

REGIMEN JURIDICO DE LA ENERGIA ELECTRICA. ASPECTOS GENERALES Y PROBLEMAS ACTUALES

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Profesor de Derecho Administrativo Económico
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN: *En el presente estudio ofrezco el desarrollo de algunos aspectos generales relacionados con el sector eléctrico, normado por el vigente Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de Minería, de 1982, y complementando, en cuanto a su órgano regulador, por la Ley Nº 18.410, de 1985. Expongo en este trabajo algunos antecedentes relativos al sector eléctrico, sobre sus características generales y de los subsectores de generación, del transporte y de la distribución de energía eléctrica; se ofrece un breve recorrido de las bases históricas de los textos legislativos vigentes relativos al sector eléctrico en general y a los problemas actuales a que dedico este y otros estudios sobre el tema. Expongo especialmente el carácter y situación jurídica actual del "servicio público" eléctrico, su publicación y regulación, y sus últimas modificaciones legislativas, de 1999, y las posibilidades reales de que los privados puedan obtener los títulos concesionales.*

SUMARIO: *INTRODUCCIÓN: Características del sector eléctrico y, en especial, del transporte y de la distribución. I/ HISTORIA LEGISLATIVA Y PROBLEMAS ACTUALES DEL SECTOR ELÉCTRICO. A) Evolución legislativa en materia eléctrica. 1.- Primera Ley general eléctrica: DFL Nº 252, de 1925. 2.- Segunda Ley general eléctrica: DFL Nº 244, de 1931. 3.- Tercera Ley general eléctrica: DFL Nº 4, de 1959. B) Actual institucionalidad eléctrica. Políticas y legislación vigente. 1.- Institucionalidad, a partir de 1980. 2. Cuarta Ley general eléctrica: DFL Nº 1, de 1982. 3.- Algunos problemas actuales del transporte y de la distribución de energía eléctrica. 4.- Modificación del marco regulatorio del sector eléctrico, en 1998 y 1999. II/ SERVICIO PÚBLICO ELÉCTRICO Y TÉCNICA CONCESIONAL. A) La publicatio como técnica de intervención en materia eléctrica. 1. Servicio público y electricidad. 2.- Publicatio parcial del servicio eléctrico en Chile. 3.- El servicio de distribución de energía eléctrica. 4.- Los servicios de generación y de transporte de energía eléctrica. B) Técnica concesional y derecho a ser concesionario eléctrico. 1.- La concesión eléctrica está dirigida a ampliar la esfera jurídica de los privados que la obtengan. 2.- Todo petionario de concesión eléctrica tiene la libertad, constitucionalmente garantizada, para acceder, en su caso, a la distribución o al transporte de energía eléctrica. CONCLUSIONES.*

INTRODUCCIÓN: *Características generales del sector eléctrico*¹.

En el proceso que permite disponer de la electricidad como energía útil en los centros de

¹ Sobre el tema, son complementarios los siguientes trabajos del autor: *La concesión eléctrica: procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público*, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21 n° 3 (1994), pp. 463-508 [en la nota inicial de tal trabajo de 1994, en p. 464, anuncio la publicación del actual trabajo, que recién ahora aparece,

con las actualizaciones del caso]; *Conflictos entre concesionarios eléctricos y concesionarios mineros*, en *Revista de Derecho de Minas*, vol. V (1994), pp. 79-84; *Constitución de servidumbres a favor de instalaciones eléctricas*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 n° 2 (1998), pp. 329-355.

consumo se distinguen tres actividades: generación o producción, transmisión o transporte y distribución².

Los sistemas eléctricos permiten ejecutar estas actividades en forma simultánea, asegurando el necesario ajuste instantáneo entre producción y consumo, ya que con las actuales tecnologías es comercialmente imposible almacenar la electricidad como tal en grandes cantidades³; simultaneidad esta que influye en las características de la regulación jurídica del uso de la energía eléctrica.

Aun cuando en Chile la legislación no impide la integración vertical, las actividades de generación y transmisión son ejercidas por empresas eléctricas distintas de aquellas que efectúan la distribución⁴.

En palabras simples, consiste la *generación* en la producción de energía eléctrica a partir de los recursos hidráulicos, en el caso de las centrales hidroeléctricas; y petróleo, carbón o gas, en el caso de las centrales termoeléctricas; consiste el *transporte* de energía eléctrica en su transmisión a través de líneas o conductores físicos de alta tensión, desde las centrales generadoras pasando por terrenos públicos y privados, ríos, caminos y todo accidente geográfico intermedio hasta las subestaciones de transformación que reducen el voltaje de la corriente eléctrica. Consiste la *distribución* en la conducción del fluido a tensión reducida, desde las subestaciones transformadoras hasta los lugares de consumo; la distribución permite llevar energía eléctrica desde líneas aéreas y subterráneas, extendidas a lo largo de calles y caminos, hasta los empalmes de los consumidores.

Entre todas las características institucionales propias del sector eléctrico⁵, resalta una que es superlativa, y que se manifiesta claramente en la legislación con diferentes matices: su ca-

racterística de "*servicio de extrema necesidad pública*"⁶, o simplemente de *servicio de utilidad pública*. En cuanto al subsector específico de distribución se resalta su condición de monopolio natural, y no legal, en cada área geográfica de concesión⁷, debido a la inconveniencia económica de duplicar o superponer redes de distribución. Esta característica, unida a que el legislador lo considera explícitamente un "servicio público", ha influido notablemente en las regulaciones que la legislación impone a los distribuidores, como, por ejemplo, la obligación de dar suministro eléctrico, con una calidad de servicio adecuada, y que explican varias de sus instituciones. Los otros subsectores (generación y transporte), tienen una condición distinta, lo que se manifestará en características diferentes de regulación.

Las características de la generación, del transporte y de la distribución de energía eléctrica, y su importancia nacional, ha implicado, para el legislador, la creación de ciertas instituciones muy especiales, y su explicación actual, además, está directamente relacionada con las diferentes políticas económicas aplicadas al sector eléctrico en general, las que se exponen a continuación.

I. HISTORIA LEGISLATIVA Y PROBLEMAS ACTUALES DEL SECTOR ELÉCTRICO

A) Evolución legislativa en materia eléctrica

Consignaré aquí una breve evolución legislativa del sector eléctrico, al hilo de la cual destacaré, parcialmente, sólo los aspectos relativos tanto a la generación, distribución y al transporte que destaco como problemas actuales: el procedimiento; la utilización de bienes públicos y privados a través de gravámenes y servidumbres; la relación con los títulos concesionales mineros; y el llamado "fortalecimiento" de la regulación operada en 1999. Por lo tanto, no debe considerarse esta historia legislativa como un análisis completo y global: es sólo un esquema de los principales textos históricos, destacando sólo estos aspectos.

² En la legislación chilena, como se verá, se prefieren estos tres conceptos: "generación", "transporte" y "distribución". El nuevo reglamento del sector agrega, además, el caso de las "subestaciones" (esto es, reducción del voltaje), como objeto separado de concesión.

³ Cfr. Comisión Nacional de Energía *El sector energía en Chile. 4. Electricidad* (Santiago, 1989), p. 89.

⁴ Se exceptúa un caso del extremo sur del país. Cfr. *idem.*, p. 91.

⁵ Véase Instituto de Ingenieros, *Política eléctrica chilena* (Santiago, 1986), pp. 16-18.

⁶ Instituto de Ingenieros, *Política Eléctrica Chilena* (1986) p. 6.

⁷ Cfr. Comisión Nacional de Energía (1989) p. 106; Comisión Nacional de Energía, *El Sector energía* (Santiago, 1993) p. 76; e, Instituto de Ingenieros (1986), p. 17.

El Código Civil nada dijo sobre servidumbres eléctricas, ni sobre electricidad en general, pues en su época (1857) la electricidad se encontraba en estado incipiente, en los laboratorios; luego vendrían las innumerables dificultades de orden administrativo, comercial, civil y penal que planteó al Derecho el descubrimiento de la electricidad⁸. En la ley de 9 de octubre de 1871 encontramos los orígenes de las servidumbres eléctricas, en que se legisló sobre el "paso" de líneas telegráficas. En 1904 se dictó la Ley N° 1665, sobre "Prescripciones para la concesión de permisos para la instalación de empresas eléctricas en la República", la que, básicamente, radicaba en el Presidente de la República la potestad para otorgar concesiones eléctricas y para autorizar la ocupación de bienes nacionales o fiscales con líneas eléctricas. Es, en todo caso, un texto breve y conciso.

Ya luego sería introducida la institución de la servidumbre en las leyes generales eléctricas.

1. Primera Ley general eléctrica: Decreto Ley N° 252, de 1925⁹

Este texto es la primera ley eléctrica que trata la materia con mayor detalle y sistematización¹⁰. Se dicta en un período en que la distribución eléctrica es de exclusiva participación privada, por lo que sus principales disposiciones tienden a posibilitar las acciones de los concesionarios privados.

En cuanto a las materias enunciadas, regula este texto en su Título II las concesiones provisionales y definitivas, entre otros fines, para la distribución y transporte de energía eléctrica, y en su Título III las Servidumbres. Aparecen aquí por primera vez redactadas disposiciones que los textos de las leyes eléctricas posteriores retomarán, modificándolas o complementarán-

dolas, por lo que es especialmente importante conocer su contenido.

a) En cuanto al procedimiento interesa destacar que, al igual que ahora, era necesario acompañar los "planos especiales de servidumbre" en que se especificaban los terrenos que cubrirán las líneas eléctricas (art. 16), agregándose que "al declarar la aprobación de los planos de servidumbre, el Presidente de la República tomará en consideración las observaciones que hubiesen formulado los propietarios del suelo y el informe de la Dirección". Recalco esta disposición, que es el origen de las actuales en esta materia; de lo cual debe recordarse que sólo se refiere el texto a "observaciones" del propietario, lo que en ningún caso da origen a un contencioso; y que esta materia, en ningún caso, retarda el pronunciamiento de la autoridad para otorgar la concesión respectiva.

El decreto de concesión provisional otorgaba un derecho a obtener del juez un "permiso" para realizar "planos y estudios" en propiedades ajenas, gravamen este diferente a una servidumbre, que es la base del actual artículo 21 del DFL N° 1, de 1982. Se establecía, asimismo, un derecho de preferencia para obtener la concesión definitiva, la que hoy ha desaparecido.

b) Interés tiene el título III de esta ley, "De las servidumbres" (arts. 40-59), base de la materia en los posteriores textos eléctricos, hasta hoy. Se destaca, desde este primer texto, el principio de que "la concesión definitiva crea en favor de las empresas concesionarias, las servidumbres (...) de líneas de transporte y distribución de energía eléctrica (...) a que estará sujeta toda heredad, de acuerdo con las disposiciones de esta ley" (art. 40); lo que significaba que las gestiones posteriores (de ocupación del suelo) estaban dirigidas a "hacer efectiva la servidumbre" (art. 54) ya constituida en el decreto de concesión con la aprobación de los planos especiales de servidumbre.

En este tema de las servidumbres cabe consignar que su contenido es similar al actual. Así su artículo 42 (antecedente del vigente artículo 47 del DFL N° 1, de 1982) señalaba que:

"El trazado de las líneas de transporte y distribución de energía y de las líneas telefónicas y telegráficas que servirán de base para establecer las ser-

⁸ Vid.: Pflon, Eustaquio: "El problema jurídico de la electricidad", en *Revista de Derecho y jurisprudencia*, I (1904), p. 138.

⁹ Publicado en el Diario Oficial de 18 de febrero de 1925. Respecto de este Decreto ley se dictó un "Reglamento de concesiones", aprobado por Decreto Supremo N° 2.421, publicado en el Diario Oficial de 17 de diciembre de 1925, base del posterior Reglamento de Concesiones de 1934.

¹⁰ Contemporáneo a esta ley, véase: Benjamín Claro Velasco, *La electricidad ante el Derecho* (Memoria, U. de Chile, 1926) 259 pp.

vidumbres de líneas eléctricas, será indicado en los planos especiales de servidumbres aprobados por el Presidente de la República".

Por otra parte, su artículo 43 (antecedente del actual artículo 50 del DFL N° 1, de 1982) señalaba que:

"La servidumbre de líneas de transporte y distribución de energía eléctrica y de líneas telefónicas y telegráficas crea en favor del concesionario el derecho de tender líneas aéreas sobre propiedades ajenas, de ocupar los terrenos necesarios para el transporte de la energía eléctrica desde la estación generadora o central hasta los lugares de consumo o de aplicación, por medio de postes o de conductos subterráneos, y para ocupar los terrenos necesarios para las subestaciones eléctricas, incluyendo las habitaciones para el personal".

Es relevante el tema de la *posibilidad de ejercicio inmediato de la servidumbre*; en el texto original no era la ley muy explícita, y fue modificada por Decreto Ley N° 622, publicado en el Diario Oficial de 22 de octubre de 1925, y se le agregó el siguiente inciso 3° a este artículo 43:

"Todos los derechos concedidos en el art. 41 y en este, se ejercerán plenamente sin perjuicio de las acciones judiciales que hubiere pendientes"

Esta modificación es el antecedente histórico-legislativo del vigente artículo 59 del en vigor DFL N° 1, de 1982. Es interesante conocer el siguiente comentario de la época sobre este mecanismo legislativo:

"El interesado puede hacer amplio uso de su derecho, aun en el caso de juicio que estuviere pendiente, quedando, naturalmente, afecto a sus resultas. Con esta disposición se evitan demoras y paralización de las obras por acciones de los propietarios vecinos que miren con malos ojos la erección de las obras en su predio.

Si la ley entera fuera poco liberal en sus disposiciones, este solo artículo, cuyas disposiciones hemos estudiado, bastaría para hacer desaparecer esta apreciación. Se dan con él las más amplias facilidades para el establecimiento y explotación de las concesiones eléctricas y será sin duda una palanca po-

*derosa que impulsará grandemente a la industria de la electricidad"*¹¹.

c) En cuanto al uso de terrenos fiscales se dejaba esto para concesión especial del Presidente de la República (art. 22).

Encuétrase aquí, en todo caso, el molde básico para la legislación posterior, que siempre se planteará como una mera modificación del texto anterior.

2. Segunda Ley general eléctrica: DFL N° 244, de 1931¹²

Bajo el mismo esquema exclusivamente privado anterior, se dictó la segunda ley general de servicios eléctricos en 1931, la que, en las materias que aquí interesa, siguió en lo medular la ley anterior¹³.

a) Sigue haciendo explícito, desde un inicio, al igual que la ley anterior, que regulaba esta ley las concesiones para el establecimiento de líneas de transporte y de distribución y las servidumbres a que están sujetas las propiedades para construcción y el establecimiento y servicio de líneas aéreas y subterráneas de transporte y distribución de energía eléctrica (art. 1° letras f), g) y n)). Así, se regulan las concesiones provisionales y definitivas, de manera similar al texto anterior.

b) En el tema de las servidumbres es relevante el perfeccionamiento de la legislación anterior en cuanto a la posibilidad de ocupar prontamente el terreno que sufre la servidumbre, y esta materia recibe una redacción que, en sustancia, no se modificaría hasta el día de hoy.

¹¹ Claro Velasco, *La electricidad*, cit., p. 112.

¹² Publicado en el Diario Oficial de 30 de mayo de 1931. Durante su vigencia se dictó el Reglamento de Concesiones, aprobado por Decreto Supremo N° 385, de 1934 que, en lo no derogado tácitamente, rige hasta hoy.

¹³ Son contemporáneos a esta ley el comentario sobre servidumbres contenido en: Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, 1935), T. 9, De los bienes, vol. IV, pp. 270-278, y el mejor trabajo sobre Derecho de la electricidad que se ha producido en Chile, de José Miguel Seguel C., *La Industria eléctrica ante la legislación chilena*, (Santiago, 1941) 437 pp.

Aparece en este texto, como artículo 79, una disposición que señala que "los derechos concedidos en los artículos (...) 68 (para las servidumbres de líneas de transporte y distribución) se ejercerán plenamente, sin perjuicio de las acciones judiciales que hubieren pendientes", que corresponde a la modificación introducida en el texto anterior, y que aparece ahora como disposición independiente, dirigida a regular el ejercicio de la servidumbre y para ocupar plenamente el terreno.

Se establece, por primera vez, una forma de fijación de la indemnización, a través de una *Comisión de Hombres Buenos* (art. 82 y ss.).

Aparecen igualmente en este texto, por vez primera, las servidumbres temporales para caminos provisorios y otros servicios, y para la postación; estos textos constituyen los antecedentes de los actuales textos contenidos en el DFL N° 1, de 1982.

En fin, aparece igualmente señalado en este texto el procedimiento (juicio sumario) que regirá tanto en los reclamos de los avalúos, como toda otra cuestión que se suscite en relación a las servidumbres.

Las disposiciones de este cuerpo legal, en esta materia de las *servidumbres*, son sustantivamente similares a las actuales. Esto reviste importancia en cuanto a los principios aquí señalados; en cuanto a la jurisprudencia y aplicación práctica de estos textos; y, en fin, en cuanto a la validez de las disposiciones del Reglamento de Concesiones, de 1934, que se dictó respecto de esta ley, y que aún no es derogado expresamente, reglamento este, entonces, que es aplicable, en lo procedente, respecto de la ley vigente hoy en día.

c) Se reitera el principio que el uso de los terrenos fiscales necesarios dependía de una concesión especial del Presidente (art. 10); lo cual era regulado ahora con mayor detalle, pero siempre dependiendo de tal concesión especial.

d) Se infiltra una ambigüedad, que se trasladará a los textos de 1959 y de 1982. En efecto, los nuevos textos relativos a la Comisión de Hombres Buenos señalan que la copia del avalúo respectivo "servirá para obtener la posesión material de los terrenos" (actual art. 66 del DFL N° 1, de 1982); lo que podría haber sido inter-

pretado como un debilitamiento de la posibilidad de "ejercer plenamente" las servidumbres (como lo dice igualmente el actual art. 59 del DFL, N° 1 de 1982). Pero la ya expuesta historia legislativa de este mecanismo impide pensar que sólo se podrá ocupar el terreno luego del avalúo de la Comisión, sino a partir del momento en que la concesión está constituida se podrá ejercer "plenamente" tal derecho.

De esta ley de 1931 aparece claro, a mi juicio: (1°) el carácter exclusivamente administrativo del procedimiento, pues sólo se consideran las "observaciones" de los propietarios del suelo, sin forma de juicio (art. 32 inciso 3°); y (2°) el ánimo de perfeccionar el sistema de servidumbres, posibilitando una pronta ocupación de los terrenos privados, dejándose para una instancia posterior el contencioso indemnizatorio, que no paraliza la inmediata ocupación del suelo.

3. Tercera Ley general eléctrica: DFL N° 4, de 1959¹⁴

Esta ley se dicta en medio de un ambiente político-económico diverso a las anteriores, pues se caracterizó esta época por una creciente participación empresarial del Estado en el sector eléctrico. Esta ley de 1959 mantuvo la estructura de las leyes de 1925 y 1931, y en cuanto a los temas que interesan a este Informe su variación es mínima, y en su gran parte reiteran los principios y disposiciones anteriores, salvo en los aspectos relevantes que mencionaré¹⁵.

a) Aparece por primera vez un importante principio, que variaba la situación anterior, y que va a ser reiterado en la legislación posterior (de 1982), y es el relativo al uso de terrenos públicos, para todo tipo de concesión eléctrica. Señaló el artículo 19 de tal ley lo siguiente:

¹⁴ Publicado en el Diario Oficial de 31 de agosto de 1959.

¹⁵ Son contemporáneos a la vigencia de esta ley los siguientes trabajos generales: Gonzalo Aspillaga Herrera, *La concesión de servicio público eléctrico* (Memoria, U. de Chile, 1965) 152 pp.; Luis Iván Torrealba Acevedo, *Régimen Jurídico de las concesiones de servicio público eléctrico* (Memoria, U. de Chile, 1969) 118 pp.; y René Crespo Plaza, *La electricidad en la legislación y en el desarrollo económico de Chile* (Memoria, U. de Chile, 1979) 293 pp.

"La concesión comprende el derecho a tender líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público. Comprende, asimismo, el derecho de ubicar en dichos bienes, transformadores aéreos o subterráneos para la operación de las líneas.

Estos derechos se ejercerán de modo que no se perjudique el uso principal de los bienes nacionales ocupados, y se cumplan los reglamentos y disposiciones de policía y seguridad que correspondan, vigentes o que se dicten en el futuro".

Agrega el DFL N° 4, de 1959, en su artículo 20 que:

"La concesión comprende también el derecho de atravesar con las obras y líneas los bienes nacionales de uso público, vías férreas, canales, acueductos, andariveles, puentes y otras líneas eléctricas, con las mismas limitaciones del artículo anterior".

Estos preceptos son el origen de las actuales normas establecidas, respectivamente, en los artículos 16 y 54 del DFL N° 1 de 1982.

Establécese, asimismo, en el artículo 21 de esta ley de 1959, el principio *salve iure tertii*, al señalar que "las concesiones se otorgarán sin perjuicio de derecho de tercero legalmente establecido".

b) En materia de *servidumbres*, las disposiciones son continuación del esquema sustantivo de la ley de 1931, salvo algunos aspectos. En primer lugar, reaparece con nitidez la vinculación de los "planos especiales de *servidumbres*", con la constitución de las misma al señalar en su artículo 83 (antecedente del vigente artículo 47 del DFL N° 1, de 1982) que "Todas las *servidumbres* que señalen los decretos de concesiones eléctricas definitivas, se establecerán en conformidad con los planos especiales de *servidumbres* que haya aprobado el Presidente de la República". Además, se explicitan los lugares en los cuales existirá prohibición de *servidumbres* o limitaciones (edificios, huertos y otros: art. 91, antecedente del vigente artículo 53 del DFL N° 1, de 1982). En lo demás, salvo detalles sin trascendencia, se sigue el texto de 1931.

B) Actual institucionalidad eléctrica. Políticas y legislación vigente

1. Institucionalidad, a partir de 1980¹⁶

A partir de 1980 se comenzó a aplicar una nueva política en el sector eléctrico, con el objetivo de revertir la situación anterior de preponderancia estatal, y de otorgarle una participación significativa a la iniciativa privada. El Estado, en su función subsidiaria, en todo caso mantendría su rol normativo y regulador.

Los objetivos de estas nuevas políticas estaban dirigidos a dotar de mayor eficiencia al sector eléctrico, y a dejar al mercado como herramienta de asignación de los recursos; esto fue aplicado plenamente en el caso del transporte de la energía eléctrica; no obstante, en aquellos casos como la distribución en que no podía operar completamente el mercado, se idearon modelos matemáticos.

Como ocurre en todo orden de materias en que es necesario una importante inversión de capitales privados, fue objetivo de tal política económica, aún vigente en el sector, el crear una institucionalidad *clara y objetiva*. En el área de distribución, por ser un área de características monopólicas, se explicitaron reglas del juego objetivas y eficientes para la regulación, con un régimen claro de *obligaciones y derechos* de los concesionarios, los cuales se contrapesan armónicamente¹⁷.

En forma resumida, los objetivos de la ley eléctrica aprobada en 1982 son los siguientes:

a) En armonía con el sistema económico general, se deseaba "establecer un conjunto de reglas del juego lo más claras y objetivas posibles, que constituyan el marco adecuado para la instalación y funcionamiento de las empresas eléctricas. Ello con

¹⁶ Sobre la nueva institucionalidad eléctrica, véase, en general: S. Bernstein y R. Agurto. *Sector electricidad*, en: Larroulet, Cristián (ed.), *Soluciones privadas a problemas públicos* (Santiago, 1991); Daniel Wisecarver, *Regulación y desregulación en Chile: Septiembre de 1973 a septiembre de 1983*, en "Estudios Públicos", N° 22 (1986) pp. 145-150; las publicaciones de la Comisión Nacional de Energía, de 1989 y 1993, citadas; y, últimamente, Buchi Buc, Hernán, *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica* (Bogotá, Norma, 1993), p. 8C.

¹⁷ Véase: CNE (1989) pp. 336-337; CNE (1993) pp. 75-76; Instituto de Ingenieros (1986) pp. 25-26.

el propósito de lograr un desarrollo eficiente y estable del sector e incentivar la participación del capital privado".

b) Además, otorgar al Estado los instrumentos de control, de regulación, normativas necesarias y suficientes para un funcionamiento racional del sector; y

c) Desburocratizar el sector, "eliminando controles y regulaciones excesivos que entraban innecesariamente el funcionamiento y desarrollo del sector"¹⁸.

2. Cuarta Ley general eléctrica: el DFL N° 1, de 1982

¿Cómo se cumplieron estos objetivos? Se dictó el DFL N° 1, de 1982, mediante la técnica de acondicionar a estas nuevas políticas la antigua ley eléctrica de 1959, efectuando un texto, cuando fuese necesario, las modificaciones del caso. De tal modo, en sustancia, la nueva ley eléctrica estableció una institucionalidad dirigida a:

a) Permitir el libre acceso de los privados al negocio eléctrico, en especial al de transporte y distribución de energía eléctrica. La vía concesional sólo pasa a ser preceptiva para el servicio público de distribución en áreas de concesión a usuarios finales. Las áreas geográficas de distribución no son monopólicas, sino que permiten el ingreso de otros nuevos titulares (superposición de concesiones), tema este que tiene un claro sustento constitucional, como se verá en su lugar;

b) Las "reglas claras"¹⁹ en este sector las constituyen las disposiciones del DFL N° 1, de 1982, que —como sabemos— en su estructura normativa, es tributaria de la anterior ley eléctrica de 1959.

En cuanto a los temas de procedimiento, servidumbres y ocupación de bienes públicos no se varió sustantivamente la legislación anterior, estableciendo con algunos matices y diferencias de redacción las instituciones anteriores.

3. Algunos problemas actuales de la generación, del transporte y de la distribución de energía eléctrica.

Dentro de estas reglas claras aplicadas en el sector de la energía eléctrica, se debieran entender comprendidos los siguientes objetivos a que se refiere este estudio²⁰:

a) Un procedimiento concesional eficaz y expedito;

b) Un sistema de ocupación oportuno y adecuado del suelo privado y público;

c) Reglas claras respecto de otras titularidades privadas, como por ejemplo las mineras.

a) *El establecimiento de un procedimiento administrativo eléctrico "claro, objetivo y eficiente"*

Este procedimiento debe estar dirigido a posibilitar el acceso expedito y eficaz de los particulares al sector eléctrico; en otras palabras, los agentes económicos que deseen, por ejemplo, distribuir energía eléctrica, debieran encontrar en el Estado las facilidades necesarias para hacer expedita la regulación de este ingreso al sector, mediante una tramitación rápida de las solicitudes respectivas.

La eficacia y desburocratización administrativa es una política del sector, vigente desde

participación de los agentes privados. Segundo, en aquellos aspectos en los que no es posible eliminar la regulación gubernamental, por ejemplo, la fijación de tarifas eléctricas, las reglas que se dictaran deberían ser lo más claras y objetivas que se pudieran. Se dio especial énfasis a la limitación, o mejor aún, a la eliminación de los juicios políticos puramente subjetivos o discriminatorios, privilegiándose así la aplicación de criterios objetivos y generales".

¹⁸ Cfr. CNE (1989) p. 336. Además en Agurto, Bernstein, Mizgier y Valenzuela, *Nueva Ley de servicios eléctricos en Chile*, en: "Ingeniería de Sistemas", vol. IV, N° 2 (1985) pp. 27-36.

¹⁹ Según un analista, Wisecarver, cit., p.149, "en la preparación de la nueva legislación se aplicaron consistentemente dos principios básicos. Primero, en lo máximo posible, la ley da lugar a abrir el sector eléctrico a la

²⁰ Cada uno de estos problemas son desarrollados en los trabajos, complementarios a este, que cito en nota 1. Hay otros problemas actuales de la regulación eléctrica, a los que no me refiero en este trabajo.

1980, que se entiende permanente, y en caso de imperfecciones técnico-legislativos, ella es susceptible de mejoramiento constante, ya sea por la vía de modificaciones legislativas, reglamentaciones o prácticas administrativas expeditas.

Por ejemplo, en caso de existir cualquier entramamiento administrativo actual, en virtud del cual no se cumplan los plazos señalados en la ley (como se estudia en este trabajo), ello debiera ser materia de modificación, lo que no significaría un cambio de política, sino un *perfeccionamiento* de los instrumentos normativos puestos al servicio de esa política.

Creo que debe estudiarse la posibilidad de corregir esta situación. En la actualidad se ha traducido esta problemática en un procedimiento que no siempre es expedito; es necesario verificar el origen de esta falta de expedición, con el objetivo de proponer soluciones al respecto. A pesar de que en la ley vigente se establece para la Administración un plazo de 120 días para decidir el otorgamiento de una concesión, por diferentes razones, ello no se cumple.

Este es un problema actual, que atenta contra la necesaria *agilidad*²¹ del sistema de toma de decisiones tanto privadas como públicas, y uno de los problemas es el cumplimiento de los plazos establecidos por la ley para resolver solicitudes de concesión, y otro, los trámites excesivos a que son sometidos los solicitantes de concesión con motivo de "observaciones" de los propietarios del suelo que se verán afectados con servidumbres.

Es posible que se trate sencillamente de prácticas administrativas que deban corregirse, ya sea por la vía de la instrucción directa de la autoridad, como por la vía reglamentaria. No obstante, si lo que produce este entramamiento son problemas legislativos, se debiera perfeccionar la ley.

b) Claridad, eficacia y oportunidad en la ocupación del suelo privado y público para las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica

En virtud de las características propias del sector, y de la toma de decisiones privadas, existe la necesidad de una pronta ocupación del suelo privado y público para efectuar, primero, estudios y mediciones; y, luego, instalaciones y obras de transporte y de distribución de energía eléctrica. Este tema se relaciona con el sistema de gravámenes y servidumbres actualmente establecido en la ley eléctrica, y su perfeccionamiento. Del mismo modo, se relaciona con el sistema de ocupación de bienes nacionales, que administran las municipalidades, u otros organismos públicos, lo que, en su caso, se debiera perfeccionar.

c) Relación de los concesionarios eléctricos con otras titularidades privadas, como las mineras

El transporte y la distribución cubre con sus instalaciones aéreas geográficas que están o podrían estar cubiertas, además, por títulos mineros. Esta posibilidad se ha presentado en alguna ocasión, y debe verificarse si los problemas conocidos se deben a imperfecciones técnicas de la legislación eléctrica o minera o a una interpretación incorrecta de la mismas.

4. Modificación del marco regulatorio del sector eléctrico, en 1998 y 1999

En el Diario Oficial de 10 de septiembre de 1998 se publicó el Decreto Supremo n° 327, de 1997, de Minería, que "fija el Reglamento de la Ley general de servicios eléctricos", texto que en 330 disposiciones permanentes y en 26 transitorias desarrollan y ejecutan al DLF n° 1, de 1982, reemplazando a la anterior que resultaba "en gran medida, incompleta y, en parte, superada por los avances tecnológicos" (considerando 1° de tal reglamento), texto este que, dada la naturaleza de este trabajo, no se analiza aquí.

Además, con el objeto declarado de "fortalecer el régimen de fiscalización del sector eléctrico", se dictó la Ley n° 19.613, que fue publicada en el Diario Oficial el 8 de junio de 1999, la que introduce modificaciones a la Ley n° 18.410, de 1985, que creó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; y al Decreto con Fuerza de Ley n° 1, de 1982, de Minería, que aprobó el texto de la llamada Ley General de servicios eléctricos.

²¹ Nótese cómo esta expresión, agilizar, es certificada por el DFL N° 1, de 1982, en su art. 26 inciso 3°.

De acuerdo a los antecedentes del proyecto que dio origen a la Ley 19.613 (Boletín n° 2279-08), su objetivo principal fue el fortalecimiento del régimen de fiscalización actualmente vigente para el sector eléctrico, por medio del otorgamiento a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles de instrumentos más eficaces que las actuales para el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras. Además, se señalaba que "al tenor de las experiencias vividas [cortes eléctricos], se ha constatado que la normativa vigente en materia de fiscalización resultó insuficiente". Los objetivos de la modificación legal, básicamente, fueron los siguientes: (1°) aumentar y fortalecer las facultades de fiscalización de la Superintendencia; (2°) aumentar considerablemente el monto de las multas, y modificar el procedimiento de reclamo de las mismas; y, (3°) eliminar la sequía o fallas de centrales eléctricas como causales de fuerza mayor o caso fortuito que posibiliten a las empresas excluirse de los efectos de la dictación de decretos de racionamiento. Ambos objetivos se lograron modificando el DFL n° 1, de 1981, y la Ley 18.410, de 1985.

Antes de su aprobación definitiva, la Cámara de Diputados sometió el proyecto a conocimiento del Tribunal Constitucional, el que se pronunció sobre diversos aspectos del mismo, por sentencia de 27 de mayo de 1999²².

A) Principales modificaciones a la Ley 18.410, de 1985

El texto original de esta ley, dictada en 1985, contiene el estatuto por el cual se rige el organismo regulador del área: la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Establece su naturaleza, objetivos y funciones; su organización, personal y patrimonio; y una tipificación de conductas sancionables, junto al procedimiento y multas respectivas. Entre las modificaciones más relevantes, es posible consignar las siguientes:

a) Se otorga a la Superintendencia la facultad de aplicar e interpretar administrativamente

las disposiciones legales y reglamentarias, cuyo cumplimiento le corresponde vigilar (art. 3, n° 34), facultad esta que es de esperar no origine abusos y doctrinas jurisprudenciales administrativas difícilmente controlables por una jurisprudencia judicial a veces demasiado sumisa a estos organismos regulatorios del Estado.

b) Se amplía la facultad de la Superintendencia para examinar los costos de explotación y el valor nuevo de reemplazo (VNR) de las empresas de distribución; pudiendo incluso requerir información acerca de sus ingresos de explotación mensuales (art. 3 n° 21), lo que podrá introducir al organismo regulador en los aspectos financieros y de liquidez de estas empresas, con todo lo que ello conlleva. Esto puede ampliarse a otras personas, las que sólo podrán excusarse invocando una norma sobre secreto; todas las cuales quedan obligadas, además, a informar sobre hechos esenciales (nuevo art. 3A). Se considera esencial todo hecho que pueda afectar gravemente la continuidad, calidad, regularidad y seguridad de los servicios eléctricos, de gas o de combustibles, para un número de usuarios igual o superior al 5% de los usuarios atendidos por la informante. Su no cumplimiento será sancionado.

c) La Superintendencia puede ordenar auditorías, por un auditor aprobado por ella, para verificar la veracidad y exactitud de las informaciones (art. 3B nuevo).

d) La Superintendencia podrá citar a ejecutivos, asesores y dependientes de las empresas a prestar declaraciones, y ordenar arresto, a través de un juez, en caso de no concurrencia (art. 3C nuevo).

e) Se establece una clasificación de las infracciones que pueden cometer las empresas: gravísimas, graves y leves. La ley describe las dos primeras, dejando a la última como residual, para cualquier infracción. Las sanciones que puede aplicar la Superintendencia van desde las simples amonestaciones; multas, las que se establecen en unos montos altísimos (desde 1 UTM hasta 10.000 UTA); el comiso, o incluso la caducidad de la concesión (arts. 15 y 16).

²² Ver texto de la sentencia y de sus antecedentes, en "Revista Chilena de Derecho", vol. 26 n° 2 (1999), pp. 517-525; y comentario de Eugenio Evans Espiñeira, *Sanciones administrativas y acceso a la justicia. Apuntes sobre una sentencia del Tribunal Constitucional*, *idem.*, pp. 517-521.

f) Se establece la compensación a los usuarios en el caso de interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica, cuando ello no esté autorizado, y sin perjuicio de las sanciones correspondientes. La compensación consiste en el doble de la energía no suministrada, a costo de racionamiento; combinando además mecanismos de compensación en las facturaciones inmediatas del usuario.

g) Se establecen reglas especiales para el procedimiento de reclamación en contra de la Superintendencia por las sanciones que aplique (art. 18A nuevo); un recurso de reposición y un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva. En este último caso se incorporan algunas figuras novedosas y de dudosa legitimidad jurídica: la necesidad de consignar previamente en caso de multa, el 25% de esta; y la improcedencia de que la justicia pueda suspender la medida aplicada por la Administración, cuando tal suspensión "pueda afectar la calidad del servicio, la continuidad del mismo o la seguridad de las personas". Lo cual, sin perjuicio del pronunciamiento que al respecto hubo del Tribunal Constitucional, debería ser revisado por el Tribunal de Inaplicabilidad (Pleno de la Corte Suprema), a la luz de la Constitución, y de las facultades de los Tribunales.

B) Principales modificaciones al DFL n° 1, de 1981

a) Se introducen modificaciones de técnica legislativa, excluyendo de este cuerpo legal mandatos explícitos sobre facultades de la Superintendencia, los que quedaron reunidos ahora en la Ley n° 18.410.

b) La más relevante de las modificaciones es el nuevo texto del art. 99 bis. Según el cual, en caso de prolongarse o proyectarse fundamentalmente un déficit de generación en un sistema eléctrico, a consecuencia de fallas prolongadas de centrales eléctricas o de situaciones de sequía, el Ministerio de Economía, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, podrá establecer, mediante decreto, el racionamiento de energía eléctrica.

Se señala igualmente en el nuevo 99 bis que las empresas generadoras quedarán obli-

gadas a pagar a sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precios, cada KWH de déficit que los haya afectado, determinado sobre la base de sus consumos normales, a un valor igual a la diferencia entre el costo de racionamiento y el precio básico de la energía. Agregando la ley que, a partir de ahora, las situaciones de sequía o las fallas de centrales eléctricas en ningún caso podrán ser consideradas como fuerza mayor o caso fortuito.

En suma, es este el contenido de las disposiciones más relevantes incorporadas por la Ley n° 19.613 al marco regulatorio de la producción, transporte y distribución de energía eléctrica, el que dado su contenido es esperable que origine variados pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales. En todo caso, el primer pronunciamiento jurisprudencial [del Tribunal Constitucional] a que dio lugar esta ley, en su etapa parlamentaria, ya ha resultado polémico.

II. SERVICIO PÚBLICO ELÉCTRICO Y TÉCNICA CONCESIONAL

Para comprender la situación jurídica del "servicio público" eléctrico, es necesario, previamente, describir las conexiones de la actividad eléctrica con las potestades de intervención de la Administración, y, en especial, la función que le corresponde, en su caso, a la técnica puesta al servicio de esta intervención: la técnica concesional (A). Se ofrece, además, una descripción de la posición de los agentes económicos, ya generadores, ya distribuidores, ya transportadores de energía eléctrica, ante la técnica concesional hoy vigente, y de la necesidad y consecuencias de recurrir a tal técnica (B).

A) La *publicatio* como técnica de intervención en materia eléctrica²³

1. Servicio público y electricidad

El *servicio público*, en derecho, es antes que nada una técnica de intervención. Por lo tanto,

²³ Este párrafo, y otros, los extraigo en parte, de un trabajo anterior, republicado como capítulo 11 de mi: *Derecho de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), tomo 2, pp. 421 y siguientes.

existiendo, como veremos, una fórmula concesional para la distribución de energía eléctrica, es inevitable una referencia a lo que sea el servicio público. Servirá para diferenciar la condición de aquellas actividades eléctricas que no ostentan tal calidad, como la generación y el transporte de energía eléctrica.

¿Cómo opera jurídicamente la *publicatio*²⁴? A priori, debe aceptarse que no existen servicios públicos por naturaleza, es decir, ninguna actividad humana es en sí misma pública o privada, salvo la actividad fundamental de ordenar la comunidad hacia el bien común.

Sin recurrir a antecedentes históricos²⁵ en nuestras sociedades, y en especial en la chilena, a partir de la primera mitad de este siglo se desplazaron sobre el Estado tareas y responsabilidades hasta entonces inexistentes, pues parecía difícil pensar que actividades como los grandes abastecimientos (como es el caso de la *electricidad*) pudiesen no estar asumidos y organizados bajo la dirección del Estado.

La consecuencia de todos estos cambios sociales fue la inevitable *publicatio* de muchas actividades, y entre estas el "clásico" *servicio público de la electricidad*, lo que dio lugar a una tradicional y abundante regulación administrativa. Respecto del sector eléctrico, esta regulación, más o menos interventora según las épocas, fue expuesta en el capítulo II de este trabajo.

Como ha puesto de manifiesto Ariño Ortiz, "la determinación de cuándo una industria o empresa se encuentra o no afecta al interés público es una calificación siempre relativa y no puede ser hecha con carácter general"²⁶. A lo

largo de la historia se ha reconocido la existencia de ciertas *actividades que tienen carácter público* cualquiera que sea el sujeto o modo de gestión. Criterios concretos que puedan ayudar a esta calificación pueden ser los siguientes: la *condición de monopolio natural*, el carácter indispensable del bien o servicio, el reconocimiento o disfrute de ciertos *privilegios públicos* (por ejemplo, expropiación, servidumbres, utilización especial y privativa de las calles y vías públicas), el tratarse de actividades ofrecidas y abiertas al público de una manera oficial y formal, y, en fin, la *exigencia previa de un título administrativo específico*, como, por ejemplo (tal y como opera en el sector eléctrico), la *concesión*²⁷. Criterios estos, que según veremos, de un modo u otro han aparecido en la legislación sectorial eléctrica desde sus inicios, y que persisten aún hoy, en el DFL N° 1, de 1982.

En suma, resulta obvio que la repercusión social de la actuación de una empresa eléctrica es muy superior que la actuación de otras empresas (como por ejemplo una empresa de cosméticos); tratase la electricidad, como se ha señalado en diversos sitios, de una empresa o de una actividad sobre la cual descansa de un modo particular la vida social²⁸, y es tal antecedente fundamental que posibilita la existencia de un marco de principios y reglas que guíe el actuar de las empresas eléctricas, y su relación con el Estado y con los usuarios.

Este antecedente fundamental, hoy en día, debe armonizarse con otro antecedente fundamental de la actual institucionalidad económica y jurídica: la libertad de empresa y los derechos de los agentes económicos.

2. *Publicatio parcial del servicio eléctrico de Chile*

Expuestas estas ideas generales sobre la materia queda por responder: ¿cómo se produce hoy en Chile la *publicatio* en el sector eléctrico?

²⁴ *Publicatio* podría ser sinónimo de lo que generalmente se señala como *estatización* de actividades, aunque, por lo que se dirá, ello no es enteramente exacto. Sobre el tema desarrollado en el parágrafo, véase: el ya clásico trabajo de José Luis Villar Palasí, *La intervención administrativa en la industria* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964); además, Mariano Baena del Alcázar, *Régimen jurídico de la intervención administrativa de la economía* (Madrid, Tecnos, 1966) pp. 398; José Luis Villar Ezcurra, *Servicio Público, Técnicas de Conexión* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980) pp. 334; Rodolfo Carlos Barra, *Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público*, en "La ley" (Buenos Aires) 1982, pp. 363-376.

²⁵ Cfr. Antecedentes en Villar Ezcurra, cit., pp. 40 y ss.

²⁶ Ariño Ortiz, Gaspar, *Propiedad, libertad y empresa*, en: Entrena Cuesta, Rafael y otros, *La empresa en la Constitución española* (Pamplona, Editorial Aranzadi, 1989) p.120.

²⁷ Cfr. Ariño Ortiz, cit., p.121.

²⁸ Véase, por ejemplo, entre otros, Julio Doggenweiler F., *Importancia socioeconómica de la energía eléctrica*, en: Asociación de Ingenieros de ENDESA; *La energía eléctrica en Chile. Algunos aspectos de la labor de la ENDESA* (Santiago 1976), quien dice que: "(la energía eléctrica es) un insumo en casi todos los procesos productivos tanto de bienes como de servicios" (p. 21).

Ya se dijo antes que en el sector económico eléctrico se distinguen por el legislador, tradicionalmente, tres subsectores: generación, transporte y distribución.

En Chile antiguamente, durante la vigencia de las leyes eléctricas anteriores de 1925, 1931 y 1959, estos tres subsectores estaban publicados completamente, en el sentido que no podían llevarse adelante sin previa concesión, al igual que en otros países²⁹. Esencialmente, un sector publicado no puede ser llevado adelante por un privado sin que previamente la administración haya manifestado su voluntad, en este caso a través de un acto concesional.

Pues bien, en cuanto a los subsectores que legalmente son regulados, hoy en Chile sólo se encuentra publicado, y no en todos los supuestos, pero sí en su condición de servicio público, la distribución de energía eléctrica: sólo esta actividad económica constituye un supuesto de servicio público, de acuerdo a la terminología legislativa. En cambio, la generación y el transporte de energía eléctrica pueden ser llevados adelante sin previa concesión, cuya publicación, en el sentido de servicio público, ha desaparecido hoy en Chile.

Si bien según los artículos 1° y 2° del DFL N° 1, de 1982, tanto la generación, como el transporte, y la distribución están comprendidos en su regulación, su situación es diferente. En efecto, para la distribución a usuarios finales (servicio público), *es preceptivo el título concesional*; en cambio, *para la generación y el transporte (que no ostentan en ningún supuesto la condición de servicio público), es facultativo el título concesional, y, en los casos en que este título concesional opera, es sólo con el objetivo de reconocer privilegios de utilización del suelo público y privado a favor del concesionario*; privilegios estos que encuentran su fundamento constitucional (en ambos casos: distribución y transporte) en la propia Constitución, pues ambos se tratan de *actividades de utilidad pública*.

Esta materia eléctrica, como se ha dicho, es regida en forma *orgánica* por el DFL N° 1, de 1982; es el estatuto *especial* que rige el sector,

aspecto este que ha de tenerse presente a efectos hermenéuticos; y que además ha recibido un pronunciamiento *jurisprudencial*, en sentencia de la Corte Suprema, de 1° de octubre de 1987, del siguiente tenor:

*“Que el artículo 1° del citado DFL. N° 1, de 1982, de Minería, dice a la letra, que “la producción, el transporte, la distribución, el régimen de concesiones y tarifas de la energía eléctrica y las funciones del Estado relacionadas con estas materias, se regirán por la presente ley”; lo cual implica establecer un ordenamiento especial regulador de todo lo concerniente a dicha actividad, sin restricciones, porque su contexto no las contempla ni permite introducir limitaciones derivadas de otros textos legales”.*³⁰

Este sistema concesional eléctrico ha sido puesto por la legislación en el ámbito competencial de organismos de la Administración específicos, como el Ministerio de Economía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la que se rige por la Ley 18.410, de 1985 (recientemente modificada por la Ley n° 19.613, de 1999, según se expuso brevemente en el capítulo I de este trabajo). Al respecto, la *jurisprudencia*, en sentencia de la Corte Suprema, de 17 de junio de 1992, ha señalado que:

“La intervención del Ministro de Economía, que la ley y sus reglamentos ha previsto en el ámbito de las concesiones de distribución de energía eléctrica, es de carácter meramente administrativo y técnico y en uso de las facultades legales en tanto autoridad concedente, que fiscaliza o supervigila el adecuado funcionamiento del servicio público aludido.

Las potestades que ejerce la autoridad administrativa concedente en caso alguno puede tener un carácter jurisdiccional, pues no se trata de un órgano imparcial e independiente que resuelve conflictos de relevancia jurídica mediante un proceso y con autoridad de cosa juzgada.

La operación del sistema general eléctrico del país, regido en virtud de la ley por un régimen de concesiones de servicio público, conforme a su naturaleza y al sentido que inspira las normas legales

²⁹ Por ejemplo, en España. Véase, Javier Salas Hernández, *Régimen Jurídico-administrativo de la energía eléctrica* (Bologna 1977) 502 pp; y, José Manuel Díaz Lema, *Sector energético: política y derecho* (Palma de Mallorca, 1984) 207 pp.

³⁰ Publicada en: *Fallos del Mes* N° 347 (1987), p. 728, consid. 4°.

y reglamentarias que lo rigen, hace necesaria la intervención de la autoridad pública administrativa por efectuar una necesidad básica de la población que no puede quedar entregada al solo arbitrio contractual de entes o grupos interesados".³¹

3. El servicio de distribución de energía eléctrica

Por una parte, la distribución en su mayor parte es un "servicio público", definido por el artículo 8° inciso primero de la ley del siguiente modo:

"Es servicio público eléctrico el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en su zona de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros"

Por lo tanto, el suministro de energía eléctrica a los usuarios finales (que define el artículo 150 letra k) del DFL N° 1 de 1982), sólo podrá efectuarse en virtud de una concesión de distribución (artículo 2° N° 2 DFL N° 1, de 1982), y no se podrán construir las instalaciones respectivas sin tal título concesional (art. 4° inciso 3°, a contrario sensu), las que se deberán destinar exclusivamente para tal fin (o de alumbrado público: art. 7° inciso 2°).

Este criterio que emana de la ley de aceptar superposición sólo entre concesionarios ha sido reiteradamente confirmado por la jurisprudencia³², que ha señalado que:

"Si bien, por regla general, las cooperativas pueden distribuir energía eléctrica a sus asociados o extraños sin necesidad de concesiones previas de la autoridad, ello no es posible cuando dichas entidades ejercen sus actividades en zonas donde existen otras empresas que han obtenido la calidad de concesionarios de estos mismos servicios públicos, pues en estos casos las cooperativas, para poder competir con aquellas, deben obtener también ne-

cesariamente una concesión administrativa similar a la obtenida por las demás empresas concesionarias, a menos que se encuentren en las situaciones de excepción que expresamente contempla la ley.

De la normativa vigente se desprende que el suministro de energía eléctrica está sometido a diversas regulaciones de carácter legal, que importan ciertas limitaciones a la libre competencia en estas actividades, establecidas por razones de interés público general o de orden técnico".³³

Por lo tanto, toda la distribución de energía eléctrica concedida como servicio público, en el sentido definido en el artículo 7° del DFL N° 1, de 1982, sólo puede llevarse adelante con una concesión previamente otorgada.

Y, ¿qué distribución no está sometida a concesión? Los suministros que se mencionan en los artículos 8° y 16 del DFL N° 1, de 1982, a saber:

- 1° El suministro que se realice por cooperativas no concesionarias, fuera de una zona de concesión ajena (art. 8° y 16);
- 2° La distribución que realice cualquier persona, cuando no constituya servicio público (art. 3° letra b);
- 3° Los suministros a usuarios no sometidos a regulación de precios (art. 16 N° 1);
- 4° Los suministros que se efectúan sin utilizar bienes nacionales de uso público (art. 16 N° 2); y
- 5° Los suministros que se efectúan utilizando bienes nacionales de uso público mediante permisos otorgados previamente al establecimiento de una concesión (art. 16 N° 3).

Las concesiones de servicio público de distribución de energía eléctrica dicen relación con una zona de concesión, que impide toda otra distribución no concesional, salvo los tres

³¹ Publicada en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1992) II, 5, p. 132.

³² Sentencia de la Corte Suprema, de 4 de junio de 1986, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (1986), II, 6, p. 64.

³³ Véase también entre otras sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de marzo de 1987, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1987), II, 5, p. 168.

supuestos señalados en último lugar (art. 16 N^{os} 1 a 3); por lo tanto, sólo existe legalmente la posibilidad de superposición entre concesiones de servicio público (art. 17); y ambas quedarán sujetas a la obligatoriedad de otorgamiento del servicio a quien lo solicite (art. 74).

Este régimen le da características propias a la distribución, como lo ha recalado la *jurisprudencia*, en sentencia de la Corte Suprema, de 10 de septiembre de 1992, que transcribo en lo pertinente:

"En la etapa de la distribución de la energía eléctrica, en cambio, el mercado presenta las características de un monopolio natural, por la exclusividad que la concesión significa a la empresa distribuidora dentro de su territorio, dada la imposibilidad económica de superponer distintos sistemas de distribución de energía en su misma área. Por ello, la ley regula los siguientes aspectos: la distribución a usuarios finales es un servicio público sujeto de la concesión de la autoridad; la empresa concesionaria tiene la obligación legal de prestar el servicio bajo determinadas condiciones técnicas de calidad; la concesionaria puede constituir servidumbres sobre bienes particulares y usar bienes nacionales de uso público; los precios de la energía a los usuarios finales son determinados por la autoridad.

*En consecuencia, la legislación vigente establece resguardos suficientes para los usuarios de los servicios eléctricos, con motivo de la intervención de la autoridad pública en la fijación de las tarifas de estos servicios y en el control sobre la operación del sistema eléctrico. Ello se explica por las particularidades del mercado y la ninguna competencia actual o potencial entre las empresas que participan en la generación y en la distribución de energía".*³⁴

³⁴ Publicada en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1992), II, 6, p. 133. La sentencia explícita con el articulado tales aspectos especiales (consid. 4^o):

"La ley regula los siguiente aspectos de la distribución de energía:

a) La distribución a los usuarios finales es un servicio público sujeto a la concesión de la autoridad (artículos 2^o y 7^o del DFL. N^o 1, de 1982), salvo en las situaciones descritas en los artículos 8^o y 16^o de ese texto legal.

b) La empresa concesionaria tiene la obligación de prestar el servicio bajo determinadas condiciones técnicas de calidad (artículos 74, 79 y 82 del DFL N^o 1, de 1982).

Destácase, además, en cuanto a estas concesiones de servicio público de distribución como *plus* adicional lo siguiente: la concesión provisional otorga derecho a permisos de mediciones y estudio (art. 21) y la definitiva otorga derecho a ocupar bienes nacionales de uso público (art. 16), a atravesarlo (art. 54), y, de pleno derecho, constituyen servidumbres en terrenos de estatuto privado (arts. 14 y 50).

Por su parte, sólo el distribuidor no sujeto a concesión debe recurrir a los permisos municipales (art. 2 N^o3, 12 y 34 del DFL N^o 1, de 1982) y a las servidumbres privadas.

Aquél *plus* adicional que surge de la calidad de concesión de servicio público de distribución es en donde se manifiesta la utilidad pública de su existencia.

Este plus constituye, como lo ha marcado la jurisprudencia administrativa, verdaderos "*derechos, beneficios y prerrogativas accesorias e inherentes a toda concesión*", señalando:

*"La calidad jurídica de 'concesionarias del servicio público de distribución' (...) (implica) gozar de aquellos derechos, beneficios y prerrogativas accesorias e inherentes a toda concesión de servicio público eléctrico contempladas en la ley, entre los cuales sobresale, precisamente, el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas o subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión y el derecho a imponer las servidumbres a que se refiere el Capítulo V, del Título II, del citado decreto con fuerza de ley".*³⁵

4. Los servicios de generación y de transporte de energía eléctrica

Por otra parte, tanto la generación como el transporte tienen un estatuto jurídico diferente en la actual ley eléctrica: pueden llevarse adelante sin previa concesión; están, en palabras

c) La concesionaria puede constituir servidumbres sobre bienes particulares y usar bienes nacionales de uso público.

d) *Los precios de la energía a los usuarios finales (precio a nivel de distribuidor) son determinados por la autoridad, salvo para cierta categoría de usuarios (artículo 105 del DFL N^o 1, de 1982)".*

³⁵ Contraloría General de la República, dictamen N^o 12.912, de 1984, publicado en: *Boletín de Jurisprudencia* (1984), p. 248.

de economistas, "desreguladas"; pero no totalmente, pues se mantienen bajo ciertas obligaciones de explotación, que no es del caso analizar aquí, donde revisaremos las facultades que otorga la ley a sus titulares.

La ley regula la generación y el transporte de energía eléctrica en general (art. 1° del DFL N° 1, de 1982), y las concesiones para establecer centrales hidráulicas y líneas de transporte (art. 2° N° 1 letras a) y c) del DFL N° 1, de 1982). Señala la ley en su artículo 4° inciso 1°, que estas podrán ser provisionales o definitivas.

Señala el inciso 3° de esta disposición legal, en concordancia con la *desregulación* señalada, que: "las instalaciones que se mencionan en el N° 1 del artículo 2° [entre otras, las centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica y las líneas de transporte de energía eléctrica] podrán, asimismo, instalarse [sic] sin solicitar concesión, cuando el interesado así lo desee". En otras palabras, estos subsectores de la generación y del transporte no están publicados completamente, y puede cualquier persona generar o transportar energía eléctrica sin ser concesionario.

Ahora, ¿qué diferencia existe entre un privado que transporta energía eléctrica sin concesión y otro que lo hace con concesión? Sin perjuicio de lo que se desarrollará con posterioridad, existen diferencias bien marcadas, sobre todo en lo que a la ocupación del suelo público y privado se refiere.

La generación y el transporte de energía eléctrica, sin concesión, no reciben los beneficios de la utilidad pública que arrastra el título concesional. Así, se debe obtener "permisos" para usar y cruzar bienes nacionales de uso público (art. 2 N° 3, 12 y 54 del DFL N° 1, de 1982); y en cuanto a los terrenos privados, se debe constituir las servidumbres convencionalmente (art. 14 DFL n° 1).

No obstante, la generación y el transporte de energía eléctrica pueden ser objeto de concesión "cuando el interesado así lo desee" (art. 4° inciso 3° DFL N° 1, de 1982), y en ese caso los beneficia todo el *plus* que viste a la concesión respectiva. Así, en relación a la ocupación del suelo, la concesión provisional, otorga derecho a practicar en suelo privado y público mediciones y estudios (art. 21); y, la concesión definitiva, cuando se trata de bienes de estatuto privado otorga y constituye servidumbres (arts. 14 y 50); y, cuando se trata de bienes públicos, crea el derecho a ocuparlos (arts. 18 d), 24 e) y 28

inciso 2°) y a atravesarlos (art. 54), sin necesidad de ningún otro permiso ni intervención de otra autoridad, y en las mismas condiciones que las concesiones de distribución de energía eléctrica, como se analizó en el acápite anterior.

Queda así definido el ámbito de la publicación de la distribución y de la generación y del transporte de la energía eléctrica, y de sus consecuencias generales en cuanto al régimen de ocupación del suelo.

B) Técnica concesional y derecho a ser concesionario eléctrico

1. La concesión eléctrica está dirigida a ampliar la esfera jurídica de los privados que la obtengan³⁶

La concesión es una de varias figuras del acto administrativo, y ello es así, pues si se entiende por acto administrativo un acto de un poder público sujeto al derecho administrativo, de carácter unilateral y no normativo³⁷, analizando la declaración que contiene toda concesión se llega fácilmente a dicha conclusión.

¿Qué tipo de acto administrativo es la concesión? Los actos administrativos, como hechos jurídicos voluntarios que son, contienen una declaración, la que puede ser de voluntad, de deseo, de conocimiento, o de juicio³⁸. Pues bien, las concesiones son de aquellos actos en que se contiene una declaración de voluntad.

Pero como hay muchos tipos de actos administrativos que pueden significar una declaración de voluntad, y no sólo la concesión, la doctrina ha propuesto una serie de clasificaciones para su exposición dogmática, entre las cuales la más satisfactoria es aquella que distingue entre:

- * actos que amplían la esfera jurídica de los administrados;

³⁶ Sigo algunos párrafos de mi trabajo anterior: "Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, n° 1 (1989), pp. 777-796.

³⁷ Cfr., González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, (Pamplona, Eunsa, 1993), 2, p. 96.

³⁸ Cfr. González Navarro (cit.) 2, p. 98.

- * actos que modifican o resuelven relaciones jurídicas, y
- * actos que restringen la esfera jurídica de los administrados.

La concesión, y en especial la concesión eléctrica, como demostraré, es de aquellos actos que amplían los derechos del administrado, pues la palabra misma –concesión– indica que el Estado, a través de la Administración entrega alguna facultad o derecho, poder en fin³⁹, al interesado. Por lo tanto, el concesionario, en su virtud, siempre adquiere un derecho, *ex novo*, el que antes no formaba parte de su patrimonio.

El *Diccionario de la Lengua Española* define “concesión”, desde el punto de vista técnico-jurídico, así: “Otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local”, lo que es concordante con la regulación jurídica de tal instituto.

De este modo, surge aquí la justificación del uso de esta técnica, que, como se dijo más arriba, no es sino un modo más del sistema general de las intervenciones administrativas sobre las situaciones jurídicas privadas⁴⁰, y es desde esta perspectiva como se comprenderá mejor el tema del “derecho al acceso a la concesión eléctrica”, que se desarrolla más adelante.

Las medidas de intervención en las actividades privadas por la Administración pueden alcanzar grados muy intensos mediante esta técnica específica: como ocurre, por ejemplo en algunos supuestos de servicio público, en especial en la distribución de energía eléctrica a usuarios finales (art. 7º DFL Nº1, de 1982), determina la eliminación total de las titularidades privadas previas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública, desde la cual se dispensan posibilidades parciales de

ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional.

En el caso del servicio público de distribución eléctrica, está en principio vedada para la actividad privada pero a través de la técnica concesional se dispensan posibilidades de ejecución privada de tal servicio público, y para facilitar el servicio que presta el privado, se otorgan privilegios para la utilización del suelo público y privado con el fin de situar sus instalaciones respectivas. Juega, entonces, la concesión un doble papel.

En el caso de la generación y del transporte de energía eléctrica es diferente, pues la concesión juega sólo uno de esos papeles: facilitar el servicio que desea prestar el privado, otorgándole los mismos privilegios que para la utilización del suelo público y privado se ha instrumentado a favor del servicio público de distribución de energía eléctrica.

Así, en el caso del servicio público, la libertad queda sustituida por una concesión administrativa otorgada por el poder, que configura facultades, pero también configura, a la vez, el deber de ejercerlas en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine. La Administración, en este caso, no se encuentra con situaciones jurídicas previas: las crea, las configura, las delimita. Y esto es muy importante, pues no se trata la concesión de una técnica que limite derechos, que supondría su existencia previa y su contenido “normal”; sino de algo en esencia distinto, de una “delimitación”, pues se produce aquí en realidad una demarcación originaria de los mismos, y estos derechos surgen como tales, originariamente, de la acción administrativa.

En definitiva, para que la Administración pueda disponer de estos poderes configuradores de derechos privados, ha de apoyarse en una titularidad previa de intervención sobre un sector, como es el caso de la distribución de energía eléctrica a usuarios finales, en que existe previamente una publicación parcial de las posibilidades privadas, como se analizó en el párrafo anterior; y, a la vez, como se revisará más adelante, existe habilitación competencial para la Administración.

Y desde dicha titularidad se funda un régimen concesional para la actuación privada en este sector: la concesión eléctrica, que tiene por vocación “crear derechos de distribución de energía eléctrica”, para todos los supuestos de

³⁹ García Trevijano, J.A., *Los actos administrativos*, (Madrid, Editorial Civitas, 1986), p. 232 y ss.

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid, Editorial Civitas, 1981) 2, p. 131.

servicio público; y “crear derechos de generación de energía eléctrica” o “crear derechos de transporte de energía eléctrica”, para aquellos casos en que el privado desee acogerse al régimen concesional, y a los derechos y obligaciones que surgen de él.

2. *Todo peticionario de concesión eléctrica tiene la libertad, constitucionalmente garantizada, para acceder, en su caso, a la distribución, a la generación o al transporte de energía eléctrica*

Como consecuencia de la publicación del servicio público de distribución de energía eléctrica, y su sometimiento a la técnica concesional (y de la dualidad de régimen, en su caso, de la generación y del transporte de energía eléctrica), queda abierta para los particulares (según se desarrolló en el acápite anterior) la posibilidad de acceder a tales derechos por la vía concesional, solicitando a la Administración eléctrica la creación y delimitación de derechos de distribución, generación o transporte de la energía eléctrica. Esto significa, en principio, que el particular antes de la intervención creadora del Estado no goza del derecho respectivo, en el caso de la distribución de energía eléctrica; ni de las posibilidades que este otorga, en el caso de la distribución de la generación y del transporte de energía eléctrica.

Así:

- En el caso de la *distribución* de la energía eléctrica como servicio público un solicitante, antes del otorgamiento de la concesión, no goza de derecho alguno para efectuar tal servicio; sólo tendrá este derecho una vez que el Estado, a través de un Decreto Supremo, emitido por el Ministerio de Economía, lo haya creado a su favor; del mismo modo que las otras posibilidades o facultades para utilizar el suelo, que como un *plus* adicional, surgen de tal calidad.
- En el caso de la *generación* y del *transporte* de la energía eléctrica, si bien el particular, antes de la actividad creadora del Estado tiene derecho a generar o a transportar energía eléctrica, tal derecho no es concesional y no está dotado de estas posibilidades adicionales, señaladas, para ocupar el

suelo, que como un *plus* constituirán su principal interés y contenido.

La creación de estos derechos no queda al arbitrio de la autoridad eléctrica, pues existe la posibilidad de exigirla del Estado; dado que existe, antes de este derecho, que aún no se crea, un “derecho a llegar a ser titular de una concesión eléctrica” el que, a mi juicio, se encuentra consagrado en la Constitución, y respecto del cual ofrece un desarrollo concordante el ordenamiento jurídico chileno. Es lo que se denomina, en sentido lato, *ius ad rem* (art. 19 N° 23 de la Constitución) esto es, un derecho a la cosa, a la propiedad. Ahora, en virtud de la figura concebida en el art. 19 N° 24 inciso 1° *in fine* de la Constitución (propiedad sobre los derechos), en realidad, en las hipótesis concesionales se trataría de un *ius ad ius*; un derecho a la “propiedad sobre el derecho”.

Y esta titularidad propietaria sobre derechos ha sido acogida por la *jurisprudencia* en varios supuestos concesionales (entre otros, los mineros, de aguas), y, específicamente en materia eléctrica, en sentencia de la Corte Suprema de 1° de octubre de 1987, que señala, en lo pertinente:

*“Que las concesiones de servicio público de distribución de electricidad configuran un conjunto de derechos y obligaciones; y es evidente que para el titular de dichas concesiones existe, respecto de los primeros, como cosa incorporal una especie de propiedad, según lo establece el artículo 583 del Código Civil; y tanto es así que el artículo 46 del aludido DFL. de 1982 contempla su transferencia, sea por enajenación, arriendo, fusión, o bien, por cualquier otro acto “según el cual se transfiera el dominio o el derecho de explotación”, termina diciendo el mencionado artículo. Ahora bien, resulta indiscutible que forma parte integrante de tales derechos y como una especie de garantía, la disposición del mismo artículo 16, en orden a que “la distribución de electricidad a usuarios ubicados en una zona de concesión sólo podrá ser efectuada mediante concesión de servicio público de distribución”.*⁴¹

En otras palabras, la Constitución asegura a toda persona que cumple con las exigencias

⁴¹ Publicada en: *Fallos del Mes*, N° 347 (1987), p. 730.

igualitarias y racionales establecidas en las leyes, la posibilidad de llegar a ser titular del *derecho de generación, de transporte y distribución de energía eléctrica*, una vez que las respectivas concesiones han sido solicitadas.

Es esta una realidad nueva en nuestro Derecho, e impuesta por la vigencia sustantiva de la Constitución de 1980.

En suma, a mi juicio, *existe garantizado constitucionalmente el derecho a llegar a ser titular de una concesión eléctrica, cuando la petición ha sido hecha conforme a la ley, y se reúnan las condiciones objetivas que se exige a todo concesionario eléctrico*; de otro modo, además, se podría alterar la garantía de igualdad, en el caso que haya existido previamente el otorgamiento de otras concesiones eléctricas a otros interesados en similares condiciones que un solicitante actual.

Entonces, claramente y en forma sustantiva, podría verse afectada esta garantía para el caso de una denegación arbitraria, o de una omisión en el otorgamiento de una concesión eléctrica, por parte de la autoridad respectiva.

CONCLUSIONES

1° En Chile, antiguamente, durante la vigencia de las leyes eléctricas históricas, de 1925, 1931 y 1959, tanto el subsector de la generación, de la distribución y del transporte de la energía eléctrica, estaban publicados completamente, en el sentido que no podían llevarse adelante por los privados sin una previa concesión. Pues bien, hoy en Chile, a partir de 1982, sólo se encuentra publicado, y no en todos sus supuestos, pero sí en su condición de servicio público, la distribución de energía eléctrica.

2° Si bien tanto la generación, el transporte como la distribución de energía eléctrica están comprendidos en las disposiciones legislativas vigentes, sólo para la distribución de energía eléctrica a usuarios finales (servicio público) es preceptivo el título concesional; en cambio para la generación y para el transporte de energía eléctrica (que no ostentan en ningún supuesto la condición de servicio público), es facultativo el título concesional, y en los casos en que este título concesional opera, es sólo con el objeto de reconocer privilegios de utili-

zación del suelo público y privado a favor del respectivo concesionario; privilegios que encuentran su fundamento constitucional (en todos los casos: generación, distribución y transporte) en la propia Constitución, pues todos se tratan de actividades de utilidad pública.

3° Como consecuencia de la publicación del servicio público de distribución de energía eléctrica, y su sometimiento a la técnica concesional (y de la dualidad de régimen, en el caso de la generación y del transporte), queda abierta para los particulares la posibilidad de acceder a tales derechos por la vía concesional; solicitando a la Administración eléctrica la creación y delimitación de derechos de distribución, generación o transporte de energía eléctrica.

En los tres casos, la creación de estos derechos no queda, ni puede quedar, al arbitrio de la autoridad eléctrica, pues existe la posibilidad de exigirlos al Estado, dado que existe, antes de ese derecho a distribuir energía eléctrica, o de generarla o transportarla con los privilegios que otorga la ley, un derecho a llegar a ser titular de una concesión eléctrica, el que se encuentra consagrado en la Constitución, y que opera cuando la petición ha sido hecha conforme a la ley y se reúnan todas las condiciones objetivas que se exigen a todo concesionario eléctrico.

Sustantivamente, es esta la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental, la que es quebrantada en caso de una denegación arbitraria de la concesión, o de una dilación excesiva u omisión en su otorgamiento.

4° Si bien no es necesario para la generación y el transporte de la energía eléctrica obtener una concesión, si un agente económico que va a efectuar la generación o el transporte de energía eléctrica desea obtener los beneficios del título concesional (esto es gravámenes y servidumbres en el suelo privado y ocupar y atravesar el suelo público) puede también tramitar el título concesional; el que será, en este caso, idéntico en sus virtualidades al título concesional que obtiene un agente económico que distribuye energía eléctrica.

Sustantivamente, en cuanto a los privilegios para utilizar el suelo público y privado,

los títulos concesionales de distribución, generación y transporte de energía eléctrica son idénticos. El *status* jurídico de los tres títulos concesionales, en cuanto a su establecimiento es idéntico, salvo la condición de servicio pú-

blico ulterior de la distribución, que es un tema de operación y explotación del derecho creado, que en nada altera las conclusiones anteriores, que emanan de textos expresos de la ley.