

## CAMBIOS JURÍDICOS ESENCIALES EN LA ACTIVIDAD DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA, INTRODUCIDOS POR LA LEY 19.940<sup>1</sup>

Fernando Abara Elías<sup>2</sup>

*RESUMEN: En este trabajo se analizan los cambios introducidos por la ley 19.940 en la actividad de transmisión eléctrica. En especial, se refiere al carácter de orden público de la nueva normativa y al tratamiento de la transmisión como servicio público. Junto a ello, el autor destaca las garantías de pago establecidas por la ley para las empresas de transmisión. Sin embargo, advierte que la expansión del sistema de transmisión y, en especial, de la obligación de invertir en obras nuevas o ampliaciones atenta contra principios constitucionales, entre ellos: el derecho a desarrollar actividades económicas y el derecho de propiedad. Finalmente, aborda el tema de la solución de conflictos en el sector eléctrico a partir de un ente único, denominado Panel de Expertos. Valora la creación de este órgano, pero hace observaciones respecto a su futuro funcionamiento.*

*PALABRAS CLAVES: Transmisión de Energía Eléctrica – Servicio Público – Peajes de Transmisión – Inversiones – Panel de Expertos.*

Con la dictación de la Ley 19.940, publicada en el Diario Oficial de fecha 13 de marzo de 2004, por años llamada Ley Corta, las modificaciones que sufre la actividad de transmisión eléctrica en Chile son profundas, múltiples y variadas, algunas de las cuales son una novedad en el sistema legal que nos rige y cuyos efectos se verán necesariamente en el futuro en su aplicación práctica.

A continuación, trataremos algunos aspectos jurídicos de la nueva ley, de alta relevancia para el desenvolvimiento de la actividad de la transmisión de electricidad.

Los temas de análisis en esta presentación serán los siguientes:

- 1) Carácter de la nueva normativa.
- 2) El tratamiento de la transmisión como un servicio público.
- 3) Las garantías de pago para las empresas de transmisión.

- 4) La expansión del sistema de transmisión y, en especial, de la obligación de invertir.
- 5) La solución de conflictos en el sector eléctrico.

### I- CARÁCTER DE LA NUEVA NORMATIVA

Una breve reflexión sobre este punto nos parece necesario para entender el sentido y alcance de la reforma que comentamos. Las modificaciones tienen el carácter de normas de orden público, ya que al regular en su integridad una actividad económica de gran relevancia dentro de la economía del país y básico para el desarrollo de la actividad eléctrica, responde al mandato constitucional que la regulación de una actividad económica sólo le corresponde al rango legal. Por lo mismo se trata de una ley que rige in

1 Trabajo presentado en las Segundas Jornadas de Derecho Eléctrico, 4 de julio de 2002, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

2 Abogado, Master en Economía y Gestión para Abogados, Profesor Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Fiscal de HQI TRANSELEC CHILE S.A.

actum en forma absoluta y obligatoria, pudiendo bajo ciertos parámetros superponerse incluso a los contratos celebrados con anterioridad que se refieran a idéntica materia, por cuanto el derecho patrimonial que eventualmente esté en juego en dichos contratos podría entenderse subordinado al Orden Público Económico del que forma parte esta nueva legislación.

En otras palabras, en principio los contratos e incluso los fallos arbitrales dictados antes de la promulgación de la ley N° 19.940 el 13 de marzo de 2004, dejan de tener efectos y las materias en ellas reguladas se regirán por la nueva normativa en cuanto incidan o se contrapongan con las normas de orden público contenidas en la nueva legislación. Lo anterior, desde luego, es sin perjuicio del derecho de los afectados a reclamar de inconstitucionalidad, en cuanto se vean vulnerados sus derechos patrimoniales, en la medida que hayan sido válida y legítimamente adquiridos bajo la legislación anterior, de acuerdo con los mecanismos que el ordenamiento jurídico contempla, como por ejemplo el Recurso de Inaplicabilidad en un caso judicial concreto.

Otro aspecto de gran relevancia y que deriva de lo anteriormente señalado, es que cambia el eje del derecho predominante aplicable. En efecto, antes de la reforma en gran medida la actividad de transmisión se regía por el derecho privado, salvo en lo relativo al régimen de fiscalización y sanciones. Con la reforma, el derecho aplicable predominante será el derecho público, constitucional y administrativo, lo que se

ve reflejado en el sistema de fijación de tarifas entre otros, cuyas consecuencias son evidentes. Si antes de la reforma las relaciones entre los agentes estaban básicamente reguladas por el contrato, hoy el instrumento regulador es la propia ley, pero una ley que pertenece al ámbito del derecho público.

## II- LA TRANSMISIÓN PASA A SER UN SERVICIO PÚBLICO

La novedad consiste en que, hasta el 12 de marzo de 2004, la actividad de transmisión eléctrica no era considerada un servicio público o de utilidad pública, sino una actividad privada, con una regulación legal mínima, genérica y muchas veces ambigua, distinguiéndola este aspecto del trato dado a las empresas concesionarias de distribución eléctrica.

La Ley N° 19.940, publicada en el Diario Oficial de fecha 13 de marzo de 2004, define los sistemas de transmisión<sup>3</sup> o de transporte de electricidad, basándose en la existencia de líneas y subestaciones integrantes de un sistema eléctrico<sup>4</sup>, con un nivel de tensión nominal superior al que la norma técnica defina y con la obligación de coordinar su operación.

Asimismo, clasifica o distingue tres sistemas de transmisión: Sistemas de transmisión troncal, de subtransmisión y de transmisión adicional<sup>5</sup>. En cada uno de los casos se les señala sus características y, en el caso de los dos primeros,

3 De acuerdo con el artículo 71-1 "sistema de transmisión o de transporte de electricidad es el conjunto de líneas y subestaciones eléctricas que forman parte de un sistema eléctrico, en un nivel de tensión nominal superior al que se disponga en la respectiva norma técnica que proponga la Comisión, y cuya operación deberá coordinarse según lo dispone el artículo 81 de esta ley.

En cada sistema de transmisión se distinguen instalaciones del "sistema de transmisión troncal", del "sistema de subtransmisión" y del "sistema de transmisión adicional".

4 El artículo 150 letra a) define el Sistema Eléctrico como "Conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica".

5 El Sistema de Transmisión Troncal está definido en el artículo 71-2 de la siguiente manera:

"Cada sistema de transmisión troncal estará constituido por las líneas y subestaciones eléctricas que sean económicamente eficientes y necesarias para posibilitar el abastecimiento de la totalidad de la demanda del sistema eléctrico respectivo, bajo los diferentes escenarios de disponibilidad de las instalaciones de generación, incluyendo situaciones de contingencia y falla, considerando las exigencias de calidad y seguridad de servicio establecidas en la presente ley, los reglamentos y las normas técnicas.

las instalaciones que forman parte de ellas son establecidas mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y su explotación constituye servicio público.

Con la Ley N° 19.940 se modificó el artículo 7 del DFL N° 1 de Minería, año 1982, y la transmisión troncal y subtransmisión son consideradas actividades de servicio público, lo que obliga a la autoridad a regularla en forma precisa.

Podemos conceptualizar este servicio público especial como la prestación del transporte de

electricidad por instalaciones calificadas de troncales y de subtransmisión, realizada directamente por particulares, pudiendo usar una concesión optativa que entrega el Estado, dirigida a la satisfacción de necesidades de interés general y conforme a un régimen regulatorio especial. La actividad material consiste en el transporte de electricidad por redes construidas con tal objeto, pero que han sido calificadas como parte de un Sistema Troncal o de Subtransmisión, según ya señalamos. Respecto de la concesión, como sabemos, el título concesional no es obligatorio para ejercer la actividad de transmisión por cuanto

Las instalaciones pertenecientes a cada uno de los tramos del sistema de transmisión troncal deberán cumplir con las siguientes características:

- a) Mostrar una variabilidad relevante en la magnitud y dirección de los flujos de potencia, como resultado de abastecer en forma óptima una misma configuración de demanda para diferentes escenarios de disponibilidad del parque generador existente, considerando las restricciones impuestas por el cumplimiento de las exigencias de calidad y seguridad de servicio, incluyendo situaciones de contingencia y falla.
- b) Tener una tensión nominal igual o mayor a 220 kilovolts.
- c) Que la magnitud de los flujos en estas líneas no esté determinada por el consumo de un número reducido de consumidores.
- d) Que los flujos en las líneas no sean atribuidos exclusivamente al consumo de un cliente, o a la producción de una central generadora o de un grupo reducido de centrales generadoras.
- e) Que la línea tenga tramos con flujos bidireccionales relevantes.

No obstante, una vez determinados los límites del sistema de transmisión troncal, se incluirán en él las instalaciones interiores que sean necesarias para asegurar la continuidad de tal sistema.

El reglamento establecerá el procedimiento que, en base a las características señaladas, deberá seguirse para calificar a las instalaciones de cada sistema eléctrico como pertenecientes o no al sistema de transmisión troncal respectivo. A ellas se agregarán, en el momento en que entren en operación, las instalaciones futuras de construcción obligatoria definidas mediante similar procedimiento según lo establecido en el artículo 71-26.

Las líneas y subestaciones de cada sistema de transmisión troncal serán determinadas mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, dictado bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República", previo informe técnico de la Comisión, según lo establecido en el artículo 71-20". Por su parte para el período transitorio, el artículo 1 transitorio indicó qué instalaciones deben entenderse parte del Sistema troncal".

Por su parte, el artículo 71-3 define el Sistema de Subtransmisión de la siguiente forma: "Cada sistema de subtransmisión estará constituido por las líneas y subestaciones eléctricas que, encontrándose interconectadas al sistema eléctrico respectivo, están dispuestas para el abastecimiento exclusivo de grupos de consumidores finales libres o regulados, territorialmente identificables, que se encuentren en zonas de concesión de empresas distribuidoras.

Las instalaciones pertenecientes al sistema de subtransmisión deberán cumplir con las siguientes características:

- a) No calificar como instalaciones troncales según lo establecido en el artículo 71-2.
- b) Que los flujos en las líneas no sean atribuidos exclusivamente al consumo de un cliente, o a la producción de una central generadora o de un grupo reducido de centrales generadoras.

Las líneas y subestaciones de cada sistema de subtransmisión serán determinadas, previo informe técnico de la Comisión, mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, dictado bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", el que tendrá una vigencia de cuatro años".

Finalmente, el artículo 71-4 se refiere a los Sistemas de Transmisión adicionales de la siguiente forma:

"Los sistemas de transmisión adicional estarán constituidos por las instalaciones de transmisión que, encontrándose interconectadas al sistema eléctrico respectivo, están destinadas esencial y principalmente al suministro de energía eléctrica a usuarios no sometidos a regulación de precios, y por aquéllas cuyo objeto principal es permitir a los generadores inyectar su producción al sistema eléctrico, sin que formen parte del sistema de transmisión troncal ni de los sistemas de subtransmisión".

sólo es optativo para imponer forzadamente servidumbres eléctricas sobre predios particulares. La necesidad de interés general que está dirigida a satisfacer se concreta en la confiabilidad del sistema, que incluye conceptos tales como: suficiencia, seguridad de servicio, calidad de servicio, calidad del producto, calidad del suministro y calidad del servicio comercial, conceptos todos agregados por la nueva legislación que se analiza<sup>6</sup>.

Finalmente, el régimen regulatorio especial resulta necesario desde el momento que el legislador efectúa esta declaración de servicio público, entre otras por las siguientes razones principales: i) debe velar porque efectivamente este servicio se preste en términos que cumpla con su misión de utilidad pública, pero respetando los derechos de libertad económica y de propiedad privada del ente prestador del servicio, ii) debe entregarle los mecanismos o herramientas jurídicas necesarias para cumplir con dicha misión, que deben traducirse en prerrogativas especiales desde el momento que el Estado se ha desprendido de su obligación de prestar este servicio y se lo ha impuesto a los particulares, por lo que es la necesaria contrapartida que junto con la entrega de la obligación le otorgue, también, ciertos poderes jurídicos. Este régimen regulatorio tiene las características indicadas en el acápite I.

Ahora bien, veamos a continuación cuáles son las principales consecuencias de esta declaración de servicio público que ha efectuado el legislador. Las más importantes son las siguientes:

a) Por una parte, como todo servicio público tiene obligación de proveer el servicio ya que se trata de satisfacer una necesidad pública o de interés general. La ley ha entregado esta actividad a empresas, constituidas en conformidad con el derecho privado, y de capitales privados, sustrayéndola de la esfera de acción del Estado. En el antiguo marco regulatorio, la empresa de transmisión estaba obligada a permitir servidumbres de tránsito de electricidad que terceros imponen sobre sus medios de transmisión. Con la modificación, en cambio, debe entregar el servicio de transporte, con lo cual se amplía en forma extraordinaria las obligaciones y responsabilidades de esa empresa. Lo anterior es concordante con la imposibilidad de negar el acceso a la red troncal por falta de capacidad de las líneas y que adicionalmente se le imponga a las empresas propietarias la obligación de invertir en determinados casos.

b) Acceso abierto: La obligación de regularidad y de proveer el servicio en forma no discriminatoria, uniforme e igualitaria,

6 El artículo 150 define estos conceptos de la siguiente forma:

"r) Confiabilidad: cualidad de un sistema eléctrico determinada conjuntamente por la suficiencia, la seguridad y la calidad de servicio.

s) Suficiencia: atributo de un sistema eléctrico cuyas instalaciones son adecuadas para abastecer su demanda.

t) Seguridad de servicio: capacidad de respuesta de un sistema eléctrico, o parte de él, para soportar contingencias y minimizar la pérdida de consumos, a través de respaldos y de servicios complementarios.

u) Calidad de servicio: atributo de un sistema eléctrico determinado conjuntamente por la calidad del producto, la calidad de suministro y la calidad de servicio comercial, entregado a sus distintos usuarios y clientes.

v) Calidad del producto: componente de la calidad de servicio que permite calificar el producto entregado por los distintos agentes del sistema eléctrico y que se caracteriza, entre otros, por la magnitud, la frecuencia y la contaminación de la tensión instantánea de suministro.

w) Calidad del suministro: componente de la calidad de servicio que permite calificar el suministro entregado por los distintos agentes del sistema eléctrico y que se caracteriza, entre otros, por la frecuencia, la profundidad y la duración de las interrupciones de suministro.

x) Calidad de servicio comercial: componente de la calidad de servicio que permite calificar la atención comercial prestada por los distintos agentes del sistema eléctrico y que se caracteriza, entre otros, por el plazo de restablecimiento de servicio, la información proporcionada al cliente, la puntualidad en el envío de boletas o facturas y la atención de nuevos suministros".

destacando el acceso abierto a las instalaciones como los casos de expansión obligada del sistema de transmisión.

La ley consagra el principio del acceso abierto para los sistemas de transmisión troncal y de subtransmisión, bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias entre todos los usuarios, a través del pago que legalmente corresponda.

Sin embargo, no contempla la ley cuáles son dichas condiciones y qué medidas legales se deben tomar en caso de que las instalaciones conectadas a las de su propiedad no reúnan las condiciones técnicas apropiadas para la confiabilidad del sistema. Creemos que, necesariamente, ellas deben ser fijadas en el reglamento o los respectivos contratos.

La ley establece que los propietarios de instalaciones de transmisión troncal y de subtransmisión no podrán negar el acceso a ellas por falta de capacidad, sin perjuicio de la facultad del CDEC respectivo de limitar las inyecciones y retiros, para la coordinación del sistema eléctrico, pero en todo caso sin discriminar a los usuarios. Respecto de los sistemas adicionales, sólo se puede negar el servicio cuando no exista capacidad técnica, debiendo darse acceso cuando exista ésta independientemente de la capacidad contratada. Es decir, los contratos celebrados por las empresas de transmisión respecto de instalaciones que formen parte de Sistemas Adicionales serán inoponibles a terceros que deseen acceder a la red, bajo la condición que exista capacidad técnica en dichas instalaciones y siempre que éstas estén sometidas al régimen de acceso abierto, esto es, que hagan uso de las servidumbres del artículo 50 de la Ley Eléctrica.

De lo dicho, podemos destacar que si bien se consagra el acceso abierto en los casos que hemos señalado, éste se hace operativo bajo las siguientes condiciones:

- a) Que se cumplan con las condiciones técnicas y económicas que deberán establecerse,
- b) Debe necesariamente existir previo pago para poder acceder a la red,
- c) En instalaciones que formen parte de Sistemas Adicionales, el acceso abierto rige sólo para aquellas instalaciones que se hayan establecido haciendo uso de las servidumbres a que se refiere el artículo 50, es decir, que se haya obtenido una concesión y se hayan impuesto servidumbres forzadas en predios particulares.

La norma legal básica es:

Artículo 71-5.- "Las instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión de cada sistema eléctrico están sometidas a un régimen de acceso abierto, pudiendo ser utilizadas por terceros bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias entre todos los usuarios, a través del pago de la remuneración del sistema de transmisión que corresponda de acuerdo con las normas de este Título.

En los sistemas adicionales sólo estarán sometidas al régimen de acceso abierto aquellas líneas que hagan uso de las servidumbres a que se refiere el artículo 50 y las que usen bienes nacionales de uso público, como calles y vías públicas, en su trazado. El transporte por estos sistemas se regirá por contratos privados entre partes y conforme a lo dispuesto en las disposiciones legales pertinentes.

Los propietarios de instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión no podrán negar el acceso al servicio de transporte o transmisión a ningún interesado por motivos de capacidad técnica, sin perjuicio de que, en virtud de las facultades que la ley o el reglamento le otorguen al centro de despacho económico de carga, en adelante CDEC, para la operación coordinada del sistema eléctrico, se limiten las inyecciones o retiros sin discriminar a los usuarios.

Los propietarios de las instalaciones de los sistemas adicionales sometidas al régimen de acceso abierto conforme a este artículo no podrán

negar el servicio a ningún interesado cuando exista capacidad técnica de transmisión determinada por el CDEC, independientemente de la capacidad contratada”.

c) La obligación legal de que las empresas que desarrollen actividades de transporte eléctrico con instalaciones de transmisión troncal, sean sociedades anónimas abiertas, de giro exclusivo. El desarrollo de otras actividades sólo puede realizarse por medio de filiales o coligadas, excluyendo expresamente las actividades relacionadas con el giro de generación y distribución de electricidad.

Consecuente con lo anterior, se establecieron limitaciones de propiedad en el sistema de transmisión troncal, a empresas que operen en otras actividades del sistema eléctrico o de usuarios no sometidos a fijación de precios en el sistema de transmisión troncal, los cuales individualmente no pueden superar el 8% de participación o, en caso de participación conjunta de empresas generadoras, distribuidoras y usuarios no sometidos a fijación de precios en el sistema de transmisión troncal, no superar el 40%, lo que se extiende a grupos empresariales o personas jurídicas o naturales que formen parte de empresas de transmisión o tengan acuerdos de actuación conjunta. Estos porcentajes están referidos al valor total de la inversión en el sistema de Transmisión Troncal.

Se exceptúan de las limitaciones señaladas los propietarios de instalaciones del sistema de transmisión troncal construidas con anterioridad a la vigencia de la ley, los que podrán mantener la propiedad de sus instalaciones. Sin perjuicio de lo anterior, ellas también deben separar sus actividades mediante la creación de empresas especiales con este giro exclusivo y lo deben cumplir dentro del plazo de un año, contado desde que la respectiva instalaciones integrada a dicha categoría por el decreto respectivo.

El artículo 7° de la nueva ley, luego de indicar que la distribución de electricidad es servicio público, señala que: “asimismo, es servicio público eléctrico el transporte de electricidad por

sistemas de transmisión troncal y de subtransmisión.

Las empresas operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión troncal deberán estar constituidas como sociedades anónimas abiertas.

Estas sociedades no podrán dedicarse, por sí, ni a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma, el giro de generación o distribución de electricidad.

El desarrollo de otras actividades, que no comprendan las señaladas precedentemente, sólo podrán llevarlas a cabo a través de sociedades anónimas filiales o coligadas.

La participación individual de empresas que operan en cualquier otro segmento del sistema eléctrico, o de los usuarios no sometidos a fijación de precios en el sistema de transmisión troncal, no podrá exceder, directa o indirectamente, del ocho por ciento del valor de inversión total del sistema de transmisión troncal. La participación conjunta de empresas generadoras, distribuidoras y del conjunto de los usuarios no sometidos a fijación de precios, en el sistema de transmisión troncal, no podrá exceder del cuarenta por ciento del valor de inversión total del sistema troncal. Estas limitaciones a la propiedad se extienden a grupos empresariales o personas jurídicas o naturales que formen parte de empresas de transmisión o que tengan acuerdos de actuación conjunta con las empresas transmisoras, generadoras y distribuidoras.

Los propietarios de las instalaciones construidas con anterioridad a que sean definidas como pertenecientes al sistema troncal de acuerdo al artículo 71-2, podrán mantener la propiedad de dichas instalaciones. Respecto de ellos no se aplicarán los límites de propiedad establecidos en el inciso anterior, pudiendo sobrepasar los porcentajes del ocho y cuarenta ya señalados. Sin perjuicio de lo anterior, las instalaciones que se encuentren en esta situación deberán ser consideradas en el cómputo del límite del 40% señalado en el inciso anterior.

En todo caso, los propietarios de dichas instalaciones deberán constituir sociedades de giro

de transmisión en el plazo de un año, contado desde la publicación del decreto que declara la respectiva línea o instalación como troncal, y no podrán participar en la propiedad de ninguna ampliación del sistema troncal respectivo”.

d) Fijación de tarifas. La determinación de los pagos entre empresas se le encarga a la Dirección de Peajes del CDEC respectivo, lo que debiera significar que se cobrará y pagará el 100% del desarrollo y remuneración del sistema de transmisión, de acuerdo al uso esperado del sistema de transmisión, así como del ingreso tarifario esperado por tramo, para cada uno de los siguientes cuatro años, según un Decreto Tarifario preparado por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Las discrepancias o controversias serán resueltas por un Panel de Expertos, al que nos referiremos posteriormente.

Así la tarifa será establecida mediante un procedimiento reglado que establece la ley, con lo cual una relación que estuvo esencialmente regulada por la vía contractual, comienza a estar regida de manera directa por la propia ley. En efecto, será ella y los mecanismos que contempla los que establecerán los elementos esenciales de las relaciones jurídicas entre las partes, sin necesidad imperiosa de contar con un contrato.

Las empresas de transmisión tienen el derecho y el deber (obligación) de cobrar la tarifa o el precio que la ley les asigna. En efecto, estimamos que siendo un servicio público la tarifa no sólo representa un derecho sino que también un deber de cobrarla y percibirla; en tal sentido es irrenunciable, por cuanto la misma no sólo mira al interés particular sino que compromete el interés general plasmado en la continuidad y seguridad del servicio eléctrico.

e) Otra característica propia de los servicios públicos es el imponer la obligación de invertir para proveer el servicio en ciertas condiciones de calidad y continuidad. Con anterioridad a la reforma, como toda empresa

privada, las empresas de transmisión decidían las inversiones cuando vía contratos se obtenían las condiciones que garantizaran razonablemente alguna rentabilidad. La Ley 19.940, como una consecuencia de la obligación de proveer el servicio, impone al prestador del servicio público de la transmisión la obligación de expandir la red de transmisión troncal. En este sentido, le corresponde a la autoridad decidir qué inversiones deben ejecutarse, quiénes las deben ejecutar, cuándo deben estar en servicio y también determinar su rentabilidad. Esta obligación es, sin embargo, bastante cuestionable desde el punto de vista jurídico-constitucional, como se verá al tratar separadamente este tema al referirnos a la expansión del sistema de transmisión. Adicionalmente, un análisis más profundo de la normativa, nos lleva a la conclusión jurídica de que tal obligación en la práctica no es absoluta en el caso de la transmisión.

### III- GARANTÍAS DE PAGO DE LA REMUNERACIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRANSMISIÓN

Como sabemos, las empresas de transmisión, en el antiguo sistema de transmisión no sólo tenían los riesgos propios del negocio sino que muchas veces sufrieron los dañinos efectos de una legislación que si bien era clara en sus fundamentos económicos, fue imprecisa en sus aspectos jurídicos y genérica en sus parámetros, dejando amplio margen a la libertad contractual. Dicha ambigüedad quedó demostrada en los procesos arbitrales que se llevaron a cabo al amparo del artículo 51 G del DFL N°1, de 1982. Dichos tribunales arbitrales que en la inmensa mayoría de los casos respetaron el principio fundamental y esencial que el transmisor tenía derecho a rentar el 100% del AVNR más COyM y que, por lo tanto, fallaron condenando al pago de peajes, lo hicieron aplicando metodologías enteramente diversas unos de otros.

Con la nueva legislación, se confirma y explicita el principio anterior que informa y rige los nuevos cambios legislativos.

En efecto, el mensaje presidencial con el cual se envió el proyecto de ley al Congreso Nacional, es bastante claro en esta materia, y en diversos acápites señala:

“Aunque en teoría esta estructura tarifaria puede parecer apropiada para determinar el monto que cada generador debe pagar al transportista, en la práctica se han presentado innumerables dificultades en su aplicación. Dichas dificultades se refieren, en primer lugar, a la falta de claridad en la definición legal del área de influencia, que ha generado diversas interpretaciones en sucesivos acuerdos de peaje. En segundo término, las negociaciones bilaterales de peajes entre generadores y propietarios de los sistemas de transmisión, mecanismo que la ley privilegia para el establecimiento de los montos de peaje, han terminado por lo general recurriendo a comisiones arbitrales ad hoc, lo que ha generado largos períodos de debate e incertidumbres respecto a los resultados del arbitraje, y, paralelamente, ha derivado en fallos sustancialmente diferentes para similares conjuntos de instalaciones”.

En otros pasajes indica: “Por esta razón, el costo del peaje se ha convertido en un ítem difícil de determinar ex ante para un nuevo inversionista en generación que desea ingresar al sistema, constituyéndose en un factor de riesgo que opera como una barrera a la entrada a la industria de generación”.

Más adelante expresa: “Las tarifas de transmisión serán determinadas por la autoridad y permitirán al propietario del sistema o de la red percibir la anualidad de la inversión más el costo de operación y mantenimiento (CO&M) de las instalaciones existentes y nuevas. Para este efecto el proyecto define los conceptos de VI y Coma, la tasa de descuento que se deberá utilizar y la vida útil de las instalaciones, dependiendo de las características tecnológicas”.

En igual sentido este principio fundamental queda reflejado en varios artículos de la ley N° 19.940.

Así por ejemplo, el artículo 71-6 expresa que “Toda empresa eléctrica que inyecte energía y potencia al sistema eléctrico con plantas de generación propias o contratadas, así como toda empresa eléctrica que efectúe retiros de energía y potencia desde el sistema eléctrico para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, hace uso de aquellas instalaciones del sistema de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión y adicionales que correspondan conforme a los artículos siguientes, y deberá pagar los respectivos costos de transmisión, en la proporción que se determine de acuerdo a las normas de este Título”.

Dicha norma es bastante clara en cuanto: i) establece una presunción de uso del sistema de transmisión por parte de toda empresa eléctrica que inyecte energía así como por parte de toda empresa eléctrica que hace retiros. Dicha presunción es, al menos, una presunción legal, lo que facilita la prueba para el transmisor, siendo de utilidad desde el punto de vista procesal. El uso o no de las instalaciones de transmisión ha sido un tema que tradicionalmente se discutió en prácticamente todos los arbitrajes que se ventilaron al amparo del hoy derogado artículo 51G del DFL N°1, de Minería, de 1982, y ii) expresa la consecuencia natural y obvia que no es otra que quien usa debe pagar los respectivos costos de transmisión.

Otro tanto ocurre con el artículo 71-8 que expresa en su inciso primero: “Las empresas señaladas en el artículo 71-6 deberán pagar a el o los representantes de las empresas propietarias u operadoras del respectivo sistema de transmisión troncal, de los sistemas de subtransmisión y de los sistemas adicionales que correspondan, los costos de transmisión de conformidad con la liquidación que efectúe la Dirección de Peajes del respectivo Centro de Despacho Económico de Carga”.

En otras palabras, las empresas eléctricas deben pagar los costos de transmisión a los propietarios u operadores del sistema de transmisión, sea éste troncal, de subtransmisión o adicional, en conformidad a la liquidación de la Dirección de Peajes.

El inciso segundo de este mismo artículo expresa: "En caso de mora o simple retardo en el pago de las facturas que emitan las empresas de transmisión troncal para el cobro de su remuneración, éstas podrán aplicar sobre los montos adeudados el interés máximo convencional definido en el artículo 6° de la ley N° 18.010, vigente el día del vencimiento de la obligación respectiva".

Inexplicablemente este inciso no incluyó a las empresas propietarias de instalaciones de subtransmisión, la que también ha sido declarada como servicio público, como aquellas que pueden aplicar el interés máximo convencional sobre los montos adeudados, reservando esta facultad sólo a las empresas de transmisión troncal.

Por su parte, el inciso tercero, señala: "Las facturas emitidas por las empresas de transmisión para el cobro de la remuneración del sistema de transmisión, en conformidad a la liquidación señalada en el inciso primero, incluidos los reajustes e intereses, tendrán mérito ejecutivo".

Este inciso, de gran importancia práctica, permitirá a las empresas de transmisión iniciar juicios ejecutivos, invocando como correspondiente título las facturas que emitan. En este caso, el mérito ejecutivo se le asigna a todas las facturas que emitan, independientemente que se trate de la transmisión troncal, de la subtransmisión o de instalaciones de sistemas adicionales. Lo anterior, en el entendido que las facturas son emitidas de acuerdo con la liquidación que haga la respectiva Dirección de Peajes.

Otra norma que nos ilustra en esta materia, es el artículo 71-21 que expresa: "Una vez vencido el período de vigencia del decreto de transmisión troncal, los valores establecidos en él seguirán rigiendo mientras no se dicte el siguiente decreto conforme al procedimiento legal. Dichos valores podrán ser reajustados por las empresas de transmisión troncal, en la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha en que debía expirar el referido decreto, previa publicación en un diario de circulación nacional efectuada con quince días de anticipación.

No obstante lo señalado en el inciso anterior, las empresas de transmisión troncal deberán abonar o cargar a los usuarios del sistema de transmisión, de acuerdo con el procedimiento que establezca el reglamento, las diferencias que se produzcan entre lo efectivamente facturado y lo que corresponda acorde a los valores que en definitiva se establezcan, por todo el período transcurrido entre el día de terminación del cuatrienio a que se refiere el artículo anterior y la fecha de publicación del nuevo decreto.

Las reliquidaciones que sean procedentes serán reajustadas de acuerdo con el interés corriente vigente a la fecha de publicación de los nuevos valores, por todo el período a que se refiere el inciso anterior.

En todo caso, se entenderá que los nuevos valores entrarán en vigencia a contar del vencimiento del cuatrienio para el que se fijaron los valores anteriores".

La existencia de esta norma permite evitar que existan vacíos en los pagos que deben hacer los generadores a los transmisores, al establecer la continuidad de pagos con la extensión de la vigencia del decreto de transmisión troncal, hasta que se dicte el nuevo, sin perjuicio de las reliquidaciones que ordena efectuar.

Por último el artículo 71-29 es bastante ilustrativo y reafirma el principio que hemos venido comentando. En efecto, su inciso primero señala que: "En cada sistema interconectado y en cada tramo, las empresas de transmisión troncal que correspondan deberán recaudar anualmente el valor anual de la transmisión por tramo de las instalaciones existentes, definido en el artículo 71-9. Este valor constituirá el total de su remuneración anual".

Este inciso refleja la obligatoriedad de pago, por una parte, como también la irrenunciabilidad de la remuneración que le corresponde percibir a este especial servicio público, al expresar que "deberán recaudar".

Por su parte, el inciso quinto, refiriéndose a los ingresos tarifarios, explicita que: "El reglamento deberá establecer los mecanismos y procedimientos de reliquidación y ajuste de estos

ingresos tarifarios, de manera de asegurar que la o las empresas de transmisión troncal perciban la remuneración definida en el inciso primero de este artículo y, asimismo, que las empresas propietarias de medios de generación y las que efectúen retiros a que se refiere el artículo 71-8, paguen de acuerdo a los porcentajes de uso señalados en el artículo siguiente”.

Aquí el legislador simplemente fue más directo aún, al mandar al Reglamento que debe dictarse el establecer los mecanismos que aseguren que las empresas de transmisión troncal perciban la totalidad de la remuneración que la ley le ha definido y que los obligados paguen de acuerdo a los porcentajes que les corresponden.

Otros aspectos contenidos en la Ley que se analiza, apuntan en el mismo sentido ya indicado. Así por ejemplo, la Ley Nº 19.940 deroga los artículos 51 al 51 G del DFL Nº 1 de Minería, de 1982, que establecía el régimen de peajes e ingresos tarifarios para sistemas interconectados, el que es reemplazado por un nuevo sistema tarifario regulado por la Ley, que previó un proceso tarifario dirigido por la autoridad y de carácter participativo, aplicable a todos los usuarios de las redes de transmisión, eliminando la contratación bilateral.

Así se modifica una situación de hecho, ya que no existía un procedimiento estándar para la determinación de peajes, lo que generaba un tratamiento distinto para cada usuario y la resolución de conflictos, por medio de arbitrajes, concluía con resultados no concordantes para situaciones similares, creando un alto grado de inseguridad y entorpeciendo el adecuado desarrollo del sistema.

Ahora, tanto la determinación de los precios que se cobran por la utilización de las instalaciones de transmisión y las prorratas que debe pagar cada usuario son definidas por la autoridad y son liquidados por la Dirección de Peajes del respectivo CDEC o, eventualmente, en caso de discrepancia, por el Panel de Expertos, órgano altamente especializado integrado por especialistas en la materia y de reconocido

prestigio, quienes tendrán en sus manos una delicada e importante labor.

En conclusión, no deben quedar dudas en cuanto a que cualquier interpretación de la legislación en el área de transmisión eléctrica no puede prescindir de este principio: las empresas de transmisión deben percibir el 100% de la remuneración que la ley establece para quienes desarrollan dicha actividad.

No obstante lo señalado, a nuestro juicio aún persiste un desequilibrio entre la declaratoria de servicio público y las prerrogativas que se le han otorgado a las empresas de transmisión para cumplir con el servicio.

Con motivo de las Segundas Jornadas de Derecho Eléctrico, señalamos en el año 2002 que el entonces proyecto de ley le imponía a las empresas de transmisión la calidad de servicio público y que ello traía aparejado un conjunto de gravámenes o restricciones incluso a la propiedad. Por lo anterior propusimos que en el proyecto de ley se incorporasen un conjunto de iniciativas, algunas de las cuales fueron incorporadas en definitiva en el texto promulgado. Sin embargo, también dimos cuenta que todas las legislaciones de servicios públicos, tales como la distribución de electricidad, el gas, la telefonía, el agua, entre otras, contemplan la posibilidad de cortar el suministro eléctrico. Por tal razón se propuso que se pudiera entregar esta herramienta, previa autorización de la Superintendencia para casos graves y calificados, pero lamentablemente no se incorporó en forma expresa en el texto de la ley.

En razón de lo señalado, se debe recurrir a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, para que ampare al transmisor en sus derechos y hacer efectiva la garantía o promesa del legislador de recuperar el 100% de la remuneración del transmisor, lo que constituye la esencial y necesaria contrapartida a las obligaciones que se le imponen al servicio público.

#### IV- LA EXPANSIÓN DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y, EN ESPECIAL, DE LA OBLIGACIÓN DE INVERTIR

Antes de entrar al análisis de los temas jurídicos más relevantes, conviene sintetizar apretadamente el proceso previsto en la ley en esta materia.

De acuerdo con el nuevo esquema de tarificación y de expansión del sistema, las instalaciones que forman parte del sistema troncal y del sistema de subtransmisión son establecidas mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, luego de un proceso participativo en que intervienen la Comisión Nacional de Energía, un consultor externo que realiza un estudio de valorización y expansión, las empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras (participantes), los usuarios e instituciones interesadas y, eventualmente, el Panel de Expertos para resolver las diferencias que existan durante el proceso.

El regulador, en uso de las atribuciones que le confiere la ley sobre este servicio público, queda con la posibilidad de imponer las inversiones indispensables para mantener la seguridad del servicio, tratándose de los sistemas de transmisión troncal.

Para la expansión de los sistemas, mediante nuevas inversiones, entre las que se distinguen las ampliaciones y las nuevas obras, se establece que a partir de un estudio de expansión realizado por un Consultor, se realiza el proceso participativo entre la Comisión Nacional de Energía, los participantes, usuarios e instituciones interesadas y, de ser requerido, el Panel de Expertos.

Lo anterior da origen a un informe técnico final de expansión, dictado por la Comisión Nacional de Energía, el que es referencial y que debe ser actualizado año a año por Decreto Supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, con un informe del CDEC respectivo que propone fundadamente a la Comisión Nacional de Energía las obras que deben o no deben iniciarse en el período siguiente, previa consulta a las empresas transmisoras y a los

usuarios de las nuevas inversiones. Finalmente, la CNE presenta a los participantes y usuarios e instituciones interesadas el Plan de Expansión definitivo, que eventualmente puede pasar al Panel de Expertos. Luego, mediante Decreto Supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, se fijan las expansiones del Sistema Troncal para los 12 meses siguientes.

Ahora bien, al momento de distinguir entre “ampliaciones” y “obras nuevas”, y los efectos que cada una de ellas trae consigo, comienzan a aparecer las necesarias precisiones jurídicas.

¿Qué se entiende por obras nuevas? La ley, en su artículo 71-23 señala tres parámetros para que la autoridad a través del decreto respectivo califique las nuevas líneas o subestaciones troncales. Ellos son: i) Magnitud que defina el reglamento, ii) nuevo trazado, y iii) independencia respecto de las líneas troncales existentes.

En caso de nuevas líneas y subestaciones troncales, definidas como tales por el Estudio o Decreto de Expansión, por su magnitud, nuevo trazado e independencia de las líneas troncales existentes, su ejecución y explotación será licitada a una empresa que cumpla las exigencias de la ley. La licitación será resuelta según el valor anual de la transmisión por tramo que oferten las empresas para cada proyecto y sólo considera de manera referencial el VI y COMA definido en el Decreto de Expansión, el cual permanecerá vigente, al igual que su fórmula de indexación, por 5 periodos tarifarios (20 años), luego de los cuales se revisará y actualizará.

La licitación pública internacional de las nuevas instalaciones se realizará conforme a las bases de licitación elaboradas por la Comisión Nacional de Energía. Corresponderá a la Dirección de Peajes del CDEC respectivo, conforme a los plazos y términos establecidos en el Reglamento que debe dictarse al efecto, efectuar la licitación y adjudicar el proyecto. La Comisión Nacional de Energía debe enviar al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción un informe técnico con los

antecedentes que servirán para la dictación del decreto supremo respectivo.

Como se puede apreciar, en el caso de las obras nuevas cada empresa es soberana para decidir si participa o no en el proceso de licitación.

¿Qué se entiende por ampliaciones? No existe una definición sobre el particular en la Ley, pero se entiende que serán aquellas identificadas en el decreto respectivo y que no cumplan con los requisitos de las Obras nuevas. Por oposición se podría señalar que constituye una ampliación aquella obra que está conectada o ligada eléctricamente con una instalación existente, dependiente de la misma, de tamaño o magnitud no muy relevante y que no requiere un nuevo trazado para su establecimiento, es decir, que utiliza normalmente las mismas servidumbres pre-existentes.

Respecto de las ampliaciones, son de responsabilidad de las empresas de transmisión troncal, identificadas en el Decreto de Expansión, las obligadas a efectuarlas y operarlas de acuerdo a la ley. Este derecho-obligación puede ser cedido, pero los cedentes son subsidiariamente responsables del cumplimiento. Sobre esta responsabilidad subsidiaria volveremos más adelante.

Las empresas deben licitar la construcción de las obras a empresas calificadas, a través de procesos de licitación públicos, abiertos, auditables por la SEC y ajustándose al VI referencial señalado en el decreto de expansión respectivo.

Por otra parte, la sanción específica que contempla la legislación en el inciso 7° del artículo 71-22, para el caso que las empresas no cumplan con la obligación antes señalada, es decir, construir las obras de ampliación que se le han asignado en el decreto respectivo, es la pérdida del derecho a ejecutar y explotar dichas obras e instalaciones.

Además, de acuerdo con el artículo 71-33, si hay "retrasos" en la puesta en marcha de las ampliaciones, deben retribuir mensualmente a los propietarios de las centrales generadoras afectadas por un monto equivalente al mayor costo de despacho de generación por congestión.

Desde el punto de vista jurídico es necesario establecer si de verdad existe o no la

obligación de invertir y, en caso afirmativo, cuáles son los efectos o consecuencias, lo que haremos a continuación.

En cuanto a la cesión del derecho a ejecutar y explotar la ampliación:

El artículo 71-22 luego de señalar que las empresas identificadas como responsables de realizar las obras de ampliación del estudio de transmisión troncal, tendrán la obligación de efectuar dichas obras y operarlas, el inciso tercero expresa textualmente:

"La cesión a un tercero por parte de la empresa responsable del derecho a ejecutar y explotar las obras e instalaciones correspondientes a la ampliación, deberá ser previamente informada a la Comisión y a la Superintendencia. La cesionaria deberá reunir los requisitos que fija esta ley para una empresa de transmisión troncal y se subrogará en la obligación de ejecutarlas y explotarlas, en su caso, ajustándose a los plazos, especificaciones y demás obligaciones que establezca el decreto señalado en el artículo 71-27 de esta ley. En caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones de la cesionaria, la cedente será subsidiariamente responsable de todas las indemnizaciones a que diere lugar".

Cabe preguntarse: ¿del incumplimiento de qué obligaciones sería responsable subsidiario el cedente: de la obligación de construir la ampliación o también de la obligación de explotarla de acuerdo con la Ley? El tema no es menor si se piensa que la ley no distingue y que, naturalmente, la explotación de una instalación de este tipo tiene una vida útil cercana a los 30 años. ¿El cedente será responsable de una mala operación de la línea por parte del cesionario? El sentido común señala que la empresa cedente sólo sería responsable de la ejecución del proyecto y su responsabilidad debería cesar una vez que entren en servicio las ampliaciones, porque de otro modo la disposición legal no tendría ningún efecto práctico. Podría darse el caso que junto con la cesión del derecho a ejecutar y explotar la obra, también se transfiera el dominio y en tal caso pensamos que no tendría razón de ser que el propietario primitivo, aquél

que dejó de serlo, continuara con la responsabilidad subsidiaria.

En cuanto a las sanciones: Nos preguntamos ahora: ¿Qué ocurre si la empresa de transmisión a la cual se le asigna la ampliación no cumple? La Ley es bastante clara: pierde el derecho a ejecutar y explotar la instalación. Esa es la sanción y no otra. No pretendemos desconocer el tenor literal de la ley, existe obligación de invertir, porque así lo indica expresamente la ley: las empresas identificadas en el decreto tendrán la obligación de efectuar dichas obras. Sin embargo, los efectos o consecuencias, para el caso de incumplimiento se encuentran limitados, como se ha dicho, a la pérdida del derecho a ejecutarlas. Sabemos que el Derecho sancionatorio, sea éste en sede administrativa o penal, se haya regido por principios específicos que impiden la creación de sanciones diferentes a aquellas que contempló el propio legislador. Mucho menos una norma reglamentaria o una resolución administrativa tendría la capacidad de crear nuevas sanciones, adicionales a las ya señaladas por la ley. Recordamos aquí que el Proyecto de Ley contempló inicialmente que, adicionalmente, la Superintendencia podía imponer sanciones en caso

de este incumplimiento, según los procedimientos de su Ley Orgánica Nº 18.410. Sin embargo, dicha parte fue eliminada de la ley aprobada en definitiva, lo que demuestra la voluntad del legislador, de aminorar la fuerza de esta obligación y la improcedencia de aplicar sanciones por parte de la autoridad por este motivo.<sup>7</sup>

Como en el caso planteado no se ha cedido el derecho, simplemente no aplica la responsabilidad subsidiaria anteriormente referida, porque precisamente está contemplada para el exclusivo caso de la cesión.

A nuestro juicio, las indemnizaciones compensatorias por congestión, previstas en el artículo 71-33 son exclusivas para el caso de los atrasos, lo que implica que expresa o tácitamente la empresa aceptó construir la obra de ampliación, pero no lo hizo en los plazos que el decreto señaló. Por lo tanto, no se aplicaría al caso en que simplemente se deja de construir la obra, por cuanto para ello ya se estableció la sanción específica: pérdida del derecho a construir la obra y a explotarla.

Ahora bien, nos detendremos a analizar su procedencia jurídica, bajo una perspectiva constitucional. En este orden de ideas, podemos señalar que la obligación de invertir tiene los

7 Una sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 26 de febrero 1996, dictada en el rol Nº 244, a propósito del examen de constitucionalidad del proyecto de Ley que modificaba la ley Nº 4.601, Ley de Caza, estableció: "9º Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendo propio del Estado"; 10º. Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta; 11º. Que, en este sentido, ambos principios se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del Nº 3º del artículo 19, de la Carta Fundamental, de acuerdo con los cuales "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado", y "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella."; 12º. Que, de esta forma, la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política; 13º. Que, por otra parte, el artículo 6º de la Carta Fundamental dispone, en su inciso primero que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", obligación que la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, impone específicamente, en su artículo 2º, a todos los órganos de la Administración del Estado; 14º. Que, en consecuencia, el artículo 37 permanente, inciso segundo, del proyecto en análisis, al atribuir competencia al Servicio Agrícola y Ganadero para conocer y sancionar administrativamente no solo "las contravenciones a esta ley", sino también "a su reglamento", resulta contraria a la Constitución Política al vulnerar la reserva legal que las normas constitucionales antes indicadas consagran, en relación con las conductas que pueden ser objeto de sanción; 15º. Que, por tanto, la frase "o a su reglamento" contemplada en el inciso segundo del artículo 37 permanente del proyecto sometido a control, es inconstitucional".

siguientes impactos constitucionales que pueden llegar a constituir infracciones:

#### 1) PODER DEL AUTOGOBERNARSE

De acuerdo con el artículo primero de la carta fundamental, el Estado "reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos". En otras palabras, el Estado tiene la obligación de amparar a los grupos intermedios, y las empresas, como ya sabemos, se encuentran dentro de esa categoría. Por su parte, el Estado tiene el deber de reconocer y amparar al grupo intermedio y lo más importante, es que les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos, es decir, en el caso de la empresa, le garantiza la adecuada autonomía para ejercer el giro. Pues bien, cuando la autoridad pretende establecer una norma que obliga a la empresa privada a invertir cierta cantidad de recursos en un proyecto específico, independientemente de la voluntad de esa empresa, manifestada en los órganos que la ley respectiva establece, está violentándose esta autonomía, que no es otra cosa que el poder de autogobernarse.

#### 2) DERECHO A DESARROLLAR UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA

También formando parte del principio fundamental de la Libertad, el artículo N°19, que establece las garantías constitucionales, en su N°21 consagra el derecho de desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público, la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Este derecho significa en su alcance, en primer lugar, no sólo la posibilidad de ejercer la actividad, sino que también de no ejercerla, lo que los economistas llaman la libertad de entrada o salida de un negocio determinado, que es lo que caracteriza un mercado ideal de competencia perfecta en que no hay barreras a la entrada ni a la salida del negocio, es decir, existe esta libertad

de emprender, y estamos hablando de este derecho garantizado en la Constitución Política de la República. Por lo tanto, una norma que obligue a invertir a una empresa privada, no sólo está lesionando la autonomía que el Estado debe reconocer y amparar, sino que también está lesionando directamente, su derecho de realizar cualquier actividad económica que la Constitución le asegura y le garantiza.

#### 3) LIBERTAD PARA ADQUIRIR EL DOMINIO

En tercer lugar, con relación a este principio, la carta fundamental, también dentro de las garantías que reconoce a las personas naturales o jurídicas, se encuentra, en el número 23 del artículo 19, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho común de todos los hombres, o que deben pertenecer a la nación, y la ley lo declare así. Sabemos que esto es sin perjuicio de lo que disponga la ley, para el caso de la expropiación por ejemplo. Como se deduce de la norma constitucional anteriormente señalada, las personas naturales o jurídicas tienen la libertad, la posibilidad de adquirir el dominio de toda clase de bienes, sean corporales o incorporales, pero esta libertad de adquirir, puede o no ejercerse, de acuerdo a las propias decisiones que adopte la persona, natural o jurídica. En el caso en comento, la ley que obligaría a la empresa de transmisión a invertir, desde un punto de vista estrictamente jurídico, estaría lesionando esta libertad de adquirir o no el dominio, porque se estaría obligando a realizar ciertas obras que pueden pertenecerle una vez que estén ejecutadas y con esto, naturalmente, se estaría también coaccionando a la empresa para adquirir el dominio.

#### 4) DERECHO DE PROPIEDAD

En cuarto lugar, tenemos otra garantía constitucional relacionada con la anterior, y que se refiere al derecho de propiedad. Una vez que se ha ejercido el derecho de adquirir la propiedad, la

constitución asegura el que la persona natural o jurídica se pueda mantener en ese dominio, en conformidad con el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental. Como sabemos, el derecho de propiedad en su acepción más común y universal, de acuerdo con el Código Civil Chileno, incluye la facultad de usar, gozar y disponer de una cosa. Cuando la ley N° 19.940 establece la obligación de ejecutar las ampliaciones a las empresas de transmisión, está abiertamente lesionando esta garantía constitucional del derecho de propiedad, por cuando la estaría obligando a disponer de ciertos recursos que le son propios, que le pertenecen, y de los cuales tienen uso, goce y disposición, no pudiendo excusarse la empresa de utilizarlos para la realización de las obras específicas que la autoridad le señale, sin perjuicio de la cesión del derecho a ejecutarlas y operarlas, porque de todas formas se entiende que puede ser el propietario final y responsable subsidiario.

Recordamos aquí que la misma constitución señala en el inciso tercero del N° 24, que nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad del bien sobre el que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador, es decir requiere una ley y además es necesario el correspondiente pago de la indemnización. Pues bien, como sabemos que los atributos o facultades esenciales del dominio son los que señalamos anteriormente, es decir la facultad de usar, gozar y disponer del bien sobre el cual recae nuestro derecho, naturalmente que se estaría privando a la empresa de transmisión de un atributo esencial como es la facultad de disponer de los recursos o fondos de esa empresa, porque estaría obligada a destinarlos y a usarlos, de cierta forma y para cierto fin determinado por un tercero.

#### 5) OTRAS POSIBLES INFRACCIONES

Otra infracción, relacionada con este punto, es la que contraviene el N°26 del artículo

19 de la carta fundamental, que garantiza la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que este establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. De este modo a nuestro juicio una norma legal de este tipo también es inconstitucional en cuanto afecta al N°26 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980.

Finalmente, también podrían configurarse infracciones a la prohibición de establecer diferencias arbitrarias por parte del legislador o de cualquier otra autoridad, porque lesiona el principio de la igualdad ante la ley y además porque podría estimarse que estaría discriminando respecto de las demás actividades económicas que no tienen esta obligación o carga que implica esta obligatoriedad de invertir. Otro tanto podría señalarse respecto de la prohibición que también establece la carta fundamental, de la no discriminación arbitraria en el trato económico que debe dar el Estado. Lo anterior de acuerdo el artículo 19 N° 2, inciso segundo y N° 22, respectivamente, de la Carta Fundamental.

#### V- ENTE ÚNICO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Con el fin de terminar con la judicialización de los conflictos en temas eléctricos, se establece un mecanismo nuevo, denominado Panel de Expertos, formado por un grupo altamente especializado de profesionales, expertos en el tema, que resolverán los conflictos entre empresas, o entre éstas y la autoridad y las que se susciten al interior de los CDEC, mediante decisiones obligatorias, lo que celebramos con entusiasmo.

Con relación a este nuevo órgano, nos referiremos sólo a ciertos puntos relevantes y abordaremos ciertas dudas que, como toda institución jurídica nueva, nos llama a analizar y reflexionar.

Una materia eminentemente práctica y que una próxima modificación legal debería contemplar es la posibilidad de que existan subrogantes o suplentes de los integrantes, por enfermedad, vacaciones, inhabilidades, impiccancias o recusaciones. Nótese que la ley N° 19.940 no contempló integrantes suplentes que habrían podido salvar este tipo de situaciones.

Especialmente novedosa es la obligación de optar, en determinadas situaciones, por una de las dos posiciones existentes, sin que pueda adoptar valores intermedios, lo que se espera lleve a las empresas a no plantear posiciones extremas y evitar los conflictos. Sin embargo, tal como quedó establecido en la discusión legislativa, no todos los casos permiten optar por dos valores o posiciones, porque las materias discutidas pueden ser de diferente tipo, de carácter técnico normalmente, y puede que no necesariamente se estén discutiendo en forma directa valores, sino que complejas y sutiles materias que no den lugar a optar por dos posiciones.

Muy importante resulta dilucidar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de esta entidad llamada por la ley Panel de Expertos.

En primer lugar, podría sostenerse que no es un tribunal en sentido estricto, ya que no se le otorgó tal carácter y a sus resoluciones no se les atribuye el carácter de sentencia, al menos expresamente. El inciso primero del artículo 73 de la Constitución Política establece clara y sencillamente: "La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley". La propia Corte Suprema, en su oficio N° 2565 de fecha 27

de noviembre de 2003, evacuando su opinión que le fuera requerida por la Cámara de Diputados en relación con el Panel de Expertos, expresó que: "Conforme se desprende de lo establecido en el artículo 74 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 16 de la ley N° 18.918, a la Corte Suprema sólo compete informar en torno a aquellos proyectos que se refieren a la "organización y atribuciones de los tribunales". Más adelante agrega: "En concepto de esta Corte Suprema, el denominado "Panel de Expertos" no es órgano jurisdiccional, en los términos de los Arts. 73 y 74 de la Constitución Política de la República y 5° del Código Orgánico de Tribunales. Al ser así, se estima que no corresponde emitir informe sobre la materia consultada". Lo anterior, sin embargo quedó contradicho con un voto de minoría<sup>8</sup>.

¿Será un servicio público, creado para el cumplimiento de la función administrativa?

La situación no está expresamente considerada en la Ley Eléctrica y de la redacción del artículo 134 no se deducen las características típicas de un servicio público en su sentido orgánico, las que se encuentran fijadas en los artículos 28 y siguientes de la Ley N° 19.653, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En efecto, esta última norma expresa que "los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá

8 El voto de minoría del Ministro señor Juica, es bastante claro en esta materia. Expresa el oficio: "Se previene que el ministro señor Juica, estuvo por informar negativamente el proyecto en cuestión, en lo que dice relación con el "Panel de Expertos" que se establece en el título VI de la Ley General de Servicios Eléctricos, que se pretende incluir en dicho trabajo legislativo.

Tiene para ello presente, que sin perjuicio de señalar dicha normativa que aquel organismo sólo cumple una labor de dictaminar acerca de las discrepancias que se puedan producir con relación a las cuestiones que se enumeran en los N°s 1 al 12 del Art. 130 y a los conflictos que se pueda dar lugar conforme al inciso final, es lo cierto, que conforme a lo que se estipula en el Art. 133 de dicho proyecto, la resolución que el Panel emita es vinculante, o sea, con fuerza obligatoria, para todos los que participen en el procedimiento y además, sin ulterior recurso, poder que sólo es concebible en un órgano de carácter jurisdiccional, para lo cual, la Constitución Política de la República previene claramente que esa facultad le compete sólo al Poder Judicial y, en particular, a los tribunales establecidos en la ley, explícitamente los señalados en el Art. 5 del Código Orgánico de Tribunales.

aplicar...". El elemento ausente en este caso es la supervigilancia o dependencia del Presidente de la República directa o indirectamente a través de algún Ministerio, sin perjuicio que, además, se podría discutir si satisfacen necesidades colectivas. Por lo demás, durante la tramitación de la Ley siempre se pensó en un órgano independiente.

Por lo anterior, sus resoluciones tampoco son un acto administrativo, ya que por definición, el acto administrativo, de acuerdo a la doctrina general y especialmente la chilena, es una declaración de voluntad que emana de la Administración, de la cual forman parte los servicios públicos.

Lo anterior tiene gran importancia en diversos temas, entre ellos, el de computar los plazos que tiene el Panel de Expertos para resolver, así como aquellos establecidos para la actuación de las partes ante el mismo. En efecto, considerando que la ley 19.940 no contempla una norma especial respecto de los plazos, esto es, no indica expresamente si los plazos que ella establece son de días corridos o bien de días hábiles, debemos acudir a las reglas generales. La primera regla que debemos considerar es que no existiendo una norma especial, conforme al artículo 50 del Código Civil, los plazos son de días corridos. No obstante, para los procedimientos judiciales, de acuerdo con los artículos 59 y 66 del Código de Procedimiento Civil, los plazos por regla general son de días hábiles, entendiéndose que no son tales sólo los días domingos y los festivos. En cambio, si se considerara que estamos en presencia de un procedimiento sujeto a la Ley N° 19.880

sobre Procedimiento Administrativo, el cómputo de plazo es de días hábiles según su artículo 25, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, domingos y festivos. Como se puede apreciar existirían a lo menos, tres alternativas distintas de computar los plazos, según el tratamiento que se le dé a este órgano y al procedimiento que se establece en la ley.

Otro de los efectos importantes de la calificación jurídica que se le entregue a este órgano será la manera de exigir el cumplimiento de lo resuelto. Si no se trata de una sentencia judicial en sentido estricto, la decisión no tendrá mérito ejecutivo y tampoco produciría el efecto de cosa juzgada formal, lo que podría prolongar la solución de las divergencias o conflictos. El propio legislador se anticipó al señalar que el Panel de Expertos se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia y que no procederá ninguna clase de recursos, jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o extraordinaria. Como parte del mismo fenómeno es posible discutir si este órgano se encuentra o no sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema referida en el artículo 79 de la Constitución Política y artículo 540 del Código Orgánico de Tribunales, que le corresponde ejercer sobre todos los Tribunales de la República, con las excepciones taxativas que señala la Constitución. De ser afirmativa la respuesta, dejaría abierta la vía del recurso de queja en contra de las decisiones del Panel de Expertos, sin embargo debemos recordar que la

---

En estas condiciones observa el previniente que en realidad el aludido Panel de Expertos, aún cuando debe emitir un dictamen, que conforme al oléxico constituye sólo una "opinión o juicio que se forma, o emite sobre una cosa", al revestirlo la ley del carácter de imperatividad y vinculación para los interesados y órganos públicos, en el fondo le está otorgando también la facultad de conocer y resolver un asunto litigioso que sólo le corresponde al Poder Judicial como claramente lo señala el Art. 73 de la Constitución Política de la República.

La observación efectuada viene también de la discusión parlamentaria suscitada hasta el momento. Así en la página 287 del proyecto, al final del Art. 130 se explica: "Este capítulo y este Artículo específicamente establecen la existencia de una instancia de resolución de conflictos y discrepancias en el sector eléctrico...". Expresiones que denotan claramente la función propia de un tribunal. La misma expresión "solución de conflictos" se repite en el comentario puesto al final de los artículos 131 y 133 del proyecto.

*De este modo, para el previniente este organismo se revestiría, por su poder de conocimiento y decisión en cuestiones que conllevan un conflicto de relevancia jurídica, en una comisión especial prohibida en el N°3 del Art. 19 de la Carta Fundamental y afectaría, de la misma manera, el principio del debido proceso de ley, asegurado también en dicho estatuto constitucional".*

propia Corte Suprema consideró que no se trata de un tribunal.

En nuestra opinión, más allá de su calificación como servicio público o como tribunal propiamente tal, considerando el contenido de las materias que resuelve y el tratamiento que le da la ley a sus decisiones, no cabe duda que se trata de un órgano que ejerce jurisdicción desde el momento que va a resolver contiendas jurídicas entre partes, mediante una decisión o dictamen que tiene carácter vinculante. Dicha resoluciones no pueden ser objeto de los recursos procesales propios de los procedimientos judiciales, pero es perfectamente posible impugnar tales decisiones a través de los recursos de protección o de amparo económico o bien a través de un proceso de nulidad de derecho público ante la justicia ordinaria, por cuanto dicho órgano estará sujeto en todo momento al principio de la legalidad constitucional. Finalmente, no podemos olvidar que siempre estará abierta la posibilidad de recurrir a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para hacer cumplir lo resuelto por el Panel de Expertos, si los tribunales ordinarios no fueren competentes.

En cuanto a su competencia. Nos satisface ver un órgano independiente que resolverá no sólo los conflictos o diferencias que se produzcan con ocasión de los procesos de tarificación sino que además decidirá de dos aspectos adicionales: las divergencias al interior del CDEC y eventualmente, si hay acuerdo, los conflictos entre partes. Respecto de la solución de divergencias que se presenten al interior del CDEC, es el reglamento el que deberá especificar las materias de dicho ámbito que podrán ser conocidas y resueltas por dicho panel. Por razones de independencia y especialidad, nos parece un adelanto importante que sea dicho órgano el que resuelva estas contiendas que son bastante frecuentes, en lugar del Ministro de Economía como lo establecía el reglamento.

En cuanto a la facultad de conocer y pronunciarse de las contiendas entre partes,

lamentamos que el legislador haya exigido que para concurrir al Panel deba existir acuerdo entre las partes. Sobre este punto recordamos que el derogado artículo 51G establecía que para constituir el tribunal arbitral que allí se contemplaba como arbitraje forzoso para resolver toda controversia relativa a servidumbres de paso de electricidad y en especial para determinar el valor de los peajes, cada parte debía designar un árbitro y, entre los árbitros designados por las partes, debían elegir el tercero. En caso de desacuerdo entre ellos el tercero podía ser designado por la justicia ordinaria. Sin embargo, dicha norma no daba competencia expresa a la justicia ordinaria para designar al árbitro de la parte que se negaba a ese nombramiento. Con dicha conducta, quien no deseaba concurrir al arbitraje, se mantenía pasivo en esta obligación, con las consecuentes demoras y perjuicios para la parte que estaba invocando el arbitraje. Por lo dicho, al derogarse el artículo 51G y exigirse el consentimiento de ambas partes en conflicto para poder someter una contienda a la resolución del Panel de Expertos, si cualquiera de ellas no entrega su acuerdo, en la práctica se mantiene este inconveniente de la legislación anterior y en este escenario de negativa de concurrir al Panel, los únicos competentes para conocer de estas materias altamente técnicas serán los tribunales de justicia.

Otra interrogante que surge en relación con su competencia es: ¿Puede el Panel interpretar la ley, en el solo beneficio de ella?, es decir, si acaso puede interpretar la ley en forma declarativa. Todo parece indicar que no. En efecto, no hay norma expresa que así lo autorice e, incluso, al tratar de la posibilidad de recurrir por conflictos entre partes, el N° 11 del artículo 130 expresa que podrá conocer de las discrepancias que las empresas eléctricas tengan entre sí con motivo de la aplicación técnica o económica de la normativa del sector eléctrico, y siempre que de común acuerdo lo sometan a su dictamen.

En cuanto al financiamiento, el artículo 134 de la Ley señala que los costos de

funcionamiento serán de cargo de las empresas eléctricas de generación, transporte y distribución, mediante una prorrata que podrá considerar tanto el valor de sus activos como el número estimado de discrepancias que les afecten y la naturaleza o complejidad de éstas. No obstante, un borrador del Proyecto de Reglamento remitido por el Ministerio de Economía para observaciones de los agentes, en su artículo 11 considera que los costos de funcionamiento del Panel de Expertos serán financiados por una prorrata del valor de los activos de las empresas eléctricas obligadas a financiarlo, sin considerar para nada el número de discrepancias que les afecten o la complejidad de las mismas, lo que esperamos sea corregido en el reglamento que en definitiva se apruebe, porque resulta aconsejable que también se considere este segundo aspecto ya que la experiencia que vaya acumulando el Panel permitirá precisar mejor sus necesidades y los costos asociados.

## SUSPENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Una novedad para nosotros constituye la facultad que la Ley le entregó al Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía para suspender los efectos de la resolución del Panel de Expertos. En efecto, el penúltimo inciso del artículo 133 señala que dicho Ministro puede, con acuerdo del

Consejo Consultivo y mediante resolución exenta fundada, dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación del dictamen, declararlo inaplicable, por el período que determine la misma resolución exenta. El fundamento para declararlo inaplicable es la incompetencia del Panel de Expertos, en palabras de la Ley cuando “se refiera a materias ajenas” a las señaladas en el artículo 130, con excepción de las referidas en el N° 11 de dicho artículo, es decir, de aquellas materias que las partes hubieren sometido de común acuerdo, poniendo a la autoridad administrativa por sobre el Panel en este caso, lo que podría introducir una debilidad al sistema, dependiendo de cómo se use esa facultad. Para resolver este tema de incompetencia, habríamos preferido un tribunal, por ejemplo, el mismo que designó a sus integrantes: el Tribunal de la Libre Competencia.

En fin, estamos frente a una nueva regulación que le impone a todos los agentes: empresas, Panel de Expertos, Comisión Nacional de Energía, Superintendencia de Electricidad y Combustibles y Ministerio de Economía, enormes desafíos para que esta ley, largamente esperada, haga operar adecuadamente el sector eléctrico chileno, tan relevante para Chile. El primero de dichos desafíos es, sin duda, una visión común y una interpretación correcta de ella que sea consistente con los principios inspiradores de esta nueva legislación.