

EFFECTOS DE LA REGULACIÓN NORMATIVA EN LA INDUSTRIA ELÉCTRICA. TÉCNICA LEGISLATIVA¹

Eugenio Evans Espiñeira²

RESUMEN: El DL 211 de 1973, tenía por objeto fundamental defender la libre competencia. Sin embargo, en el área del Derecho Eléctrico, el DL 211 se ha convertido prácticamente en letra muerta a causa de la dictación de nuevos cuerpos legales, consecuencia de una sociedad eminentemente legalista y reactiva como la chilena, donde el legislador a fin de solucionar determinadas situaciones coyunturales dicta normas, sin el adecuado —y por lo demás necesario— estudio, obteniendo como resultado un mercado eléctrico con escasos actores, dado que la nueva legislación entraba y desincentiva, en la práctica impide, el ingreso de nuevos participantes a escena, quienes son los que en definitiva aseguran la libre competencia.

PALABRAS CLAVE: Técnica legislativa – Derecho Eléctrico – Mercado Eléctrico.

En ocasiones y con el objeto de graficar acabadamente cómo se resuelven —o pretenden resolver— los problemas o simples situaciones que afectan a la vida nacional, señalo en mis clases que nuestro país es eminentemente reactivo y legalista. Reactivo en el sentido que más que prevenir situaciones que desbordan las usuales previsiones de la autoridad, producidas aquellas, esta reacciona discurrendo soluciones de urgencia que no siempre resultan ser las más adecuadas o convenientes; legalista en el sentido de la persistente creencia que la mayoría de los problemas se resuelven por medio de leyes, o que, determinados conflictos, excesos o carencias fueron consecuencia de la lamentable ausencia de una debida regulación y que la misma, al existir, va a evitar la reiteración de los sucesos que motivaron su dictación.

Ejemplos paradigmáticos, y por citar algunos de los últimos cinco a siete años, son la Ley de Opas dictada en reacción al denominado Caso Chispas (venta del control de Enersis S.A. a Endesa España); la Ley Nº 19.549 que introdujo modificaciones al DFL Nº 382/89 Ley General de

Servicios Sanitarios y a la Ley Nº 18.902 orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, dictada con ocasión de la crisis de abastecimiento que afectó a Empresa de Agua Potable Lo Castillo; la Ley Nº 19.613 que modificó el DFL Nº 1/82 (Ley General de Servicios Eléctricos) y la Ley Nº 18.410 (orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles), dictada en consideración a los efectos de la sequía de los años 1998-99 y posterior racionamiento eléctrico. En fin, en nuestros días se discute complementar diversos cuerpos legales relativos al mercado de capitales, la Ley General de Bancos, etc, con el pretendido objeto de evitar la reiteración de hechos como los vividos a propósito de las operaciones del conglomerado Inverlink.

Tales caracteres, por mí quizá arbitrariamente visualizados, no siempre se compadecen con las mejores soluciones, especialmente tratándose de las leyes. En efecto, en variados casos la exposición al fracaso de las normas legales queda de manifiesto, siendo a nuestro entender vivo ejemplo de un efectivo fracaso, las modificaciones que se introdujeron a

1 Ponencia presentada en las terceras Jornadas de Derecho Eléctrico, 2 y 3 de julio de 2003, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

2 Abogado, Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Eléctrico, P. Universidad Católica de Chile.

la normativa que regula la industria eléctrica, en concreto, acerca de las materias que se indicarán más adelante.

Por ahora, adelantando la exposición posterior, haré referencia al artículo 99 bis, introducido a la Ley Eléctrica en 1990, el cual a poco andar fue sucesivamente declarado inaplicable por inconstitucional por la Corte Suprema³, jurisprudencia que imponía revisar con especial cuidado cualquiera modificación posterior al articulado de la norma en cuanto pudiera generar efectos en contratos celebrados con anterioridad a esa misma modificación.

LA LICITACIÓN OBLIGATORIA COMO NUEVO MECANISMO PARA ACCEDER AL SUMINISTRO DE LAS DISTRIBUIDORAS

En noviembre del año 1998 comenzó a regir un nuevo Reglamento de ejecución del DFL Nº 1/82 dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. (D.S. 327/97 del Ministerio de Minería)

El artículo 240 del DS 327/97 señala que “Para asegurar el cumplimiento de la obligación de dar suministro, los concesionarios de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del abastecimiento de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total de sus necesidades proyectadas para, a lo menos, los próximos tres años.

Si la obligación anterior se cumple mediante contratos, para los efectos de tales contrataciones, los concesionarios de servicio público de distribución deberán implementar un sistema de acceso abierto a los diferentes oferentes del mercado, en que se convoque públicamente a éstos a participar en el abastecimiento que requieran contratar, bajo condiciones libremente definidas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no

discriminatorias, y de público conocimiento.

En caso que un concesionario no pudiere disponer del abastecimiento requerido en esta norma, deberá informarlo a la Superintendencia y a la Comisión dentro de los primeros cinco días que esto ocurra”.

La norma se ubica en el capítulo relativo a la “calidad de suministro” y dice relación con la seguridad de servicio, siendo este uno de los elementos que caracterizan el “servicio público” comprometido en la gestión de las concesionarias de distribución de energía eléctrica. Además, se relaciona directamente con el artículo 74 del DFL Nº 1/82 y con los artículos 105 y 145 del DS 327/97.

Tocante a sus fuentes, cabe precisar que los incisos primero y tercero se vinculan con estándares de calidad propios de la normativa eléctrica contenida en el DFL Nº 1/82, por lo que constituyen una manifestación de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República. Por su parte, el segundo inciso fluye del llamado efectuado por la H. Comisión Resolutiva creada por el D.L. 211/73, la que en su Resolución 488 encomendó incorporar la regulación de que da cuenta el precepto en aras de transparentar y fomentar la libre competencia entre los actores de generación de electricidad. En efecto, la mencionada resolución dispuso que la autoridad administrativa debía poner especial énfasis en promover la competencia en el segmento de la generación de energía, estableciendo en tal sentido que:

“En función de una mayor transparencia, es necesario que las empresas distribuidoras liciten públicamente sus abastecimientos de energía y potencia sobre la base de condiciones libremente desarrolladas por ellas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y que, a diferencia de la situación actual, sean de público conocimiento, eliminando con ello cualquiera posibilidad de discriminación arbitraria e ilegítima, traspasando a los usuarios los eventuales

3 La ley que introdujo el artículo 99 bis llevó el Nº 18.959. La Corte Suprema declaró inaplicable el precepto en los autos Rol 17.383 (1995), 17.387 y 15.952.

menores costos derivados de este sistema de compras⁴.

La efectiva aplicación del precepto ha suscitado dificultades que el legislador quizá no previó o bien, se presentaron con posterioridad a la fecha en que entró en plena aplicación y vigencia.

Cierto es que en una situación de normalidad, en la que los precios de nudo fijados por la autoridad (precios regulados a nivel generación-transporte) son percibidos por las empresas generadoras como un adecuado incentivo para la venta de energía, las empresas de distribución no debieran tener dificultades para hacer efectiva la garantía de tener asegurado su suministro mediante la suscripción de contratos con las empresas productoras presentes en el sistema. Expresado de otra forma y asumiendo que el precio refleja el incentivo correcto, generadoras y distribuidoras concurren voluntariamente a la satisfacción de las obligaciones que el ordenamiento jurídico les señala, sin que sea menester la intervención del regulador, pues las condiciones o señales de precio otorgan el incentivo suficiente para que se cumpla con el fin ideado al concebir el acceso abierto a las empresas generadoras para la adjudicación de contratos de suministro a las concesionarias de distribución.

Sin embargo, los niveles de precio de nudo en diversas zonas del país (periodo 1995/2000) y las modificaciones introducidas al DFL N° 1 y a la Ley 18.410 (Orgánica de la S.E.C.) ocurridos el año 1999, produjeron como consecuencia inmediata la no renovación de contratos existentes entre generadores y distribuidores y en paralelo, la persistente ausencia de interesados en los sucesivos procesos de licitación convocados por las concesionarias de distribución en conformidad con este artículo 240.

Lo expuesto refleja que no obstante la intención del legislador y de los órganos antimonopolios, la norma no ha surtido los efectos que de ella se esperaban. Es el caso de

SAESA y otras concesionarias de mayor consumo, las que se han acogido a sus disposiciones sin que concurren generadoras aceptando las condiciones de la licitación respectiva. Resultado de lo anterior y de las modificaciones introducidas al artículo 99 bis, conforme se verá a continuación, la autoridad regulatoria ha debido emitir la Resolución Ministerial N° 88, en un intento por suplir las deficiencias señaladas precedentemente.

EL NUEVO RÉGIMEN DE COMPENSACIONES PARA EL CASO DE RACIONAMIENTO. ARTÍCULO 99 BIS MODIFICADO POR LA LEY 19.613

Hasta antes del año 1990, en Chile no existían normas legales especiales que establecieran un régimen particular de indemnizaciones derivado de suspensiones o interrupciones en el suministro, con lo cual dicha materia se sujetaba a las reglas del derecho común en materia de responsabilidad contractual. El año 1990, la Ley N° 18.959 modificó el DFL N° 1, incorporando por primera vez una regla que consagraba la obligación de las empresas de generación de indemnizar a los usuarios finales por la energía no suministrada.

En lo pertinente, la disposición señalaba que "de producirse déficit de generación eléctrica derivados de fallas prolongadas de centrales termoeléctricas o bien de sequías, que lleven a la dictación de un decreto de racionamiento por parte del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, las empresas generadoras que no lograsen satisfacer el consumo normal de sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precios, deberán pagarles cada kilowatt hora de déficit a un valor igual a la diferencia entre el costo de racionamiento y el precio básico de la energía, a los que se refiere el artículo 99 anterior".

El precepto transcrito significaba que las empresas generadoras que fueran deficitarias, es decir, que no lograsen satisfacer el consumo de

4 Resolución recaída en denuncia y requerimiento sobre integración vertical de Enersis S.A. de fecha 11 de junio de 1997. Consid. 4.4

sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precio, debían pagar a éstos una compensación, a título de indemnización de perjuicios, avaluada legal y anticipadamente, compensación igual al valor que resulte del precio del kilowatt hora de déficit. Conjuntamente, dicha disposición establecía que “para el cálculo de los déficit originados en situaciones de sequía no podrán utilizarse aportes de generación hidroeléctrica que correspondan a años hidrológicos más secos que aquellos utilizados en el cálculo de precios de nudo”, agregando luego que “si una sequía durara más de un año hidrológico, el máximo déficit que los generadores estarán obligados a pagar estará limitado al déficit que se calcule para el primer año hidrológico de la sequía,...”. Así, la ley contemplaba límites más o menos precisos al déficit que las empresas de generación se verían obligadas a pagar.

Destaco que el legislador, al contemplar el señalado régimen de responsabilidad, no dispuso que las generadoras tuvieran que responder siempre, en todo caso y para todo evento del déficit producido, sino que lo limitó a las circunstancias previstas en la señalada norma y al marco que en ella se indica. En efecto, al tenor de esa disposición, el cálculo de los déficit originados en situaciones de sequía debía efectuarse ponderando la peor sequía que se hubiese computado por la autoridad para los efectos de calcular los precios de nudo, constituyendo esa circunstancia un límite para fijar el monto de la indemnización compensatoria. Es decir, de haberse producido una situación de sequía cuyas consecuencias fueran aún más graves que las que derivaran de aquella computada para el cálculo de los precios de nudo (mientras rigió el antiguo art. 99 bis, el año hidrológico 1968-69) concurría una situación de fuerza mayor que, como tal, exoneraba de responsabilidad al generador.

En conclusión, al amparo del texto primitivo del precepto en comento, las empresas

generadoras conservaban un derecho de eximirse de responsabilidad de pagar compensaciones en caso de fuerza mayor o caso fortuito, en los términos previstos en la misma norma, lo que también fue recogido en los distintos decretos de racionamiento que se dictaron durante su vigencia.

La Ley N° 19.613⁵, entre otras materias, modificó sustancialmente el artículo 99 bis tanto citado. La modificación alteró el régimen de responsabilidad civil previsto en la normativa anterior en los términos siguientes:

- a) Las situaciones de sequía o las fallas de centrales eléctricas que originen un déficit de generación eléctrica que determine la dictación de un decreto de racionamiento, en ningún caso podrán ser calificadas de fuerza mayor o caso fortuito;
- b) Los aportes de generación hidroeléctrica que correspondan a años hidrológicos más secos que aquellos utilizados en el cálculo de precios de nudo, no constituirán límite para el cálculo de los déficit, ni serán considerados como circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito;
- c) El déficit que las empresas generadoras están obligadas a pagar, no estará limitado a aquel que se calcule para el primer año hidrológico de la sequía.

Lo esencial de las estipulaciones descritas en los literales precedentes constituye la ausencia definitiva de limitaciones a la responsabilidad de los generadores a una condición de hidrología preestablecida en el cálculo de los precios de nudo. Con la reforma se cambió el riesgo del negocio eléctrico a un nivel tal que cada generador deberá responder sin límites de los déficit, tomando en consideración sus contratos con distribuidores.

El cambio legislativo, sumado a las señales decrecientes del precio de nudo del periodo 1995-2000 ha producido el efecto que las distribuidoras queden sin contratos de suministro, efecto que

fuera enunciado por representantes de los generadores ante el Congreso Nacional⁶.

LA NO CONTRATACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DEL REGULADOR PARA SUPLIR LAS DEFICIENCIAS LEGISLATIVAS

Como se ha afirmado en los acápites precedentes, la sequía de los años 1998-1999, las señales de precios de nudo que recibían las empresas generadoras y los cambios a la normativa eléctrica originados en la Ley N° 19.613, sustentaron la decisión de algunos de los integrantes del CDEC-SIC en el sentido de no perseverar en los contratos de suministro eléctrico que tenían vigentes con algunas concesionarias de distribución. Así, la existencia de suministros a las distribuidoras que se constatará no tenían contratos produjo la convocatoria a sesión extraordinaria del Directorio de ese CDEC para tratar esa materia, específicamente, “balances de inyecciones y retiros de energía: Corte de suministro eléctrico a clientes que no tienen contrato de suministro y reconocimiento de retiros en barras de transferencias de energía si tales suministros no son suspendidos”.

El acuerdo de divergencia fue el siguiente: “tratamiento que debe darse en el balance de valorización de transferencias de energía a consumos que se realicen y se constate que no tienen contrato de suministro y a las acciones y medidas operativas que debe adoptar la Dirección de operación, habida consideración de su impacto en la seguridad global de servicio y la garantía de los derechos de servidumbre de paso de energía”. (Acuerdo EX. 12.3-2000)

El 30 de mayo de 2001, el Sr. Ministro de Economía, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, dicta la Resolución Ministerial N° 88, objeto de este análisis.

El dictamen del señor Ministro dispuso en lo pertinente que:

- i) el suministro a una empresa distribuidora que no tenga contrato con una generadora no puede ser suspendido por esa causal, sino que debe ser proporcionado por todas las empresas generadoras del CDEC-SIC a prorrata de sus respectivas energías firmes, considerando las provenientes de sus instalaciones propias como las contratadas. En cuanto al precio, este será el de nudo en el punto de retiro respecto a los consumos que correspondan a los clientes regulados de la distribuidora y el precio que convenga la Dirección de Operación con la distribuidora para los clientes libres de esta. Si no hubiere acuerdo dentro del plazo de 30 días a contar del término del último contrato o de la fecha de notificación de la misma Resolución, el precio será el costo marginal horario valorizado en la barra de retiro.
- ii) En relación con la remuneración del sistema de transmisión, se dispuso que los puntos de retiro serán acordados entre la Dirección de Operación, en representación del conjunto de generadoras, y la distribuidora. En caso de no lograr un acuerdo en un plazo de 30 días, se entenderá que el retiro se efectúa en aquellas barras del sistema de transmisión que no signifique al conjunto de las generadoras incurrir en el pago de peajes adicionales de transmisión por dicho suministro, debiendo la distribuidora convenir con el propietario de las instalaciones de transmisión los pagos correspondientes.
- iii) En caso que se convenga entre la Dirección de Operación y la distribuidora puntos de retiro que den lugar a pagos de peajes adicionales, la Dirección de Peajes, en representación del conjunto de

6 Carlos Martín Vergara: *Causas de la Crisis Eléctrica 1998/1999, Reacción Legislativa y Consecuencias en la Inversión en el Sector Eléctrico*. Actas Primeras Jornadas de Derecho Eléctrico, 2001.

generadoras, acordará con las empresas transmisoras los peajes adicionales correspondientes, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 51 A y siguientes del DFL Nº 1.

- iv) Lo resuelto se aplicará mientras la distribuidora no regularice su situación contractual.

EFFECTOS DE LAS NORMAS REVISADAS

Cuando se dicta el artículo 240 del DS/327, la industria eléctrica se desarrollaba en una situación de relativa estabilidad. No existían importantes cambios normativos, manteniéndose vigente desde 1982 una ley reguladora de la actividad económica eléctrica sin cambios dramáticos que alteraran sustancialmente las reglas a las que se sometían los agentes respectivos. Solamente, se daban con mayor frecuencia disputas con la autoridad sectorial a propósito de las fórmulas y criterios utilizados en la fijación de los precios regulados (tanto a nivel generación-transporte como de distribución) y los retardos en definir concesiones definitivas para las grandes obras de generación hidroeléctrica.

Así, en septiembre de 1998 no se percibió como una zona de conflicto la obligación de efectuar licitaciones obligatorias para el suministro de las concesionarias de distribución⁷, situación que se vería dramáticamente alterada luego que entrara en vigencia la Ley Nº 19.613, especialmente, las modificaciones revisadas al artículo 99 bis.

En efecto, ya con el primer caso de llamados a licitación para adjudicarse el suministro de una distribuidora realizado con posterioridad a la publicación de la citada ley, era más o menos claro que las generadoras no concurrirían a contratos que no sólo incrementaban sus riesgos sino que les

representaban legítimas dudas acerca de los beneficios que ellos les representarían. El nuevo artículo 99 bis las haría responsables de pagar compensaciones a sus clientes distribuidores tomando como base la globalidad de sus compromisos contractuales con ellos, no podrían liberarse de esa responsabilidad cualquiera fuere la profundidad de la sequía que generara un déficit de producción de energía y tampoco podrían esgrimir la falla prolongada de las centrales generadoras como eximente o causal liberatoria de responsabilidad. Sumaba a lo anterior que los precios regulados de generación-transporte no daban señales suficientes como para asumir razonablemente los riesgos que implicaban esas nuevas obligaciones.

Curiosamente y al margen de cualquiera recomendación, el legislador modificó la Ley Eléctrica e incrementó las potestades discrecionales y sancionatorias de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en brevísimo tiempo, produciendo como consecuencia:

- a) El fracaso de una norma legítimamente inspirada en la normativa del DL 211 que cautela la libre competencia. Es conocido que dentro de la industria eléctrica, la concurrencia de diversos actores se produce casi exclusivamente en el sector de la generación por lo que hacer concurrir las condiciones que permitan la diversidad de oferentes siempre será un objetivo a conseguir por los órganos de defensa de la libre competencia. Hoy, el inciso 2º del artículo 240 del DS 327/97 es una carga que las concesionarias de distribución no están en condiciones de superar pues no está dentro de su natural objetivo autogenerarse la totalidad de su consumo como tampoco pueden imponer condiciones de contratación a la industria de generación.

7 El Reglamento del DFL Nº 1 se publicó en el Diario Oficial el mes de septiembre de 1998. Diversas normas del mismo fueron objeto de reclamos de jurisdicción a través de Recursos de Protección deducidos tanto por empresas de generación como por concesionarias de distribución. En los preceptos reclamados no estaba el artículo 240.

- b) El fracaso no solo teórico sino que real del vigente artículo 99 bis del DFL Nº 1. En efecto, no se han dado las condiciones que apresuradamente previó el legislador al incrementar el ámbito de responsabilidad de los generadores. Además de inducir la no contratación entre generadoras y distribuidoras, casi ninguna de estas ha recibido la compensación prevista en la ley para su traspaso a los consumidores finales y lo que es peor, a la fecha los Tribunales de Justicia han dado razón a las generadoras que han demandado la irretroactividad de la modificación y su no aplicación a los contratos vigentes a la fecha en que fuera publicada.⁸⁻⁹ Es decir, no está generando efectos al futuro ni al parecer, lo tendrá para el caso de los racionamientos habidos en los años 1998-99.
- c) Más grave aún, la autoridad reguladora ha debido subsanar las consecuencias antes descritas por medio de una decisión

ministerial (la revisada Resolución Ministerial 88) que ha sido objeto de críticas por todos los actores involucrados. Por parte de los generadores, al imponérseles mediante un simple acto administrativo obligaciones que la ley no contempla¹⁰; los distribuidores, desde el momento que se les impone el pago de peajes adicionales al dueño del sistema de transmisión troncal sin que se le reconozca en sus tarifas el costo respectivo.

Las consecuencias de esta resolución están presentándose algunas y por verse otras. Por ahora, su legitimidad sustantiva está siendo cuestionada ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, su extensión y efectos se debaten ante la Justicia Arbitral. Por nuestra parte, no nos aventuramos demasiado al afirmar que esta decisión del regulador constituye un incentivo adicional para las empresas generadoras a no suscribir contratos a largo plazo con las concesionarias de distribución.

8 Con fecha 6 de mayo de 2003, el 25 Juzgado Civil de Santiago dio lugar a dos demandas de la Empresa Eléctrica Colbún Machicura S.A. Las sentencias declaran que en los contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica celebrados entre las partes: a) *Se debe respetar el régimen de responsabilidad legal consignado en el texto antiguo del artículo 99 bis de la ley eléctrica, vigente a la fecha de celebración de los contratos*; b) *que Colbún S.A. sólo está obligada, si así procediere, pagar a las demandadas, las prestaciones que resulten sólo de la aplicación de la normativa contenida en el antiguo texto del artículo 99 bis de la ley eléctrica y estipulaciones contractuales*; c) *que para el caso de producirse déficit de suministro y en presencia de un decreto de racionamiento, las demandadas (concesionarias de distribución) podrán exigir o demandar de Colbún S.A., el pago a través del respectivo descuento en facturación, considerando las limitaciones de responsabilidad establecidas en el antiguo artículo 99 bis de la ley eléctrica.*

9 Sobre el tema del fracaso teórico, calidad y fundamentos de las leyes véase "Formación de la ley y Técnica Legislativa" de Alejandro Vergara Blanco. Rev. Chilena de Derecho. Vol. 18 Nº 2, año 1991.

10 Endesa ha señalado que "las empresas generadoras no son concesionarias de servicio público y no tienen obligación legal de dar suministro eléctrico..." "dentro del marco de la legislación eléctrica, no hay norma alguna que imponga a una empresa generadora de electricidad la obligación de suministrar electricidad a un cliente regulado como lo es una empresa concesionaria de electricidad. Todo ello queda dentro de su absoluta libertad de contratación". (Demanda de Nulidad de Derecho Público RM 88, Endesa con Fisco, juicio seguido ante el 20º Juzgado Civil de Santiago).