación ya citados, los que influyen básicamente en las pérdidas de energía medidas con un criterio (Decreto N° 320) u otro (Decreto N° 14).

Así, y tal como se ha descrito, la SEC instruyó a las empresas de distribución a reliquidar (pagar o cobrar las diferencias de montos entre lo efectivamente cobrado a los clientes y lo que se les debió cobrar con motivo de la aplicación retroactiva de los nuevos criterio de referenciación), e instruyó igualmente a las empresas de generación a hacer lo propio respecto de los cobros que habían venido haciendo a las empresas distribuidoras por los mismos conceptos.

La reacción general de las empresas de generación, las que en términos agregados debían efectuar importantes devoluciones de dinero a sus contrapartes de distribución por los montos que estas últimas, por su parte, ya habían debido devolver a los clientes finales según instrucción de SEC a través del Oficio N° 13.442, se negaron a aceptar la instrucción de la autoridad, alegando en lo medular que estos cambios de criterio de parte del regulador y las consiguientes instrucciones de reliquidación del fiscalizador no les eran aplicables a ellos, cuyos precios estaban fijados en los Contratos privados firmados entre las partes, los que se verían ilegalmente modificados, en contra de su voluntad, por una instrucción que excedería el ámbito de competencias de SEC.

III. Argumentos de las empresas de Generación para negarse a dar aplicación a las instrucciones de la autoridad. Sede adecuada para impugnar los efectos del Decreto N° 14 y la instrucción de SEC a través del Oficio N° 13.442

Las empresas de generación, tal como hemos explicado, se han negado a dar aplicación a las instrucciones de la SEC a través del Oficio N° 13.442. La manera y los argumentos a través de los cuales han canalizado sus pretensiones han sido básicamente de 3 tipos.

1. *Impugnando directamente el Oficio N° 13.442 de SEC ante esa misma repartición*, a través del recurso de reposición contemplado en el artículo 10° del DFL N° 1 que fija el texto refundido de la Ley N° 18.575 y en los

artículos 15 y 59 de la Ley N° 19.880. A través de esta reposición administrativa se solicitó el dejar sin efecto el referido Oficio N° 13.442. Las diversas presentaciones efectuadas por esta vía fueron rechazadas por la Superintendencia y no apeladas.

2. *A través de impugnaciones frente a la Contraloría General de la República del mismo Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC solicitando al órgano contralor la declaración de ilegalidad de dicho acto administrativo*¹⁹.

3. *A través de diversos procesos de arbitraje, de acuerdo a las cláusulas arbitrales establecidas en los Contratos de Compra de Energía y Potencia firmados con diversas empresas de distribución, alegando que las instrucciones impartidas por la SEC no le son oponibles y exigiendo a las empresas de distribución la aplicación exclusiva de las cláusulas contractuales, las que no podrían ser afectadas en caso alguno por los criterios del Decreto N° 14.*

Si bien los argumentos en cada caso se han adaptado en función de la sede de que se trata, los argumentos generales de las empresas de generación han sido en lo medular los siguientes:

a) El Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC, al establecer que deben traspasarse a las empresas Generadoras que tengan Contratos Licitados con Distribuidoras los abonos o cargos que estas hagan a sus Clientes Regulados por aplicación de los decretos tarifarios, infringiría el sistema de formación de precios establecido en el artículo 158 de la LGSE. Lo anterior toda vez que las reliquidaciones ordenadas para las empresas distribuidoras respecto de sus clientes regulados no podría traer como consecuencia una reliquidación entre generadoras y distribuidoras por vía de modificar los precios o cantidades suministradas en virtud de contratos licitados.

b) En atención a lo señalado en el punto anterior, se sostiene que las reliquidaciones instruidas a través del Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC, carecerían de sustento legal, toda vez que las únicas reliquidaciones que regularía la LGSE son las que se refieren sus artículos 157 y 171, que se refieren a las reliquidaciones que proceden entre distribuidoras y sus clientes regulados por aplicación de un mecanismo de ajuste de precios, incluido los que provengan de los decretos de fijación de Precios de Nudo Promedio y a las reliquidaciones que proceden entre generadoras y distribuidoras por dictación de un decreto de Precio de Nudo de Corto Plazo, respectivamente.

c) El Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC, vulneraría lo dispuesto en los artículos 131 y siguientes de la LGSE, toda vez que modificaría retroactivamente las bases de la licitaciones que aprobó la CNE, modificando consecuentemente los contratos licitados y celebrados entre generadores y distribuidores al modificar el criterio de medición y referenciación de la energía,

¹⁹ Es el caso de la empresa Colbún S.A., la que solicitó la intervención de la Contraloría a través de presentación de fecha 4 de abril de 2015, la que fuere rechazada por el mismo órgano a través de dictamen N° 96.410, de 2015.

variando desde un esquema de un único punto de inyección a otro en que estas referenciaci3nes se hacen a varios puntos de inyecci3n de acuerdo al nuevo criterio establecido por el Decreto N° 14 y denominado “de uso eficiente de las redes”

d) Finalmente, y en lo relativo a las alegaciones efectuadas en sede arbitral, se alega que la pretensi3n de las empresas de distribuci3n en orden a dar aplicaci3n al instructivo SEC N° 13.442 implicar3a una flagrante vulneraci3n del contrato entre las partes, pues en coherencia con los argumentos anteriores, cualquier modificaci3n de los puntos de compra, precios de suministro y criterios de asignaci3n de montos de energ3a y potencia suministrados en cada punto de compra (lo que incide en los vol3menes de energ3a transadas entre las partes) con motivo de la aplicaci3n del Decreto N° 14, solo obligar3a las empresas de distribuci3n, las que no podr3an exigir la aplicaci3n de estos criterios expl3citamente mandados por el regulador, ni las respectivas reliquidaciones expresamente ordenadas por SEC de parte de sus suministradores, empresas de generaci3n.

Como se puede observar, el conflicto entre el segmento de la generaci3n y, por una parte, las autoridades regulatorias (SEC, CNE y el Ministerio de Energ3a) y por la otra las empresas distribuidoras, tiene dos aristas que si bien est3n 3ntimamente relacionadas, no son exactamente id3nticas.

i) Impugnaciones en sede administrativa

Por una parte, se impugna la legalidad de las instrucciones de la SEC al momento de hacer cumplir lo establecido en el Decreto N° 14 y de hecho se impugna la legalidad del decreto. Es decir, se discute la aplicabilidad de sus criterios y su oponibilidad al segmento de generaci3n, neg3ndose as3 la capacidad de la autoridad regulatoria para modificar las reglas de la subtransmisi3n y en consecuencia los criterios de medici3n de los vol3menes de energ3a transados entre generadoras y distribuidoras, aun cuando se reconoce que estas instrucciones s3 son obligatorias para las empresas de distribuci3n. Como veremos m3s adelante, es nuestra opini3n que el solo hecho de haberse intentado invalidar el Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC y haber fracasado en este intento, es contradictorio con el alegato de total inoponibilidad del mismo en sede arbitral, pues no se entiende entonces el inter3s de haber llegado incluso a la Contralor3a General de la Rep3blica, en un intento de impugnaci3n de un acto que, seg3n se alega en sede arbitral, no es ni podr3a ser oponible en la relaci3n contractual entre generadores y distribuidores.

ii) Alegaciones de incumplimiento de Contrato en sede arbitral

Como hemos dicho, a pesar de haberse intentado sin 3xito la invalidaci3n del acto administrativo a trav3s del cual SEC instruye una cierta conducta a distribuidores y *generadores*, en orden a recalcular y reliquidar los montos cobrados y pagados entre s3 y para con los clientes finales con motivo de la entrada en vigencia del Decreto N° 14, y aun reconociendo, como se ver3, que las *conductas de las empresas distribuidoras se han apegado estricta-*

mente a los mandatos de la autoridad en los mismos actos jurídicos infructuosamente impugnados, las empresas de generación alegan en sede arbitral que el cumplimiento de un deber jurídico de parte de las distribuidoras implicaría un incumplimiento de los contratos suscritos.

Es decir, se lleva a sede arbitral la misma discusión que se ha planteado en sede administrativa sin éxito, esperando que los jueces árbitros, interpretando solo la ley de los contratos, declaren la validez de argumentos que como veremos *no impugnan las conductas de las distribuidoras* sino los actos jurídico administrativos que perentoria y a estas alturas ejecutoriada obligan a ambas partes a la misma y exactas conductas que se estiman contrarias al contrato.

De otra manera, es decir, si fuera efectivo que ni el Decreto N° 14 ni la instrucción de SEC a través del Oficio N° 13.442, de 2014, afectan en nada a las empresas generadoras en virtud de la eventual primacía de los Contratos, no tendría sentido alguno el que estas mismas hubieren primero repuesto administrativamente dicho inestructivo y luego intentado invalidarlo frente a la Contraloría General de la Republica insistiendo en esta última sede en que el Oficio N° 13.442, de 2014, estaría infringiendo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico relativo a los abonos o cargos que serían procedentes entre las empresas de distribución y generación con motivo de la aplicación del Decreto N° 14.

Así lo señala la propia Contraloría en su dictamen N° 96.410, de 2015 en que rechaza la solicitud de la empresa generadora Colbún S.A. señalando: "Colbún S.A. solicita que esta Entidad de Control emita su opinión en relación a la juridicidad del antedicho oficio circular, atendido que –en su concepto– ese inestructivo infringiría lo dispuesto por el ordenamiento jurídico en lo concerniente a los abonos o cargos que serían procedentes entre las empresas distribuidoras y generadoras producto de la implementación del mencionado decreto N° 14".

El problema como vemos es complejo pues con motivo de este conflicto entre la autoridad y las empresas de generación, y entre estas últimas y las concesionarias de distribución eléctrica, se plantean dos discusiones distintas pero complementarias. Por una parte (i) se discute la legalidad del Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC, en lo relativo a la instrucción de aplicar, entre generadoras y distribuidoras, los dictados y criterios del Decreto N° 14; (ii) Se discute si una vez firme y sin que existan más recursos en sede administrativa o judicial para impugnar el citado Oficio N° 13.442, las empresas generadoras estarían obligadas a acatar dicho inestructivo, el que por lo demás, y en uso no solo de las facultades normativas y fiscalizadoras sino también interpretativas de la SEC, ha ordenado la aplicación del Decreto N° 14 exigiendo a distribuidores y *generadores* efectuar las mencionadas reliquidaciones derivadas de la necesidad de modificar los criterios de contabilización de los volúmenes de energía transados hasta antes de la entrada en vigencia del referido Decreto, de acuerdo a las antiguas reglas del Decreto N° 320; (iii) se

discute si la aplicación por parte de las empresas de distribución de los mandatos del Decreto N° 14 y el Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC, podría ser considerado un incumplimiento de Contrato, o dicho de otro modo, si aun aceptándose que las órdenes de la autoridad sobre la materia han quedado firmes los efectos de dichas órdenes podrían ser dejados sin efecto por un juez árbitro llamado a conocer de conflictos sobre la interpretación y aplicación de los Contratos de Suministro. Este último punto genera un evidente conflicto respecto de la capacidad de los jueces árbitros de resolver en sede arbitral, y de acuerdo a las reglas del arbitraje establecidas en el Contrato, como si de un tema contractual se tratara, justamente la misma discusión ya resuelta en sede administrativa. En este último caso, es decir, en la facultad de los jueces árbitros de resolver estos conflictos se produce una clásica discusión acerca de la "disponibilidad" y consecuente "arbitrabilidad" de un conflicto que si bien afecta las situaciones jurídico-económicas de las partes en el Contrato respecto de los suministros contratados, no es realmente una disputa contractual sino acerca de la validez y obligatoriedad de actos de autoridad que revisten el carácter de normas de orden público y carácter imperativo²⁰.

Decimos que los temas si bien son diferentes, son intrínsecamente complementarios justamente porque, como veremos, declarar o permitir la "arbitrabilidad" del conflicto, con independencia del resultado del arbitraje, puede implicar, desde ya, negar el carácter de "imperativas" de las normas de orden público en virtud de las cuales la autoridad ordenó las reliquidaciones propias de la aplicación del Decreto N° 14. Dicho de otra manera, y tal como analizamos largamente en la primera parte de este artículo, la discusión de fondo presenta nuevamente dos aristas diferentes:

1. *La determinación de si las reglas del Decreto N° 14 y la instrucción de la SEC a través del Oficio N° 13.442, de 2014, serían o no contrarias a la Ley Eléctrica;* tema que evidentemente debió ser definido a través de los mecanismos de impugnación existentes para estos casos, y que tal como se ha dicho ha quedado resuelto por cuanto ya no proceden nuevos mecanismos impugnatorios en contra de los actos administrativos mencionados, los que han quedado firmes y por consiguiente obligan a todas las partes.

2. *Si estas instrucciones modifican ilegítima e ilegalmente el contrato en aspectos ya contemplados y acordados en este o si por el contrario los aspectos tratados en el Decreto N° 14 son y han sido siempre parte de los aspectos regulados de la relación generación-transporte-distribución-clientes finales.*

Este último es además e igualmente un tema doble, pues por una parte se discute si los contratos contemplaban explícitamente un cierto tratamiento "consensual" para las materias que fueron afectadas por la dictación del De-

²⁰ Esta interpretación es expresamente apoyada por la SEC, organismo que a través del ya citado Oficio N° 7.866, de 2015, dirigido a la Contraloría.

creto N° 14, de manera tal que dicho Decreto y la instrucción de la SEC efectivamente estarían modificando elementos pactados, y por la otra, si aún en el caso que se concluyera que existió un acuerdo contractual acerca de esta materias, estos acuerdos serían válidos inamovibles y primarían por sobre las normas de orden público contenida en los actos administrativos impugnados de manera tal que los mismos serían inoponibles a la relación contractual.

Este es un tema de cierta complejidad argumentativa, pues como se verá al tratar sobre la "arbitralidad" de estos asuntos, se podría considerar dos hipótesis de trabajo: (i) que por tratarse de los efectos de una norma imperativa cuya instrucción de cumplimiento ha quedado a firme por haberse agotado las instancias de impugnación, se hace irrelevante el discutir en sede arbitral si estas normas modificaron o no el Contrato, pues la única manera que tendría el árbitro de "soslayar" la normativa sería declarar por sí la ilegalidad de la misma, lo que excede con creces sus facultades. Así, en esta manera de mirar el problema, tanto a las partes como el árbitro, solo les cabe cumplir o hacer cumplir las instrucciones de la SEC pues al haberse agotado toda instancia de impugnación, las mismas obligan expresa y explícitamente a ambas partes del Contrato y por lo tanto no es disponible contractualmente para ninguna de ellas el ir en contra de lo ordenado o; (ii) se podría intentar argumentar, y de hecho así se ha argumentado (en nuestra opinión de manera incorrecta) el que un juez árbitro podría, por la vía de su potestad para interpretar el contrato, considerar que lo único en discusión no es ya la legalidad de la orden de la autoridad (tema sobre el cual no tendría potestad), sino estrictamente el sí al cumplir y exigir que estas instrucciones se cumplan, una de las partes del Contrato, es decir, la empresa distribuidora, estaría *incumpliendo unilateralmente los acuerdos contractuales*.

3. *Es finalmente a partir de las hipótesis de trabajo planteadas en el punto 2 anterior que queda abierta la discusión acerca de si siendo ya un hecho que las empresas distribuidoras y generadoras están obligadas por el Decreto N° 14 y el Oficio N° 13.442, de 2014, los efectos en las relaciones contractuales de la aplicación de las instrucciones de la autoridad pueden discutirse en sede arbitral o deben ser necesariamente resueltas en sede administrativa. Es decir, queda abierta la cuestión estricta sobre la "arbitralidad" del conflicto.*

4. *Sobre la naturaleza de las modificaciones a la situación jurídica entre generadores y distribuidores producto de la aplicación del Decreto N° 14 y de la instrucción de reliquidación impartida por SEC a través del Oficio Ordinario N° 13.442, de 2014.*

Como hemos señalado más atrás, el conflicto entre las empresas de generación, las autoridades regulatorias y las concesionarias de servicio público de distribución tiene su origen en la dictación, con efecto retroactivo, del Decreto N° 14 que fijó las tarifas y condiciones de aplicación de las tarifas de la subtransmisión de energía, reemplazando el decreto vigente anterior, Decreto N° 320, y ajustando los criterios de referenciación de la energía entre

barras de inyección y puntos de compra, lo que a su vez afecta la aplicación de los factores de pérdida de la energía transada y por consiguiente los volúmenes definitivos de energía medidos y remunerados por los Contratos.

En este sentido, y tal como lo señala la SEC en el ya citado Oficio N° 7.866, de 2015, que da respuesta a la Contraloría General de la República en un proceso iniciado por Colbún S.A. en contra del Oficio N° 13.442, de 2014, la empresa de generación ha alegado, en sede administrativa, básicamente.

a) Que debido a que los precios que dan lugar a los pagos efectuados por las empresas de distribución a las empresas de generación son fijados de acuerdo a los Contratos Licitados, la obligación de reliquidar montos desde las empresas de generación hacia las empresas de distribución ordenada por SEC en aplicación de las reglas del Decreto N° 14 sería contraria a la ley e infringiría el sistema de formación de precios establecidos en el art. 158 de la LGSE.

b) Que las únicas reliquidaciones contempladas en la legislación son entre distribuidores y clientes finales, y que por lo tanto no habría sustento legal ni facultades para ordenar reliquidaciones entre generadores y distribuidores de energía eléctrica.

c) Que el Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC vulneraría lo dispuesto en los arts. 131 y siguientes de la LGSE (previo a la dictación de la Ley N° 20.805 que modificó nuevamente el sistema de licitaciones en el año 2015), toda vez que implicaría una modificación retroactiva de las Bases de Licitación y de los Contratos Licitados en cuanto aplicaría una nueva metodología de medición de la energía suministrada no a un único punto de inyección, sino que a varios.

Las argumentaciones de la empresa Colbún, que coinciden en general con las alegadas por otras empresas de generación con motivo de la misma situación, generan una serie de interrogantes tanto en lo relativo a los efectos de estas alegaciones tanto en sede administrativa como arbitral.

Así, la base fundamental de las alegaciones de Colbún se basa en que los precios acordados entre distribuidores y generadoras en los contratos serían producto de un acuerdo de voluntades de carácter privado, y por lo tanto regidos en todos sus aspectos por este acuerdo de voluntades sin consideración alguna del carácter regulado de los mismos. Pero a la vez, reconoce que los precios acordados, que en efecto, en su componente de energía y potencia han quedado fijados por el resultado de las licitaciones y establecidos de manera estable de acuerdo a las reglas del propio contrato, no se agotan, tal como se ha descrito profusamente, en la determinación de los valores por energía y potencia, sino que requieren para estar completos, la aplicación de los factores relativos al componente de transmisión, por expreso mandato legal. Dentro de estos factores relativo a la transmisión, uno fundamental y que es justamente el objeto del conflicto que describimos, es el relativo a la necesidad de referenciar las energías desde los puntos de in-

yección a los puntos de compra, a efecto de calcular las pérdidas de energía ocurridas en ese tránsito y por lo tanto determinar los volúmenes definitivos de energía a ser remunerados y los montos a pagar por subtransmisión.

Así lo señala la propia Colbún en presentación GL N° 60/2015 efectuada ante la Contraloría General de la República con fecha 4 de abril de 2015, y que señala en su página 6:

“En los contratos de suministro es frecuente que los puntos en que se mide la energía y potencia suministrada (“Puntos de Medición”) no coincidan con los puntos en que se realiza el suministro (“Puntos de Compra”), lo que genera la necesidad de referir la energía y potencia desde los primeros a los segundos, agregándose la energía y potencia que se pierde en el trayecto entre ambos. Normalmente este trayecto corresponde a instalaciones de subtransmisión puesto que los Puntos de Medición se ubican al inicio de la red de distribución (subestaciones primarias de distribución) y los Puntos de Compra al término de la red de transmisión troncal (subestaciones troncales).

Cada contrato de suministro contiene una forma particular de referir la energía y potencia medida desde los Puntos de Medición hacia los Puntos de Compra (“Fórmula de Referenciación”), que proviene de las bases de licitación redactadas por la Distribuidora respectiva y aprobadas por la Comisión Nacional de Energía (“CNE”).

A modo de ejemplo, algunos de los contratos de suministro suscritos entre Colbún y Distribuidoras para el suministro de energía y potencia a Cuentas Regulados contienen las siguientes fórmulas de Referenciación

1. En los Contratos licitados celebrados con CGE Distribución S.A. (CGED”), la energía y potencia medidas en los Puntos de Medición (ubicados en las subestaciones primarias de distribución) son referidas a los Puntos de Compra (ubicados en subestaciones del sistema troncal) utilizando los Factores de Expansión de Pérdidas de Energía (FEPE) y Potencia (FEPP) *fijados por el Ministerio en los decretos tarifarios de subtransmisión*. 2. En el Contrato Licitado celebrado con Chilectra S.A., los Puntos de Medición coinciden con los Puntos de Compra donde se realiza el suministro de energía y potencia (ubicados en subestaciones troncales) y se dispone que, para el caso de establecerse nuevos Puntos de Medición que no coincidan con los Puntos de Compra, los ajustes de energía y potencia correspondientes deben considerarse *“las pérdidas de subtransmisión y/o adicionales que sean pertinentes”*.

De la sola lectura de la definición efectuada por parte de Colbún sobre la materia, y de los propios ejemplos que la misma empresa entrega, pareciera concluirse casi sin necesidad de mayor discusión la incorrección de sus alegatos, por cuanto, por una parte, queda claro que los elementos necesarios *para la determinación definitiva de los montos a remunerar por parte de la empresa de distribución a la empresa de generación no se agotan en la determinación del precio de la energía y potencia* (únicos elementos que como hemos vistos son objeto de la licitación y se consideran como elementos para

escoger una oferta respecto de otra), sino que se requiere, para calcular los montos definitivos a pagar, saber cuánta energía se ha comprado. Para hacer esto, y tal como lo señala la propia Colbún, se requiere referenciar dicha energía desde los puntos de medición a los puntos de compra. Este ejercicio incide (como se ha visto profusamente con motivo de los diversos conflictos administrativos y judiciales suscitados), en cientos de millones de dólares de diferencia entre lo efectivamente pagado y lo que habría correspondido pagar de acuerdo a las reglas del Decreto N° 14. Montos que requieren ser ajustados entre distribuidores y clientes finales (lo que ya ocurrió) y entre distribuidores y generadores, tal como lo instruye SEC.

Pues bien, dado lo anterior, existen al menos 3 argumentos fundamentales por los cuales la afirmación de las empresas generadoras, en especial Colbún, en cuanto a que las fórmulas de referenciación serían parte de un simple acuerdo privado, anclado en el contrato, y por lo tanto totalmente disponible para las partes e inmodificable por la autoridad, sería *incorrecta*. A saber:

i) Las fórmulas de referenciación No fueron acordadas en los Contratos:

Como se advierte de los propios ejemplos dados por Colbún, calificar como "fórmula de referenciación libremente pactadas por las partes" frases del tipo: las fórmulas de referenciación serán de acuerdo a los factores de expansión (...) "*fijados por el Ministerio en los decretos tarifarios de subtransmisión*" o "los ajustes de energía y potencia correspondientes deben considerar "las pérdidas de subtransmisión y/o adicionales que sean pertinentes", lejos de ser interpretable como el producto de un completo acuerdo privado, implica una explícita mención a que estos factores a ser utilizados son justamente los establecidos por el Estado en los "decretos tarifarios de subtransmisión" o los "pertinentes", vale decir, los que correspondan de acuerdo a la adecuada interpretación de la Ley Eléctrica y no de un acuerdo entre las partes.

A la vez, si entendemos que contratos firmados a 15 años (plazo máximo a la época) necesariamente quedarán cubiertos por más de un Decreto de Subtransmisión, pues estos últimos se dictan cada 4 años, no se vislumbra manera en que estas "fórmulas de referenciación" pudieren considerarse ni consensuales ni mucho menos estática en el tiempo, más aun considerando que tanto la normativa eléctrica general, como explícitamente el reglamento de Licitaciones de Suministro establecen, como señala acertadamente SEC: "la obligación de que los contratos licitados deben respetar *en todo momento* la normativa vigente, debiendo *en su caso adaptarse* frente a cambios normativos como el que se analiza. En este sentido, resulta ilustrativo (reitera SEC) lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto N° 4, de 2008, Reglamento de Licitaciones que señala: *Los Contratos se deberán someter en todo momento a la normativa vigente*".

Por lo tanto, y este es seguramente el punto más relevante, a diferencia de lo señalado por las empresas de generación, las fórmulas de referenciación de energía entre puntos de medición y compra, *no* fueron acordadas au-

tónoma y consensualmente en los contratos sino que o bien quedaron explícitamente sujetas a los decretos de subtransmisión, o bien fueron resueltas a través de fórmulas tan vagas como la del tipo “las que fueran pertinentes”, lo que obliga a interpretar esta frase en el sentido de que si toda la legislación eléctrica, interpretada por la SEC y la CNE señala que dichas fórmulas de referenciación corresponden a las fijadas en los decretos de subtransmisión, parece evidente que lo “pertinente” será lo que dicta la legislación chilena y a cuya observancia los Contratos han quedado explícitamente sujetos.

Lo anterior, además, es refrendado por la historia de la aplicación de estas fórmulas de referenciación, pues a diferencia de lo que señala Colbún, al alegar que “Cada contrato de suministro contiene una forma particular de referir la energía y potencia medida fin los Puntos de Medición hacia los Puntos de Compra”, en la realidad, y durante toda la vigencia del Decreto N° 320 (es decir, el primer Decreto de subtransmisión) todas las partes, distribuidores y generadores, utilizaron la metodología de mínima distancia eléctrica establecida en ese Decreto, y en caso alguno “diversas” metodologías acordadas en cada Contrato. Lo que sí es cierto, y esto solo reafirma lo expresado, es que los diversos contratos expresaron de manera diferente la obligación de adecuarse a los decretos de subtransmisión. En algunos casos, diciéndolo expresamente, como en el contrato entre Colbún y CGED citado por Colbún, en otros señalando simplemente que se aplicarían las fórmulas pertinentes, y en otros, detallando en anexos los puntos de medición y compra y aun los factores de pérdida que de acuerdo al Decreto de Subtransmisión vigente existieran o se derivaban.

ii) Las fórmulas de referenciación no pueden ser acordadas privadamente en los contratos por ser esto discriminatorio, contrario al orden público y la libre competencia:

Como hemos señalado, del análisis anterior queda claro que al menos para los ejemplos que entrega Colbún, y del análisis también de otro gran número de contratos que sería excesivo citar en este trabajo, concluimos que dichos contratos *no* fijaron fórmulas especiales de referenciación, y que estas fórmulas han estado siempre reguladas por el Estado a través de las respectivas normativas que fijan las tarifas y condiciones de prestación de los servicios públicos de subtransmisión. Sin embargo, vamos más lejos en este punto y afirmamos que de haberlo hecho, dichas cláusulas habrían sido nulas de nulidad absoluta por ser contrarias al orden público nacional, y a la vez, resultarían contrarias a la libre competencia y a las normas sobre no discriminación que son la base del proceso de licitaciones de suministro para clientes regulados.

Lo anterior, por cuanto, como se verá más adelante, las normas sobre subtransmisión que incluyen la manera de *referenciar la energía* no solo son imperativas y de orden público en cuanto son parte de un modelo eléctrico regulado destinado a proteger la estabilidad, seguridad y coherencia del sistema eléctrico y amparar a los clientes más pequeños (y por lo tanto bene-

ficiados de tarifas sujetas a regulación), sino porque el hacer disponible para las partes la determinación de un elemento del contrato de suministro que representa, como se ha visto, diferencias enormes de *remuneración y por tanto de valorización de los mismos suministros* en función de cual modelo de referenciación se utilice, implicaría que por la vía de negociaciones, por fuera de la licitación, y sin que este elemento sea considerado a la hora de escoger la mejor oferta, las partes podrían en definitiva “alterar” los resultados económicos de estos procesos licitados, beneficiando o perjudicando a algunos de los licitantes.

Así, señala la LGSE (versión anterior a la última modificación de 2015) en su artículo 131: “Las licitaciones públicas a que se refiere este artículo deberán cumplir con los principios de no *discriminación arbitraria, transparencia y estricta sujeción a las bases de licitación*. La información contenida en las ofertas de los proponentes será de dominio público a través de un medio electrónico (...)”.

Esta norma, que evidentemente debe ser considerada como parte del orden público económico chileno²¹, en cuanto es parte de la regulación de un sector económico considerado monopólico, de interés nacional y con calidad de servicio público, está destinada a preservar tanto los intereses de los clientes finales sujetos a regulación de precios, como a proteger la igualdad de condiciones de todos los oferentes y la libre competencia.

Pues bien, esta norma sobre no discriminación se vería flagrantemente infringida en caso que se aceptara la extraña tesis de que uno de los elementos más relevantes para la determinación final de los montos a ser pagados en aplicación de los contratos licitados, desde las empresas de distribución a las empresas de generación, cual es el mecanismo para establecer las cantidades de energía definitivamente compradas, pudiera ser acordado en cada contrato, sin que este mecanismo fuera único y estandarizado para todos los oferentes en el proceso.

Obviamente esta afirmación no es correcta como se ha demostrado en el punto uno, pues tanto la Ley Eléctrica como los reglamentos dictados en conformidad a esta, como los mismos contratos y la interpretación de las autoridades son contestes en afirmar que las reglas de tarificación de la subtransmisión, que incorporan los mecanismos para referenciar la energía, son únicas y comunes para todo el sistema, sin embargo aunque se hubiere

²¹ Entendemos el OPE como “el conjunto de normas y principios de carácter prescriptivo, que en coherencia con los valores y objetivos reconocidos y amparados por la constitución, promueve y ordena el correcto funcionamiento de las relaciones económicas al interior de la nación, con miras a la promoción de la libre iniciativa y la sana competencia como principales garantes del desarrollo y bienestar general, autorizando al Estado a intervenir, excepcionalmente y con apego a los principios generales de la administración, en dichas relaciones, con el propósito de mitigar o controlar los riesgos que para dicho desarrollo y bienestar supone la existencia de imperfecciones o problemas en el funcionamiento de los mercados” (definición de OPE del autor).

acordado algo distinto, ese acuerdo sería nulo de nulidad absoluta por ser contrario al orden público chileno.

Esta afirmación, como decimos, se basa en la total imposibilidad, de acuerdo a la ley, el reglamento de licitaciones y las bases de licitación de tratar de manera discriminatoria a los oferentes, lo que vulneraría la "igualdad de trato" exigida en la propia Ley Eléctrica y también en las normas generales sobre libre competencia.

En lo relativo al primer caso, es decir, a la estricta violación de la LGSE, el acordar tratamientos diferentes en función de cada contrato (y eventualmente contraparte) alteraría los resultados económicos de la licitación, de manera tal que si dos empresas ofrecieron un precio de digamos, US\$ 100 y US\$ 101 por una misma cantidad de energía, resultando evidentemente vencedora la empresa que hizo la oferta más baja, el aceptar que luego, aplicados distintos criterios de referenciación, la empresa ganadora recibiera una cantidad de dinero (por la misma y exacta energía ofertada) superior a la que podría haber recibido quien hizo la oferta perdedora (si con ella en definitiva se hubiere luego negociado un tratamiento distinto sobre la referenciación de la energía) implicaría una violación flagrante a las reglas de trato equitativo entre oferentes.

iii).- Los criterios para la referenciación de la energía son y han sido siempre explícitamente una materia regulada, no disponible para las partes y expresamente fijadas por la autoridad con motivo de la regulación de la sub-transmisión. Si estas modificaciones de criterio reguladas afectan los montos a cobrar por las distribuidoras a los clientes finales, necesariamente deben afectar los precios que pagan esas empresas a sus suministradores por expreso mandato legal.

IV. Sobre la arbitrabilidad del conflicto descrito en este artículo

Tal como hemos señalado profusamente más atrás, las dificultades suscitadas con motivo de la dictación y cumplimiento del Decreto N° 14, de 2011 que modificó los criterios de aplicación de las tarifas de subtransmisión (obligando a los intervinientes del sistema de creación de precios para clientes sujetos a regulación de sus tarifas eléctricas a reliquidar montos pagados y cobrados con motivo de la corrección retroactiva de los decretos de nudo promedio, en aplicación de nuevos criterios de referenciación de la energía) han provocado controversias entre empresas generadoras y las autoridades regulatorias, SEC y CNE, las que culminaron en instrucciones perentorias de parte de la primera y que obligan a distribuidores y generadores a efectuar adaptaciones en los montos pagados bajo la vigencia retroactiva del Decreto N° 14 y las consiguientes reliquidaciones. Tal como lo señala SEC y es citado en este artículo, dado que el Decreto N° 14 no fue impugnado, y que ya no existen más instancias para impugnar el referido Oficio N° 13.442 que interpretó y ordenó una determinada aplicación del mencionado Decreto N°

14, ambos actos jurídico-administrativos se encuentran firmes y obligan a las partes.

Sin embargo, agotada la vía administrativa, varias empresas generadoras han recurrido a las cláusulas arbitrales de los contratos licitados para discutir en esa sede la legalidad de la aplicación, por parte de las empresas de distribución, de los mandatos del regulador.

Esta situación ha generado una muy interesante discusión en Chile acerca de la "arbitrabilidad" de un conflicto como el descrito en este artículo, en cuanto, primero, si es posible que un juez árbitro se avoque al conocimiento de materias regidas por normas de orden público, y por la otra, acerca del ámbito de acción y las condiciones de legitimidad que gobernarían la acción del juez privado para resolver una materia como esta.

Desde ya, es importante señalar que la discusión acerca de los límites de la arbitrabilidad y los casos expresamente vedados a la competencia de jueces privados es y ha sido un tema bastante debatido en la doctrina y jurisprudencia especialmente internacional, con conclusiones que han sido disímiles en el tiempo y en aplicación de criterios diversos.

En este sentido, describe muy acertadamente el profesor Roque J. Caivano²²:

"(...) la jurisdicción de los tribunales judiciales tiene carácter imperativo y amplio (no depende de un acto voluntario de adhesión ni tiene límites respecto de las materias que pueden someterse a su decisión) mientras que *la jurisdicción arbitral es voluntaria y limitada*.

Los límites de la jurisdicción arbitral son de dos órdenes: algunas provienen de su condición de jurisdicción privada; otras, de su origen voluntario. Las primeras son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, *están dirigidas a las partes e implican una restricción a su autonomía de la voluntad: no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen*. Las segundas son las limitaciones que las propias partes imponen, están dirigidas a los árbitros y se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

Como principio, la renuncia o el desplazamiento de la jurisdicción judicial a favor de los árbitros alcanza –subjetivamente– a quienes fueron parte de esa estipulación y –objetivamente– a todas las cuestiones que acordaron someter a juicio de los árbitros, lo que se determinará interpretando la cláusula en la que se pactó el arbitraje. *Pero, previo a ello, es menester determinar la validez de esa estipulación, verificando que se hayan cumplido los requisitos de capacidad de quienes otorgaron el acto y de aptitud de esas materias para ser objeto de una convención arbitral*.

²² CAIVANO 2006.

Es por ello que, para determinar el alcance de la jurisdicción arbitral en un caso dado, es necesario efectuar un doble análisis sucesivo: en primer lugar, sobre la validez de la cláusula arbitral; en segundo lugar –y en caso afirmativo respecto de la anterior– sobre el alcance de esa estipulación. En ambos casos, el análisis debe hacerse tanto en el aspecto subjetivo como material. En otras palabras: para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva)

- Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva);

- Obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó; y

- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo)”

En el punto que nos atañe en este trabajo, evidentemente corresponde establecer la validez material del arbitraje, vale decir, si las cuestiones sobre las que versa el arbitraje se refieren a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (el asunto de la arbitrabilidad objetiva y sus límites).

Principios aplicables y limitaciones a la arbitrabilidad de materias regidas por normas de orden público, aplicados a los Contratos de Suministro Eléctrico para clientes sujetos a Regulación de Precios

Las condiciones y límites a la arbitrabilidad presentadas tanto por Rivera como por los profesores Caivano y Moreno Rodríguez, los que a su vez siguen la más moderna doctrina y jurisprudencia sobre la materia, resultan particularmente interesantes para el caso que nos ocupa, pues en definitiva de sus aseveraciones se desprenden algunos principios que, razonablemente, deben exigirse para entender que un juez árbitro pudiera tener competencia para fallar en temas que afectan el orden público en una materia como la que estudiamos en este artículo:

- a) Los derechos que se discuten en el proceso arbitral, aun cuando puedan ser afectados o incluso dirimidos por normas de orden público, de tipo imperativo, deben ser tales que la solución arbitral solo debe tratar sobre derechos patrimoniales disponibles para las partes y en caso alguno implicar determinaciones que afecten elementos diferentes a dichas materias patrimoniales.

En este caso, entenderíamos que el resultado del arbitraje en caso alguno puede generar situaciones jurídicas que pudieren afectar a los clientes sujetos a regulación de precios, ni la armonía del sistema público eléctrico, ni la unidad o coherencia del sistema de formación de precios, ni la existencia de un solo precio para la subtransmisión en todo el sistema, ni finalmente las obligaciones de no discriminación entre los oferentes del proceso de licitación. En este punto, vale recordar la cita a Moreno Rodríguez al señalar: "(...) no puede renunciarse a aquellos derechos que han sido conferidos, no para la satisfacción del interés individual del titular, sino en orden a la función que este debe cumplir."

En el caso que nos ocupa, es decir, la arbitrabilidad de las consecuencias económicas de las modificaciones introducidas por el regulador al sistema de referenciación de la energía en el nivel de subtransmisión, no pone en riesgo un simple tema de carácter patrimonial entre las partes involucradas, no solo porque las normas jurídicas que han generado estas modificaciones son como se ha dicho de orden público y obligan a ambas partes del Contrato, sino porque *aún los aspectos meramente patrimoniales* en discusión, vale decir, el que las empresas de distribución tuvieran que soportar los efectos económicos de esta modificación obligatoria en su propio patrimonio, sin poder transferirlos a las empresas de generación, *son indisponibles para dichas empresas de distribución, pues afectarían justamente los principios que tanto la ley como la interpretación conteste que de esta legislación han efectuado las autoridades regulatorias*, establecen como criterios de interés público para exigir que las condiciones de aplicación de los esquemas de referenciación de la energía sean aplicados en todo el sistema.

Lo anterior, en cuanto, tal como se ha citado profusamente en los capítulos anteriores, el sistema eléctrico chileno es un todo coherente, en que el precio de la subtransmisión debe ser único en todo el sistema y los contratos deben respetar el principio de *path through* establecido en el artículo 157 de la Ley Eléctrica. No solo en protección de los intereses patrimoniales de una de las partes sino justamente con miras a la seguridad, estabilidad y coherencia del sistema, tal como explica largamente SEC en documentos citados.

Pero a la vez son indisponibles los elementos patrimoniales derivados de la aplicación del Decreto N° 14, porque dada la obligación de no discriminación establecida para el sistema de licitaciones, no es disponible para las empresas distribuidoras el modificar, ni con motivo de la negociación de los contratos ni de la aplicación posterior de los mismos, los elementos fundamentales que condicionan los valores económicos que las partes se cobrarán y pagarán como resultado de estos contratos licitados, en cuanto la obligación de no discriminación que los rige hace que estas empresas de distribución queden en una situación de responsabilidad fiduciaria que coincide exactamente con la frase "no puede renunciarse a aquellos derechos que han sido conferidos, no para la satisfacción del interés individual del titular, sino en orden a la función que este debe cumplir".

Así, si estos aspectos (la negociación privada de las fórmulas de referenciación de la energía) *no estuvieron disponibles para las partes en la negociación y aplicación de los Contratos, tampoco lo están como resultado de un arbitraje privado*, el que en esta materia no puede implicar en caso alguno una solución que modifique o afecte los principios de orden público asociados a las reglas de la subtransmisión.

b) La utilización del sistema arbitral no puede ser utilizado para obviar o sustraerse del cumplimiento de disposiciones de orden público de carácter imperativo. La elección del derecho o la elección del foro no pueden operar de hecho como renuncia de las partes al derecho conferido por normas imperativas

Tal como hemos citado, es también un principio básico para la arbitrabilidad de materias regidas por el orden público el que la elección del sistema arbitral no sea utilizada como una forma de sustraerse de la aplicación de estas normas de orden público de tipo imperativo.

En el caso que hemos estudiado, esta pareciera ser justamente la cuestión, pues tal como se ha citado y descrito en gran detalle, la discusión de fondo planteada por las empresas de generación se relaciona con la aplicación del Decreto N° 14, norma que por no haber sido impugnada ha quedado a firme e impera de manera indudable. A la vez, el Oficio N° 13.442, de 2014, de la SEC, que interpretó el Decreto N° 14 y lo hizo aplicable a las empresas de generación de manera directa y perentoria fue impugnado sin éxito por las empresas de generación, de manera tal que esa misma impugnación en sede administrativa, basada en que la “aplicación de estos criterios sobre la subtransmisión” afectaban directamente sus intereses y los Contratos firmados implica un reconocimiento de que agotadas las instancias administrativas para evitar el cumplimiento de una norma de orden público que les afecta y obliga, la vía arbitral tiene el evidente propósito de sustraerse del cumplimiento de estas normas regulatorias por la vía de esperar que un juez privado resuelva las mismas materias que ya resolvió, a firme, el regulador sectorial y la Contraloría, haciendo no exigible dichas estipulaciones, en un evidente abuso de derecho por parte de las empresas de generación.

Bibliografía citada

- CAIVANO J., Roque (2006): “Planteos de Inconstitucionalidad en el arbitraje”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2 pp. 107-153.
- EVANS, Eugenio y SEEGER, María Carolina (2006): *Derecho Eléctrico* (Santiago, Editorial Lexis Nexis), 626 pp.
- FISCHER, Ronald y SERRA, Pablo (2002): “Evaluación de la regulación de las telecomunicaciones en Chile” en *Revista Perspectivas*, Vol. 6, pp. 45-77.
- FORSTHOFF, Ernst (1958): *Tratado de derecho administrativo* (Madrid, IEC.) 768 pp.
- LLAMBIAS, Jorge (1967): *Tratado de Derecho Civil. Parte general, Tomo X* (Santiago, Editorial Perrot) N° 198.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (2008): "Orden público y Arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur" Disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/José-Antonio-Moreno-Orden-Público.pdf>. [fecha de consulta: 11 mayo 2017].
- RIVERA, Julio César (2008): "El Orden Público en el Arbitraje", en: *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 9-10, pp. 261-288.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): *Derecho Eléctrico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 414 pp.

Normativa citada

- Decreto N° 100, de 2005, del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, que fija e texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería (DFL 1/82), aprueba modificaciones al DFL N° 4 de 1959, Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica. *Diario Oficial*, 13 de septiembre 1982.