

CAUSAS DE LA CRISIS ELÉCTRICA 1998/1999, REACCIÓN LEGISLATIVA Y CONSECUENCIAS EN LA INVERSIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO

CARLOS MARTÍN VERGARA

Fiscal Endesa

I. LAS CAUSAS DE LA CRISIS

Retrocedamos en el tiempo y ubiquémonos a principios de 1998. En ese año, en distintas fechas, entrarían centrales de dos ciclos combinados al SIC, Nehuenco en abril y San Isidro a fines de año. Con ello serían 3 las nuevas centrales que inauguraban la presencia del gas natural argentino. Recordemos que la primera había sido Nueva Renca que inició sus aportes a contar de diciembre de 1997. El Plan Indicativo de obras de la Comisión Nacional de Energía mostraba que, tras San Isidro (a finales de 1998), entraba Ralco en el año 2003. Tras Ralco, solo se advertían centrales nominales, las mismas que hoy también están presentes, pero sin dueños conocidos.

La demanda eléctrica por esos años crecía al 7% anual y los precios de nudo reflejaron solo en el año 1998 y hasta la fijación de octubre de 1999 una caída del 25%.

En el año 1998 ocurrieron dos eventos importantes que modificaron el esquema de la industria eléctrica en Chile.

1. Las dificultades técnicas de Nehuenco, lo que puso en estado de precariedad el porcentaje del 10% del parque generador global del SIC. El déficit de Nehuenco, solo en el año 1998, alcanzó a más de 1.500 GWh, al no haber entrado al sistema en las fechas originalmente comprometidas.
2. A lo anterior se agregó la sequía profunda, constitutiva de fuerza mayor, que afectó al país desde mediados de 1998 hasta junio de 1999, sequía originada en el fenómeno de La Niña, lo que redujo sustancialmente los aportes energéticos que en condiciones normales aportan las centrales hidráulicas al SIC. Esta sequía fue la más severa del siglo XX, por lo tanto más profunda que la peor condición hidrológica considerada por la autoridad (año 1968/1969) en la determinación de las tarifas para clientes regulados.

La doble contingencia el sistema no lo pudo evitar y el 11 de noviembre de ese año se rompió el precario equilibrio en que se encontraba el SIC, lo que condujo a un nivel reducido pero permanente de déficit en los días siguientes. Debemos recordar que el déficit en el racionamiento del año 1998 fue de solo 76 GWh. Se dictó entonces el decreto de racionamiento N° 640, herramienta legal cuyo único propósito era administrar la crisis por la vía de restringir y racionar el suministro eléctrico en el sistema.

Debemos recordar que estábamos en una situación claramente constitutiva de fuerza mayor de acuerdo con la realidad de los hechos. Esta fuerza mayor estaba reconocida también en la legislación eléctrica en el aún no reformado artículo 99 bis del DFL N° 1.

El 30 de marzo de 1999, en circunstancias hidrológicas más precarias que el año 1998, toda vez que se entraba a un segundo año seco, la Central Nehuenco de Colbún tuvo una falla casi estructural que la sacó del sistema por 55 días, originándose de inmediato un déficit energético que se mantuvo hasta mediados de junio. Cabe señalar que este déficit esta vez fue de un total de 370 GWh y los GWh dejados de aportar por Nehuenco fueron esta vez de 440 GWh, lo que demuestra nuevamente la dependencia de las fuentes térmicas en que se encontraba el SIC, dado el precario nivel de los embalses, ya deprimidos desde el año anterior, como consecuencia de la sequía.

En resumen, baste señalar que la Central Nehuenco dejó de proporcionar al Sistema, debido a sus reiteradas fallas desde 1998 a 1999, alrededor de cinco veces el volumen de energía correspondiente al déficit efectivo producido por los cortes programados en noviembre de 1998 y hasta junio de 1999, los cuales fueron de solo 450 GWh.

A todo lo anterior, se debe agregar que los precios de nudo no reflejaron la escasez del sistema, con lo cual no existieron los incentivos de los consumidores para restringir sus consumos, producto de la crisis.

II. ¿ERA EVITABLE LA CRISIS?

Probablemente sí; de hecho, hubiese quizás bastado un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes; que hubiésemos todos asumido desde un comienzo que las nuevas tecnologías también fallan, etc. Pero lo que es evidente es que esto no ocurrió por falta de inversión de las empresas. Como nunca, en ese año entraban en operación comercial 3 ciclos combinados, los que aportarían aproximadamente el 30% del sistema a esa fecha.

III. ¿ERA EVITABLE LA CRISIS CON LA SEÑAL DEL COSTO DE FALLA?

En nuestra opinión no, y esto se basa en los hechos. No hubo un kilowatt que se dejara de generar por falta de incentivos económicos. Las empresas deficitarias compraron toda la energía disponible en el sistema y la compraron a un costo marginal altísimo.

La aplicación del costo de falla para transferencia de energías entre generadoras fue materia de divergencia en el CDEC y finalmente fue fallada afirmativamente por el Ministro de Economía de entonces. No nos referiremos al fondo de este asunto, simplemente señalar que nuestra posición fue que estando el sistema fuera de rango y en condición de fuerza mayor, lo que habilitaba legalmente a Endesa a no pagar compensaciones, resultaba coherente que la Compañía tampoco debía pagar costo de falla por la energía adquirida en el mercado *spot*. En todo caso, debemos reconocer que esa divergencia se perdió, aunque debió ser necesario llevar el tema a la nueva ley de 1999, incorporándose un inciso final al respecto.

La recuperación del equilibrio perdido se veía lejana, primero porque las esperanzas de lluvias solo se podían cristalizar a partir de abril de 1999 y segundo porque la falla de Neuquén no tenía visos de solución en el corto plazo.

IV. ¿QUÉ SE HIZO PARA ATENUAR LA CRISIS?

Desde mediados del año 1998 y hasta bien entrado el año 1999, considerando la doble contingencia que sufría el sistema, Endesa y sus filiales desarrollaron un plan de inversiones extraordinario por un monto de más de 340 millones de dólares para atenuar los efectos de la crisis entre las que se encontraban los siguientes proyectos:

- Instalación de 14 turbinas generadoras en las regiones V, VII, VIII y X, con una capacidad total de 588 MW en un lapso de 4 meses.
- Instalación de 303 MW adicionales a los anteriores, como consecuencia de la solicitud efectuada por el ex Presidente Frei en el mes de abril de 1999, con lo cual el plan extraordinario implementado por Endesa alcanzó un total de 891 MW desde diciembre de 1998 a noviembre del año 1999, lo cual evitó el racionamiento en los meses de verano de 1999 y evitó también la profundización del racionamiento como consecuencia de la salida de Neuquén por más de 8 semanas.
- Tendido de un tercer circuito de línea en el tramo San Isidro-Polpaico, con el objeto de trasladar los excedentes de generación térmica ubicados al norte de la Región Metropolitana.
- Postergación de mantenimientos programados de centrales térmicas.
- Convenios de reducción de consumos de sus clientes.
- Compra de energía a empresas con equipos de generación propios para emergencias.
- Campaña publicitaria para el ahorro de energía iniciada a contar del mes de agosto de 1998.

El plan de emergencia lo que hizo fue aminsonar los efectos de la crisis entre diciembre de 1998 y junio de 1999, si bien todos sabíamos que era solo la llegada de las lluvias y la entrada nuevamente de Neuquén lo que normalizaría la situación, lo que finalmente ocurrió.

Faltaba, en todo caso, la solución legislativa y esta vino a través de la modificación del artículo 99 bis del DFL N° 1.

Recordemos que el artículo 99 bis original fue introducido por la Ley 18.959, publicada en el Diario Oficial con fecha 24 de febrero de 1990, también como reacción legislativa a la sequía de 1989. Este artículo 99 bis, en su redacción del año 1990, estableció la obligación para las empresas generadoras de indemnizar a sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precios por la no satisfacción de sus consumos normales, todo ello 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. La compensación equivalía a la diferencia de valor entre costo de racionamiento y precio de nudo por cada kilowatt/hora de déficit. Para estos efectos se entendía como consumo normal de un cliente en un período, aquel que resultara de considerar el consumo de energía facturado por el generador en el mismo período del año anterior, incrementado en la tasa anual de crecimiento del consumo que

se hubiere considerado en la previsión de demandas de energía para el sistema eléctrico en la última fijación de precios de nudo. En la redacción de 1990 del artículo 99 bis, se establecía que para el cálculo de los déficit originados en situaciones de sequía no podían utilizarse aportes de generación hidroeléctrica que correspondiesen a años hidrológicos más secos que aquellos utilizados en el cálculo de precios de nudo. Asimismo, si una sequía duraba más de un año hidrológico, el máximo de déficit que los generadores estarían obligados a pagar estaba limitado al déficit que se calculara para el primer año hidrológico de la sequía, considerando una hidrología igual a la del año más seco utilizado en el cálculo de precios de nudo.

Se establecía así, por primera vez en Chile, el pago de compensaciones frente a déficit de suministro, si bien dentro de los rangos de sequías que el sistema consideraba para la fijación de precios de nudo, si las sequías eran más profundas que estas, entonces operaba la causal de fuerza mayor.

V. INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 99 BIS DEL AÑO 1990

Endesa, frente a este tema, dedujo en el año 1990 recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 99 bis, solicitando que se declarase inaplicable dicha norma legal, por inconstitucional, en el juicio "Endesa con Chilectra y otras", juicio declarativo que inició Endesa, en el año 1990, solicitando que se declarase en él que en los contratos de suministro, a esa fecha vigentes, entre Endesa y las distribuidoras, no podían serle aplicable las nuevas disposiciones contenidas en el artículo 99 bis.

En efecto, Endesa alegó que la norma del 99 bis imponía a Endesa un gravamen de consideración por concepto de indemnización de perjuicios, derivada de su supuesto incumplimiento contractual que tiene su origen en un caso fortuito o fuerza mayor. Endesa alegó así que la nueva ley invadía los contratos celebrados por Endesa sobre suministro de energía eléctrica, sustituía a los tribunales de justicia en la fijación de las indemnizaciones e imponía un incumplimiento contractual que no se había producido.

La Exma. Corte Suprema declaró en tres fallos la inaplicabilidad del artículo 99 bis en su redacción original del año 1990.

En este sentido, la sentencia, dictada por la unanimidad del Pleno de la Corte Suprema, con fecha 28 de julio de 1992, acogió el recurso de inaplicabilidad deducido por Endesa y declaró que el artículo 37 de la Ley N° 18.959, que modificó el N° 2 del artículo 99 e introduce el artículo

99 bis en el DFL N° 1/92, no es aplicable en el juicio antes indicado, por ser contrario a la garantía constitucional de la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (Art. 19 N° 22) y a la garantía del derecho de propiedad (Art. 19 N° 24). Además, la referida norma vulnera lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución que establece que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

PRINCIPALES CONSIDERACIONES DEL FALLO

- Se estableció que Endesa tenía, antes de la dictación de la ley impugnada, incorporado a su patrimonio el derecho de exonerarse de responsabilidad civil por la falta de suministro eléctrico en el evento que ocurra un caso fortuito o fuerza mayor. Este derecho deriva de lo dispuesto en el artículo 83 del DFL N° 1, de las normas del Código Civil y del contrato de suministro suscrito con la distribuidora.
- Se estableció que la sequía, afectando los niveles de producción eléctrica en términos que sea necesario dictar por parte de la autoridad un decreto de racionamiento, constituye un fenómeno que por su magnitud, continuidad y efectos, conforma un caso fortuito.
- Se estableció que el derecho de Endesa de exonerarse de responsabilidad civil por fuerza mayor o caso fortuito había sido sobrepasado por la ley impugnada, la cual al imponer a Endesa la obligación de indemnizar por una situación de caso fortuito había entrado a regular un contrato afinado con antelación, desconociendo el derecho de dominio que Endesa tenía respecto al derecho de exonerarse de responsabilidad por caso fortuito.
- Se estableció que la obligación de indemnizar que impone la ley impugnada a los generadores de electricidad, unida al hecho de que los hace responsable de caso fortuito o fuerza mayor, del cual no responden los distribuidores sometidos a análoga normativa ni menos los usuarios finales de la energía eléctrica, implica una discriminación arbitraria en el trato que el Estado da a un tipo especial de productor, en este caso los generadores de energía eléctrica vulnerándose la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 22 de la Constitución.

La sentencia acogió plenamente los planteamientos de Endesa en cuanto a la inconstitucionalidad de la disposición legal indicada, planteamientos en los que basó su posición frente a

la autoridad administrativa, a las empresas distribuidoras y posteriormente ante los tribunales de justicia.

Es de gran importancia la declaración de que la sequía que afecte a la generación eléctrica, en términos que lleve a la dictación de un decreto de racionamiento, es causal de exoneración de responsabilidad por caso fortuito.

En todos los contratos de suministro que tenía suscrito Endesa se encontraban incorporadas cláusulas que la exoneran de responsabilidad por la falta de suministro proveniente de hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, por lo que el fallo permitió precisar el alcance de dichas estipulaciones.

Otro aspecto relevante del mismo es el reconocimiento de los derechos provenientes de contratos celebrados con anterioridad a la dictación de la ley impugnada, los que esta última no puede afectar. Se precisa el ámbito de acción de la autoridad administrativa, en orden a que no puede por la vía de una ley dictada con posterioridad al contrato entrar a resolver situaciones de controversia emanada de dicho contrato.

VI. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 99 BIS

Volvamos al año 1999 y a la modificación del artículo 99 bis. En qué consistiría pues, el cambio. Pues precisamente en eliminar del ya declarado inconstitucional artículo 99 bis, la exención de sequía como causal de caso fortuito o fuerza mayor y, por lo tanto, eximente de responsabilidad frente al pago de compensaciones por déficit de suministro. De más está decir que nadie se acordó de los precedentes de la Exma. Corte Suprema en cuanto a la inconstitucionalidad del precepto.

Contribuyó también a esta conducta legislativa la situación ocurrida en Argentina con el denominado incidente de Azopardo, que derivó en cuantiosas indemnizaciones por parte de una distribuidora a sus clientes. Si bien es cierto son temas distintos, el símil fue hecho y se buscó vigorosamente el que las generadoras pagaran compensaciones, para lo cual lo primero que debía hacerse era cambiar la ley.

La ley se cambió, después de un trámite sumáximo de discusión en el Congreso Nacional. No nos referiremos a aquellos aspectos de la ley atinentes al aumento de las funciones fiscalizadoras de la SEC, ni al aumento de las multas y sanciones para las empresas, solo nos concentraremos en el nuevo artículo 99 bis, introducido en su actual redacción por la Ley N° 19.613, publicada en el Diario Oficial de 8 de junio de 1999.

Este artículo, en lo que interesa, señala expresamente:

“Para los efectos de este artículo, 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 como fuerza mayor o caso fortuito. En particular, los aportes de generación hidroeléctrica que corresponden 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”.

“En todo caso, el ejercicio de acciones jurisdiccionales no obstará al pago de las compensaciones previstas en los incisos anteriores”.

Meridianamente claro, doblemente dicho, por ley se declara que la sequía no es fuerza mayor.

Nótese que la falta de agua, insumo de la generación hidroeléctrica, no es constitutivo de fuerza mayor, mientras que la falta de gas natural, insumo de la generación termoeléctrica, sí podría serlo, por cuanto la segunda causal no constitutiva de fuerza mayor es por ley, la falla de centrales eléctricas, de suerte que si se interrumpe el gas desde Argentina por acto de autoridad o por razones naturales, tal situación podría seguir siendo constitutiva de fuerza mayor.

Determinar por ley los hechos que no constituyen caso fortuito o fuerza mayor se aparta de las reglas o principios generales del derecho, que precisamente establecen lo contrario. Con su redacción, el legislador del año 1999, reconoce que los hechos que menciona, por su naturaleza, perfectamente pueden ser constitutivos de caso fortuito, tanto es así que juzgó necesaria la dictación de una norma que los excluyera de la calificación jurídica que surge de su propia naturaleza.

Por otra parte, resulta abiertamente contrario a los principios generales del derecho eliminar el efecto eximente de responsabilidad que presentan ciertos hechos, si ellos constituyen un imprevisto al cual no es posible resistir. Lo lógico, lo jurídico y también lo justo es reconocer que tales hechos configuran el caso fortuito o fuerza mayor, y no lo inverso. La ley no necesita decir que tal o cual circunstancia no constituye caso fortuito, pues de acuerdo con la definición del Código Civil, y que ha postulado la doctrina desde los tiempos más remotos, en aplicación del principio de que “a lo imposible nadie está obligado”, no tendrán este carácter los hechos respecto de los cuales sea posible su representación como una posibilidad cierta —con

lo que dejan de ser imprevistos— o que permiten ser superados o resistidos.

La ley, junto con desnaturalizar la institución del caso fortuito, altera los principios generales en materia de responsabilidad, aplicables en la especie. De acuerdo con ellos, las empresas generadoras adquirirían responsabilidad, la que se haría efectiva en la prestación que contempla la ley, que tiene un evidente carácter indemnizatorio, solo si el déficit de generación eléctrica les fuera imputable. La imputabilidad por culpa o por dolo es uno de los elementos esenciales de la indemnización de perjuicios, en términos de que sería plenamente justificada la reparación de un daño si el responsable del mismo faltó a la diligencia o cuidado debidos o si, peor aún, tuvo la intención de dañar. Pero según los mismos principios generales de derecho, con reconocimiento legislativo universal, no es posible atribuir o imputar responsabilidad cuando el daño o perjuicio se produce como consecuencia de hechos fortuitos, a los cuales no se puede resistir¹.

Aquí no hubo tiempo de modificar políticas comerciales, ni de contratación de las empresas, especialmente las hidroeléctricas.

VII. CONSECUENCIAS DE LA ELIMINACIÓN DE LA SEQUÍA COMO CAUSAL DE FUERZA MAYOR

En esencia este artículo incorporó un cambio estructural a la industria eléctrica de Chile, ya que determinó que las situaciones de sequía extrema en ningún caso podrán ser calificadas como fuerza mayor o caso fortuito. Ello modifica el concepto bajo el cual fue originalmente diseñada la legislación eléctrica e incorporó nuevos riesgos que han afectado las decisiones de inversión para adaptarse a esta nueva obligación de dar suministro a todo evento, sin que exista un incremento en los precios de la industria como consecuencia de este mayor riesgo asumido.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente los siguientes aspectos jurídicos y económicos de este cambio normativo:

- Esta modificación legal por un lado atentó contra principios básicos de derecho, reconocidos universalmente, como lo es la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o de fuerza mayor que se contempla en el artículo 45 del Código Civil y, por otro, constituyó una

clara infracción a lo dispuesto en el artículo 19 N° 22 de la Constitución Política del Estado que establece “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

Los generadores eléctricos son los únicos agentes económicos que no pueden exonerarse de responsabilidad frente a eventos constitutivos de fuerza mayor.

- Es contradictoria con la metodología de cálculo de los precios de nudos.

El procedimiento de cálculo de los precios de nudo considera una estadística de hidrologías donde está contenido un año representativo de la sequía más severa frente a la cual debe responder un generador. Sin embargo, con la actual redacción del artículo 99 bis, se incorporó un riesgo de tener que responder a todo evento, lo cual es inconsistente con el nivel de tarifas fijados por la autoridad.

- Es contradictorio con los principios que orientaron las decisiones de las empresas generadoras.

Las normas existentes hasta antes de esta modificación de ley limitaban 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 al nivel que cada generador deberá responder sin limitación alguna al riesgo hidrológico. “Esto tendrá indudablemente un mayor costo que se reflejará en las futuras decisiones de inversión y las políticas comerciales de las empresas, las cuales privilegiarían la venta en el mercado *spot* antes de asumir los exagerados riesgos inherentes a los contratos con empresas distribuidoras”. Esto se decía por parte de las empresas hidroeléctricas en el Congreso a propósito de la discusión parlamentaria. No fueron suficientemente convincentes y tras la promulgación de la ley, el Ministerio de Economía dictó el Decreto N° 287, que estableció racionamiento desde el 12 de junio al 31 de agosto de 1999, indicándose la forma y procedimiento para calcular los déficit afectos a compensación conforme a la nueva redacción del artículo 99 bis.

El nuevo artículo 99 bis no subsanó las inconstitucionalidades declaradas por la Exma. Corte Suprema, sino más bien las agravó, al establecer por ley que la sequía no es constitutiva de fuerza mayor, eliminando de este modo la exención de responsabilidad, mínima, pero exención al fin, que había establecido el derogado artículo 99 bis al permitir dicha exención con respecto a sequías más secas que aquellas consi-

¹ En los comentarios sobre la fuerza mayor, he seguido la línea de argumentación formulada por el profesor de Derecho Civil señor Víctor Vial del Río en su Informe en Derecho acerca de la modificación del artículo 99 bis del DFL N° 1.

deradas para las fijaciones tarifarias a nivel de generación.

El Decreto de racionamiento N° 287, dictado a continuación de la promulgación de la ley, además de basarse en un texto que vulnera garantías constitucionales de las empresas generadoras, sobre todo hidroeléctricas, vino a amenazar el derecho de propiedad que tenían las empresas respecto de derechos incorporados a su patrimonio en virtud de contratos celebrados con las empresas distribuidoras al amparo de otra legislación, violentando de este modo la ley sobre irretroactividad de las leyes, al pretender que la nueva legislación se aplique respecto de dichos contratos, lo que en la práctica implicaría que las generadoras dejarían de percibir el precio íntegro de los contratos de compraventa de energía que mantiene con las empresas distribuidoras con la finalidad de compensar a los clientes finales por situaciones que no son de su responsabilidad y que constituyen claramente causales de caso fortuito o fuerza mayor, como lo es la sequía.

Lo anterior fue particularmente grave por cuanto la legislación se dictó precisamente en plena crisis eléctrica y con el claro propósito que las empresas eléctricas generadoras tengan que compensar a los clientes de las empresas distribuidoras por los déficit de generación que se produzcan en período de racionamiento, en circunstancias que tales empresas eléctricas contaban con contratos respecto de los cuales se contempla la exoneración de responsabilidad por causales de fuerza mayor.

VIII. EL TEMA DE LAS COMPENSACIONES

De esta forma, y a partir del 12 de junio de 1999, las empresas quedaron obligadas al pago de compensaciones a sus clientes regulados (distribuidoras) por cada kilowatt-hora de déficit que los haya afectado, determinado sobre la base de sus consumos normales a un valor igual a la diferencia entre el costo de racionamiento y el precio básico de la energía.

Una vez dictado este decreto, las empresas afectadas solicitaron ante los tribunales como medida prejudicial precautoria que se las autorizara para emitir sus facturas sin los descuentos de las compensaciones, en subsidio que se las autorizara para descontar de las facturas las compensaciones correspondientes a falta de consumo por cortes efectivos de suministro de energía eléctrica.

En definitiva, estas medidas no prosperaron, esencialmente porque en el nuevo texto del artículo 99 bis se estableció que el ejercicio de acciones jurisdiccionales no obsta al pago

de las compensaciones previstas en esa disposición.

Ante ello, Endesa procedió a descontar de las facturas de sus clientes regulados el valor correspondiente a las compensaciones por los días y horas en que efectivamente se produjo corte de energía eléctrica, esto es, entre el 12 y el 21 de junio de 1999. Este período comprendía el primer subperíodo establecido en el decreto de racionamiento. Se efectuaron estos descuentos haciendo reserva de derechos y en especial de la acción de repetir. Por los subperíodos segundo y tercero no se pagaron compensaciones por encontrarse normalizado el suministro eléctrico.

Luego Endesa procedió a deducir demanda en juicio ordinario, a fin de que se declare que es nula con nulidad de derecho público la obligación indemnizatoria impuesta por el artículo 7° del DS N° 287 y artículo 99 bis del DFL N° 1/82, en subsidio que dicha obligación indemnizatoria solo puede tener lugar por los cortes de energía eléctrica que se produjeron en el período comprendido por el mencionado decreto, y en subsidio aun, que en ningún caso puede tener lugar después del 21 de junio de 1999, fecha a partir de la cual se normalizó el abastecimiento eléctrico.

Por su parte la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, considerando que los descuentos efectuados por las empresas en el primer subperíodo eran por un monto inferior al monto del descuento que a su juicio correspondía, procedió a formular cargos a las empresas por infracción al artículo 8° del DS N° 327.

Lo mismo hizo posteriormente respecto a los subperíodos segundo y tercero. El 25 de febrero de 2000, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles dictó una Resolución mediante la cual sobreseyó de los cargos formulados. Sin embargo, en esa misma fecha dictó otra Resolución mediante la cual formuló cargos por los tres subperíodos en conjunto.

Las empresas contestaron los cargos y hasta la fecha la Superintendencia de Electricidad y Combustibles no ha resuelto en este proceso administrativo.

En nuestra opinión, la Contraloría General de la República zanjó toda discusión sobre el tema respecto de si las compensaciones debían pagarse por todo el período que comprendiera el decreto de racionamiento, independientemente que hayan existido o no cortes de suministro o, por el contrario, las compensaciones deben pagarse por los días y horas en que efectivamente se produjeron cortes de suministro.

En efecto, la Contraloría General de la República, entidad que debe examinar, mediante el trámite de "Toma de Razón", la legalidad de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo, mediante

resolución N° 35.128, de 23 de septiembre de 1999, publicada en el Diario Oficial el 30 del mismo mes, cursó con alcance el Decreto N° 287, señalando: "... que entiende, conforme a lo prescrito en el artículo 99 bis del DFL N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, sustituido por la Ley N° 19.613, que las empresas generadoras solo deberán pagar a sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precios, cada kilowatt-hora de déficit que efectivamente los haya afectado ..."

De esta forma, el Organismo Controlador, en ejercicio de las funciones que le corresponden en el control de la legalidad de los decretos del Poder Ejecutivo, vino a fijar la verdadera interpretación y alcance de lo dispuesto en el artículo 99 bis y a ratificar la posición adoptada por Endesa en esta materia.

El 24 de julio de 2000, Endesa interpuso una demanda ordinaria en contra del Fisco de Chile en juicio declarativo de mera certeza, mediante el cual se solicita que el Tribunal declare que a Endesa, sin perjuicio de otras acciones o derechos que se reserva, le corresponde pagar las compensaciones que se establecen en el artículo 99 bis solo por los días y horas que durante la vigencia del DS N° 287 se produjeron cortes en el suministro de electricidad en el SIC y no por todo el período de vigencia del decreto de racionamiento, como pareciera pretender la Superintendencia de Electricidad y Combustible.

Cabe señalar, entonces, que Endesa pagó compensaciones a sus clientes considerando días y hora de corte efectivo de suministro.

IX. LAS CONCLUSIONES DE LA CRISIS ENERGÉTICA DEL 98/99

1. Las nuevas tecnologías también fallan.
2. No se debe legislar en tiempo de crisis.
3. Los precios de nudo deben reflejar la situación de mercado.
4. La alteración de las reglas del juego atenta contra las inversiones en el sector.

X. LA SITUACIÓN VIGENTE

1. No hay nuevas inversiones permanentes, salvo la continuación de la construcción de Ralco.
2. Las distribuidoras han empezado a quedar sin contratos de abastecimiento de energía.

Como corolario de la reforma legal de 1999, las empresas, como han podido, han tratado de ajustar sus políticas comerciales al nuevo entor-

no de riesgo del negocio. Esto significa responder a todo evento, por lo que la decisión jurídica y de negocios ha sido no renovar contratos y no presentarse a las licitaciones de suministro de las distribuidoras, no solo por un tema de precios, sino también por un tema de adecuarse comercialmente a un negocio más riesgoso.

Se produjo una divergencia en el CDEC respecto a la situación de las distribuidoras sin contratos, la cual fue resuelta por el Ministro de Economía el pasado 31 de mayo a través de la Resolución N° 88, dictamen que representa nuevamente una modificación grave de las reglas del juego.

En términos generales, la Resolución dispone que 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 precio nudo en el punto de retiro respecto a los consumos que correspondan a los clientes regulados de la distribuidora y el precio que convenga a la Dirección de Operación con la distribuidora para los clientes libres de la misma. Si no hay acuerdo dentro del plazo de 30 días a contar del término del último contrato o de la fecha de notificación de la Resolución, el precio será el costo marginal horario valorizado en la barra de retiro.

En relación con la remuneración del sistema de transmisión, se señala 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 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.

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 generadoras, acordará con las empresas transmisoras los peajes adicionales correspondientes, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 51 A y siguientes del DFL N° 1.

Todo lo anterior se aplicará mientras la distribuidora sin contrato no regularice su situación contractual, sin perjuicio de las sanciones que

corresponda aplicar a la distribuidora por eventuales infracciones a la normativa en vigencia.

De lo dispuesto en el artículo 74 del DFL N° 1/82, en adelante la ley, y 240 del DS N° 327/97, en adelante el reglamento, se desprende que las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio a quien lo solicite dentro de sus respectivas zonas de concesión, pero en ninguna parte la ley o el reglamento obligan a las empresas generadoras a suministrar energía a quien lo solicite. Estas empresas, por lo tanto, no están obligadas a proporcionar la energía que generan si no se han comprometido a suministrarla en virtud de un contrato que voluntariamente hayan pactado.

Este principio es coherente con otras disposiciones de la normativa eléctrica como los son los artículos 7 y 8 de la ley y 5, 6, 7 y 10 del reglamento, que califican como servicio público eléctrico la actividad de distribución de energía eléctrica que efectúa una sociedad concesionaria de distribución dentro de su zona de concesión.

La actividad de generación no es servicio público por así disponerlo expresamente el artículo 8 de la ley.

La Resolución, infringiendo las normas anteriores, y otras del ordenamiento civil, establece la obligación para los generadores de dar suministro, en contra de su voluntad, a una distribuidora sin contrato.

Lo anterior, aparte de ser ilegal, viola elementales garantías constitucionales tales como el derecho de propiedad que las generadoras tienen sobre la electricidad que producen (artículo 19 N° 24 C.P.); vulnera también la garantía del libre ejercicio de la actividad económica que desarrollan (N° 21), al alterar su política comercial y aumentar su exposición al riesgo frente a la relación costo marginal precio de nudo y ante eventuales compensaciones por sequía; la igualdad ante ley (N° 2) al establecer diferencias arbitrarias y la no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (N° 22).

LA RESOLUCIÓN DESNATURALIZA LA FUNCIÓN DE CDEC

En efecto, el legislador ha querido que este organismo sea, en su parte operativa, lo más independiente posible de las empresas que integran el CDEC (artículo 180 y 183 del reglamento), sin embargo, en la Resolución se le atribuye

el rol de representante de las generadoras para negociar el precio del suministro con la distribuidora sin contrato y peaje con el sistema de transmisión, función que no le corresponde y que es completamente ajena a las actividades que la ley y el reglamento le asignan.

Por otro lado, infringiendo el ordenamiento civil, nos encontramos frente a un mandato forzoso, ordenado por la autoridad, lo que resulta aparte de ilegal, insólito.

LA RESOLUCIÓN, CON EL PRETEXTO DE VELAR POR LA SEGURIDAD DEL SISTEMA ELÉCTRICO, LO HACE VULNERABLE

En efecto, la presencia de una empresa distribuidora sin contrato aumenta el riesgo en sistema, por cuanto no tiene limitaciones contractuales de demanda y potencia; no está sujeta a regulaciones en cuanto a no introducir interferencias en el sistema con sus demandas.

Pero el hecho que la Resolución señale (considerando N° 8) que solo podría desconectarse del sistema a una empresa distribuidora, cuando concurren las circunstancias excepcionales que legalmente lo permitan, como lo son el racionamiento y fallas no imputables a la empresa suministradora del servicio (83 de la Ley), y que el hecho de no existir contrato no es causal de desconexión, ello implica que tampoco lo es el hecho de no pagar el suministro. De este modo, se puede dar el caso que una distribuidora en estas condiciones o en otra cualquiera, no pague el valor del suministro y el generador tenga que seguir proporcionando la energía, aumentando indefinidamente la deuda, lo que atenta en contra del derecho del vendedor establecido en el artículo 1826 inciso final del Código Civil e introduce un factor que atenta en contra de la seguridad del servicio.

Creemos que la nueva normativa eléctrica anunciada debe corregir los errores de la modificación legal del año 1999, especialmente en lo que atañe al tratamiento del caso fortuito o fuerza mayor como riesgo del negocio eléctrico y consecuentemente al rol que debe jugar el denominado costo de falla, de suerte que exista la adecuada correlación entre el precio de nudo que reciben las generadoras y los riesgos que estas se obligan a suministrar. No reconocerlo distorsiona el régimen económico y seguirá desincentivando las inversiones en un sector tan relevante para el desarrollo de un país.