

## LEY ELECTRICA *VERSUS* REGLAMENTO. AMPLIACION ILEGITIMA DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS EN DESMEDRO DE LAS FACULTADES DE LA JUSTICIA ARBITRAL EN SERVIDUMBRES ELECTRICAS Y AREAS DE INFLUENCIA

EUGENIO EVANS ESPÍNEIRA

*Profesor de Derecho Constitucional*

El 10 de septiembre de 1998 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N°. 327 que fijó el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. Esta última se contiene, a su vez, en el Decreto con Fuerza de Ley N°. 1, del Ministerio de Minería de 1982.

El nuevo reglamento llenó un importante vacío en la normativa que regula una fundamental actividad económica para el país, la que ha sido puntal de desarrollo no sólo de la industria eléctrica nacional, sino que, además, de los mercados financieros y bursátiles los cuales han incrementado su presencia y relevancia, en parte, gracias al desarrollo del sector eléctrico.

En efecto, la normativa legal de 1982 era complementada por disposiciones reglamentarias de la década de los 30, la cual por múltiples razones había perdido vigencia y aplicación.

Sin embargo, en muchos aspectos el nuevo reglamento de la ley ha establecido variaciones importantes al sector eléctrico, alterando el marco normativo dispuesto por la ley que pretende ejecutar.

En esta síntesis hemos preferido obviar consideraciones jurídicas y doctrinarias respecto de los límites que la Constitución Política impone a los reglamentos de ejecución.

Hemos preferido centrarnos en la demostración del exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, a propósito de dos artículos que denotan ese defecto de juridicidad.

### AREAS DE INFLUENCIA (EXPLICACIÓN PREVIA)

La industria de la electricidad en Chile se encuentra segmentada en tres actividades: generación, transmisión y distribución.

Uno de los principales objetivos buscados por la actual Ley Eléctrica, y sus modificaciones, ha sido el promover el mayor grado de competencia en aquellos segmentos de la industria de la electricidad en que se dan las condiciones para la existencia de un mercado competitivo. Por las condiciones de organización industrial del mercado de la electricidad de nuestro país, la competencia sólo se ha incorporado a nivel de generación, toda vez que a nivel de transmisión y de distribución, existen sustanciales economías de escala y otras imperfecciones de mercado, que impiden la existencia de un mercado competitivo.

Es decir, si bien a nivel de generación se ha logrado implementar un esquema competitivo, a nivel de transmisión y distribución se opera bajo un esquema de actividad regulada.

En el segmento de la industria que corresponde a la transmisión existe lo que se denomina economías de escala, esto es, que el costo de producción en este caso de transmisión disminuye a medida que se aumenta el volumen de transmisión.

Esto significa que el segmento de la transmisión tiene características de monopolio natural, esto es, existen los incentivos económicos para que, en principio, en una zona geográfica

determinada exista una única empresa de transmisión en lugar de varias empresas que compitan entre ellas. Dadas las características de monopolio que este segmento del sector eléctrico posee, el DFL N°. 1 regula los ingresos de estas empresas a través de establecer criterios para la determinación de los montos de las indemnizaciones que deben pagar las empresas generadoras cuando hacen uso de sus instalaciones de transmisión.

Consciente de esta característica de nuestro sistema de transmisión, la Ley Eléctrica vigente contempló un mecanismo de regulación para asegurar el libre acceso de todos los agentes al sistema de transmisión pagando precios justos por el uso que hacen de las instalaciones de transmisión. Obviamente, dado que el dueño del sistema de transmisión se ve obligado a través de la servidumbre legal a ceder el uso de sus instalaciones a las empresas generadoras, la ley previó la existencia de una indemnización que compensara al dueño de las instalaciones de transmisión por esa cesión. A diferencia de lo que ocurre en las servidumbres tradicionales del derecho civil, la ley reguló las servidumbres no en la forma de un pago único al inicio, sino como un pago periódico que compensara al propietario de las instalaciones por el uso que le estaba cediendo a los generadores.

Si la actividad de transmisión no presentara economías de escala, y tuviese que fijarse un precio por ese uso que le está cediendo al propietario de las centrales generadoras, lo normal sería fijar un precio igual al costo marginal de transmitir electricidad por las instalaciones, que es precisamente el precio de equilibrio que se obtendría en un mercado en competencia perfecta. Ahora bien, como en la actividad de transmisión no se da dicha competencia, sino que se trata de un segmento naturalmente monopolístico, una tarificación puramente marginal no permitiría al propietario de las instalaciones cubrir la totalidad de sus costos, puesto que, precisamente por las economías de escala, el costo marginal de transmisión sería menor que el costo medio total. Consciente de esta circunstancia, la normativa legal dividió esta indemnización periódica que recibe el propietario de los sistemas de transmisión, en dos componentes, uno asociado al costo marginal de transmitir, denominado ingreso tarifario, y otro que busca completar la parte del costo no cubierta por la tarificación marginalista que re-

fleja el ingreso tarifario, permitiendo así que el propietario de las instalaciones de transmisión recupere la totalidad de sus costos. Este segundo objetivo se logra a través de los denominados peajes.

Ahora bien, la ley dividió este componente de peaje en dos elementos denominados peaje básico y peaje adicional. En esencia, la diferencia entre uno y otro radica en que mientras el peaje básico se paga por las instalaciones del área de influencia de cada central, que es independiente de la forma en que se comercializa la potencia y energía de la central en cuestión, el peaje adicional se paga por aquellas instalaciones que se usan cuando la central desea comercializar potencia y energía fuera de los límites de su área de influencia.

Para los efectos anteriores, la Ley Eléctrica chilena definió el concepto de área de influencia para representar aquellas instalaciones de transmisión que son esenciales para los generadores y que por lo tanto deben ser financiadas independientemente de como se comercializa la electricidad, señalando que aquellas instalaciones que quedan dentro del área de influencia deben ser objeto de peaje básico y por lo tanto serán pagadas independientemente de dicha comercialización. Tratándose de instalaciones que quedan fuera del área de influencia, el peaje es adicional y sólo se paga por aquellos que hacen uso efectivo de dichas instalaciones para comercializar potencia y energía fuera de los límites del área de influencia.

Como se verá, la Ley definió el área de influencia en función del concepto de afectación directa y necesaria de las instalaciones por las inyecciones que hagan las centrales generadoras. Si bien este concepto ha presentado problemas de interpretación entre los interesados, todos los esfuerzos para determinarla hasta la fecha se han realizado dentro del ámbito fijado por la ley al definir dicho concepto, ámbito que se ha tenido presente por los Tribunales Arbitrales que han conocido de estas materias. Sin embargo, con la dictación del Reglamento Eléctrico, con el texto que se dio al artículo 84, en relación con el artículo 274 del mismo, se distorsionó absolutamente el concepto de área de influencia establecido en la Ley, puesto que lo que antes tenía cierta racionalidad económica y consistencia con el sistema eléctrico, pasará a regirse por principios totalmente arbitrarios (determinación de la Comisión Nacional de Energía de cuál o cuáles subestaciones van a ser consideradas

como básicas), los que no tienen relación con la afectación directa y necesaria que establece la ley, ni tampoco guardan armonía con criterios económicos racionales.

#### - Los artículos 84 y 274 del Reglamento

Disponen estos preceptos:

*“Artículo 84.- Cada central generadora conectada a un sistema eléctrico, tiene un área de influencia conformada por el conjunto de líneas, subestaciones y demás instalaciones de dicho sistema, directa y necesariamente afectado por la inyección de potencia y energía de dicha central”*

*“Son directa y necesariamente afectadas el conjunto mínimo de instalaciones que permiten conectar una central con la subestación básica de energía más próxima. Para estos efectos, las subestaciones básicas de energía son aquellas definidas en el artículo 274”*

*“Artículo 274.- Para calcular los precios de nudo, la Comisión determinará el precio básico de la energía en una o más subestaciones de referencia, denominadas subestaciones básicas de energía. Ellas corresponderán a las subestaciones en las cuales se calcula el costo marginal esperado de energía del sistema”*

*“Para seleccionar la o las subestaciones en que se calcula el costo marginal esperado del sistema, en la determinación del precio básico se deberán considerar, para todo el período de estudio del Plan de Obras a que se refiere el artículo 272, los siguientes elementos:”*

- a) *La localización de las centrales que operen marginalmente;*
- b) *Los tramos de intercambio, definidos como aquellas partes del sistema de transmisión que presentan flujos esperados de energía con intensidad y duración relevantes en ambos sentidos;*
- c) *Las barras netas de consumo, entendiendo por tales, aquellas en las cuales en condiciones típicas de operación, la demanda supera la oferta local en dicha barra, y*
- d) *La demanda involucrada en la zona donde se ubica la subestación, en relación a la demanda total del sistema.*

#### A) Servidumbres eléctricas

El Capítulo V “De las Servidumbres” del DFL N° 1 de Minería, de 1982, consagra tres clases de servidumbres eléctricas.

Una de estas clases de servidumbres eléctricas es aquella contemplada en el Artículo 51 de la Ley, y que se refiere a servidumbres que gravan a los propietarios de líneas eléctricas, quedando obligados a permitir el uso de sus postes o torres para el establecimiento de otras líneas eléctricas, y el uso adicional de las demás instalaciones necesarias para el paso de energía eléctrica, tales como líneas aéreas o subterráneas, subestaciones y obras anexas.

Como se desprende del citado precepto se trata de una servidumbre legal, impuesta respecto de quienes son titulares de concesiones de líneas de transporte, subestaciones y de servicio público de distribución, que no grava un predio, sino que se ejerce respecto de un concesionario eléctrico, gravando un “uso adicional” al uso que el propietario de las instalaciones gravadas y afectadas hace de las mismas, uso adicional que naturalmente corresponde a un tercero.

#### B) Indemnización por el uso de instalaciones

Al imponer el Artículo 51 de la Ley la servidumbre de paso de energía eléctrica, no estableció el pago anticipado de una indemnización como ocurre en el caso de otras servidumbres que ella contempla, sino que estableció una indemnización en favor del propietario consistente en el derecho a percibir pagos periódicos por el uso de las instalaciones de transmisión afectadas, en los términos que se disponen en los Artículos 51A al 51F.

De acuerdo a las normas del DFL N° 1/82, esta indemnización, que deben pagar las respectivas generadoras, está constituida por el denominado “ingreso tarifario” y por los llamados “peajes básicos” y “peajes adicionales”, según el caso.

Por expresa disposición del artículo 51A de la Ley, tratándose de sistemas eléctricos en los cuales se efectúe la regulación de precio de nudo y no existiendo un acuerdo distinto entre las partes, las servidumbres de paso de energía eléctrica contempladas en el Artículo 51 se rigen, además, por las disposiciones complementarias de los Artículos 51B al 51E de la Ley Eléctrica.

Por su parte, los Artículos 51B y 51E tienen por objeto precisar y regular el derecho a indemnización contemplado en el Artículo 51 en favor del propietario de las instalaciones que soportan el gravamen de paso de energía eléctrica. En estas normas se define un procedimiento para determinar dicha indemnización.

### C) Definición legal de área de influencia

Ahora bien, conforme con los artículos 51B y 51C de la Ley Eléctrica, el eje central del procedimiento para determinar la indemnización lo constituye el concepto de "área de influencia", puesto que los cálculos para determinar el monto a pagar por concepto de peaje básico de una central generadora, se hacen en función de las instalaciones de transmisión que forman parte del área de influencia de la central de que se trate.

Señalan estos artículos:

*"Artículo 51B.— Cuando una central generadora esté conectada a un sistema eléctrico cuyas líneas y subestaciones en el área de influencia de la central pertenezcan a un tercero, se entenderá que el propietario de la central hace uso efectivo de dichas instalaciones, independientemente del lugar y de la forma en que comercializan los aportes de potencia y energía que aquella efectúa y, por consiguiente, debe pagar los correspondientes peajes a su dueño".*

*"Se entenderá por área de influencia el conjunto de líneas, subestaciones y demás instalaciones del sistema eléctrico, directa y necesariamente afectado por la inyección de potencia y energía de una central generadora."*

*"Artículo 51 C.— El uso a que se refiere el artículo anterior da derecho al propietario de las líneas y subestaciones involucradas a percibir una retribución constituida por el ingreso tarifario, el peaje básico y, cuando corresponda, el peaje adicional."*

*"El ingreso tarifario es la cantidad que percibe el propietario de las líneas y subestaciones involucradas por las diferencias que se produzcan en la aplicación de los precios de nudo de electricidad que rijan en los distintos nudos del área de influencia respecto de las inyecciones de potencia y energía, en dichos nudos."*

*"El monto del peaje básico es la cantidad que resulta de sumar las anualidades correspondientes a los costos de operación, de mantención y de inversión en las líneas, subestaciones y demás instalaciones involucradas en un área de influencia, deduciendo el ingreso tarifario anual señalado en el inciso anterior. A este efecto, dicho ingreso se estimará para un período de cinco años, sobre la base de los precios de nudo vigentes a la fecha de determinación del peaje, en condiciones normales de operación esperadas. El peaje básico se pagará a prorrata de la potencia máxima total transitada por todos los usuarios, incluido el dueño de las líneas, subestaciones y demás instalaciones referidas."*

La definición que da la Ley es clara en cuanto a que el único criterio válido para determinar si un conjunto de instalaciones de transmisión forma parte o no del área de influencia de una central, es si las instalaciones de que se trate son directa y necesariamente afectados por la inyección de potencia y energía de una central generadora.

### D) Efectos de la normativa reglamentaria

A pesar de lo enfática de la definición que da el Artículo 51 B de la Ley Eléctrica respecto del concepto de área de influencia, el Reglamento, apartándose radicalmente de la referida definición legal, modificó sustancialmente el concepto de área de influencia, vinculando dicho concepto a elementos totalmente ajenos y que no tienen nada que ver con la afectación directa y necesaria de las instalaciones que exige la ley.

En efecto, el Reglamento, en su artículo 84, luego de señalar que cada central generadora conectada a un sistema eléctrico, tiene un área de influencia conformada por el conjunto de líneas, subestaciones y demás instalaciones de dicho sistema, directa y necesariamente afectado por la inyección de potencia y energía de dicha central, agregó en su inciso segundo que:

*"Son directa y necesariamente afectadas el conjunto mínimo de instalaciones que permiten conectar una central con la subestación básica de energía más próxima. Para estos efectos, las subestaciones básicas de energía son aquellas definidas en el artículo 274".*

Por su parte, el artículo 274 establece un conjunto de elementos que la Comisión Nacional de Energía debe considerar para seleccionar las citadas subestaciones básicas de energía.

Como se aprecia, el Reglamento cambió totalmente el esquema de determinación de peajes establecido en la Ley, por un nuevo procedimiento en que, por un lado, la determinación del área de influencia queda entregada exclusivamente a la Comisión Nacional de Energía, y por el otro lado, pasa a depender de factores definidos con criterios variables e indeterminados, siendo estos absolutamente ajenos a la afectación directa y necesaria que establece la Ley.

Además, cabe afirmar que los criterios que se deben considerar para efectos de la determinación de la ubicación geográfica del precio básico de la energía establecido en el inciso 4 del artículo 99 de la Ley Eléctrica, para efectos de calcular los precios de nudo, materia que el Reglamento eléctrico regula en su artículo 274, no tienen vinculación alguna con los criterios que deben considerarse para definir los límites que deben tener las áreas de influencia de las centrales generadoras.

Pero existe una razón más jurídica que técnica y que hace aún más censurable la nueva reglamentación sobre esta materia.

Para la ley, la forma de resolver las controversias que se susciten entre el dueño de las instalaciones y quien impone un uso adicional de ellas es por medio de un Tribunal Arbitral de expertos, el que conocerá y fallará las materias que la misma ley somete a su conocimiento en caso que el mutuo acuerdo no permita que tales controversias se superen.

Uno de los temas centrales de la jurisdicción arbitral es, precisamente, la determinación de las áreas de influencia de las centrales generadoras, determinación que de un plumazo el reglamento entrega a la apreciación discrecional del administrador de turno.

En un reciente informe evacuado por la Comisión Nacional de Energía a la Corte de Apelaciones de Santiago (Ingreso N°. 1888-99-Recurso de Protección Transelec S.A. con Comisión Nacional de Energía), se sostuvo por ese organismo que "Para dar mayor fluidez y transparencia al proceso de determinación de

peajes, el Reglamento Eléctrico establece ciertas normas complementarias". A reglón seguido transcribe los artículos 84 y 274 y continúa: "El Reglamento, entonces, permite dilucidar el tema de las áreas de influencia, quedando estas determinadas para cada central generadora, por las instalaciones que permitan conectar dicha central con la subestación básica de energía más próxima. Esta subestación será la que determine la CNE como punto de referencia para el cálculo del precio básico de la energía en las correspondientes fijaciones de precios de nudo".

Tales afirmaciones cabe contrastarlas con una realidad, por decir lo menos, elemental. Tal es que no puede darse mayor eficacia y transparencia a los interesados en esta clase de servidumbres que aquella que otorga un Tribunal Arbitral, el que tiene por atributos fundamentales la tecnicidad e imparcialidad.

Luego, ¿a cuánto se reduce el ámbito jurisdiccional del Tribunal Arbitral, si es que la materia más relevante es decidida, por mandato del reglamento, en una personal apreciación del funcionario administrativo?

Cabe señalar que la Ley Eléctrica en el artículo 51 G describe el marco en que ese Tribunal ejerce su jurisdicción y señala que "*toda controversia* que surja entre el propietario de las líneas y subestaciones involucradas y cualquier interesado en constituir una servidumbre o quien hace uso de ellas, o entre estos últimos entre sí, relacionada con servidumbre de paso de energía eléctrica y, *en particular*, las dificultades o desacuerdos referidos a la constitución, determinación del monto de peajes y sus reajustes....serán resueltas por un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros arbitradores...".

Es decir, si la determinación del monto de los peajes es de conocimiento del tribunal que establece la ley y tales peajes dicen directa relación con las áreas de influencia, vale preguntarse cómo se permite el Reglamento cambiar la entidad que debe definir la extensión de tal área, entregándosele a la discrecionalidad del funcionario público en desmedro de la certeza e imparcialidad que puede proporcionar un Tribunal Arbitral.