

## EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS<sup>1</sup>

Eduardo Escalona Vásquez<sup>2</sup>

*RESUMEN: 1. El ejercicio de la potestad reglamentaria por el Presidente de la República en la dictación de los reglamentos dispuestos por el Legislador, es una atribución exclusiva, cuya ejecución está determinada por disposiciones generales de carácter constitucional y por las normas particulares contenidas en las leyes que, de manera específica, le confieren la facultad de reglamentarlas.*

*2. Además, por mandato igualmente constitucional y, en ciertos casos, por disposiciones contenidas en leyes orgánicas, la potestad reglamentaria se ejerce a través y mediante ciertos órganos, a quienes se les identifica propiamente como los “reguladores” de una determinada actividad económica, correspondiéndoles, por una parte, participar activamente y de oficio en la elaboración de los reglamentos que inciden en el ámbito de su competencia y, por otra parte, ajustarse a los mandatos sustantivos del Legislador en las leyes que les corresponde contribuir a reglamentar, así como a los procedimientos establecidos para ejercer sus funciones regulatorias.*

*3. Este es el marco regulatorio esencial conforme al cual el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y la Comisión Nacional de Energía contribuyen a ejercer la potestad reglamentaria del Presidente de la República en la aplicación de las leyes N° 19.940 y N° 20.018, que modificaron la Ley General de Servicios Eléctricos y que, por su relevancia para la economía nacional, tecnicismo e interacción de diversos agentes y organismos, públicos y privados, requiere un análisis exhaustivo de todas las alternativas para ejecutar, desarrollar, determinar, complementar, precisar y especificar los mandatos generales y abstractos contenidos en dichas leyes.*

*4. Se finaliza con un análisis empírico del ejercicio de las potestades regulatorias en el sector eléctrico, a la luz de la práctica desarrollada por tales organismos de la Administración del Estado que intervienen en las distintas fases de un reglamento, sobre la base de los reglamentos dictados y en actual elaboración para aplicar las leyes citadas y, asimismo, con una propuesta orientada a la participación de los agentes involucrados en aras de su transparencia.*

*PALABRAS CLAVE: Constitución – Reglamento – Decreto – Ley N° 19.940 – Ley N° 20.018 – Ley General Servicios Eléctricos – Ministerio de Economía – Comisión Nacional de Energía – Regulador – Potestad.*

1 Ponencia presentada en las V Jornadas de Derecho Eléctrico de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

2 Abogado de la Universidad Católica. Candidato a Magíster, mención Derecho Económico, de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Económico y de Regulaciones Económicas en la Universidad Diego Portales. Asesor de la División Jurídica y Coordinador del Programa de Defensa en Juicios de Inversión Extranjera, ambos del Ministerio de Economía. Las ideas y opiniones expresadas en esta ponencia son de exclusiva responsabilidad de su autor, y no representan ni comprometen de manera alguna al Ministerio de Economía.

## I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la dictación de las leyes N° 19.940<sup>3</sup> y N° 20.018<sup>4</sup>, que modificaron la Ley General de Servicios Eléctricos en adelante, "LGSE"<sup>5</sup>, nos parece conveniente introducirnos en el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución<sup>6</sup> del Presidente de la República, dado que la primera de las leyes citadas contiene setenta<sup>7</sup> referencias a "reglamento", mientras que la segunda de ellas, las tiene en catorce de sus disposiciones. Sin embargo, sustraeremos de nuestro objeto de estudio la revisión obligada de la siempre in-

teressante y renovada discusión sobre las relaciones entre la Ley y el Reglamento<sup>8</sup>, exclusivamente por la extensión que ello implicaría, sin perjuicio de lo cual, las posiciones doctrinarias y sentencias relevantes del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Superiores de Justicia constituyen (parafraseando el artículo 71-6 introducido por la ley N° 19.940) las instalaciones sobre las cuales inyectamos y retiramos nuestros argumentos jurídicos frente a cualquier diferencia que se suscita con motivo de un reglamento y, por lo tanto, presumiremos en Derecho, que todos hacemos uso de esta red.

3 Publicada en el Diario Oficial el 13 de marzo de 2004.

4 Publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 2005.

5 Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1982.

6 En adelante, nos referiremos exclusivamente a la "potestad reglamentaria de ejecución", en cuanto es el eje del presente trabajo por las reiteradas remisiones que señalamos al iniciarlo, sin perjuicio que, mediante referencia expresa, abordemos notas comunes con la potestad reglamentaria autónoma. Sobre esta distinción y sólo para efectos de este estudio, adoptaremos el concepto de potestad reglamentaria autónoma de CLAVERO: "La potestad de la Administración de dictar normas reglamentarias cuando no existen normas de rango legal sobre una determinada materia, sintiéndose la necesidad de que tal materia encuentre una regulación jurídica" (citado por GARCÍA PINO, Gonzalo, *¿La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: Poder Legislativo contra la Administración?* (Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004) p. 160, y el concepto de potestad reglamentaria de ejecución desprendido a partir del reglamento ejecutivo, entendido como "...los que se dictan en virtud de (...) remisiones normativas de la ley en favor del Reglamento" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, (Tomo I, novena edición, Civitas Ediciones, Madrid, 1999) p. 206.

7 Si bien durante la discusión del proyecto de ley ingresado en la Cámara de Diputados el 6 de mayo de 2002, se incrementaron las referencias a reglamento, el proyecto original ya contenía cincuenta y cinco. Empleamos la expresión "remisión", en virtud que no todas implican convocatoria de la ley al reglamento, pues algunas sólo se refieren a él de modo genérico, pero, de todos modos, un alto porcentaje son remisiones susceptibles de ejercer en el futuro.

8 Esta relación ha dado lugar a diferentes doctrinas jurídicas, en torno a los siguientes temas: (1) En cuanto a la distribución de materias previstas por el Constituyente, SOTO ha renovado el sistema de *dominio mínimo legal* a propósito de la Carta Fundamental de 1980, pese a que casi unánimemente se daba por superado con las declaraciones contenidas en las Actas de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, en adelante, "Comisión Ortúzar", orientadas a diferenciarla claramente de la Constitución de 1925, donde sí se contemplaban potestades amplias para legislar (SOTO KLOSS, Eduardo, "Ley y Reglamento: Sus Relaciones en el Derecho Chileno", en *Ius Publicum*, N° 3, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Santiago, 1999) pp. 39-47; en la misma línea se pronuncia RIBERA, pero con motivación reaccionaria ante el cambio jurisprudencial del Tribunal Constitucional desde 1997 a la fecha (RIBERA NEUMANN, Teodoro, "Reserva Legal y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980" ponencia presentada en las XXXI Jornadas de Derecho Público Universidad de Chile, 2000, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Tomo I, Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago (2002), pp. 471-488 y, adhiriéndose con posterioridad a la publicación de su "Derecho Constitucional Económico", FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, "La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que Desaparece", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2, Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago (2001), pp. 287-298. Pues bien, al dominio mínimo apuntado, se opone en nuestra doctrina el sistema de *dominio máximo legal*, al cual se adhieren, entre otros, CARMONA SANTANDER, Carlos, "Tres Problemas de la Potestad Reglamentaria: Legitimidad, Intensidad y Control", en *Revista de Derecho*, Año 1, N° 3, Consejo de Defensa del Estado, Santiago (2001), pp. 30-62); CEA EGAÑA, José Luis, "Los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena", en *Revista de Derecho*, Vol. IX, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Para el análisis casuístico que desarrollaremos, conviene tener presente un hecho relevante: ambas leyes (especialmente la ley N° 19.940), han sido redactadas, en varias de sus disposiciones, con la especificidad y tecnicismo que el Constituyente ha confiado a un reglamento<sup>9</sup>, atribuyéndose en parte materias propias de la potestad reglamenta-

#### Continuación nota 8

de la Universidad Austral, Valdivia (diciembre 1998), pp. 65-104; VERDUGO, Mario, PFFEFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional* (Tomo II, reimpresión de la segunda primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997), p. 100; CALDERA DELGADO, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo II, Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001), pp. 187-194). Y, como normalmente sucede en las doctrinas jurídicas, es posible identificar una intermedia más que ecléctica (pues las posiciones se acercan a uno u otro polo dependiendo de su autor), que agruparemos en *dominio máximo legal atenuado*: CEA EGAÑA, José Luis, "Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago (1984), pp. 417-431, quien lo califica "mera apariencia de innovación" (p. 430); MOLINA GUAITA, Hernán, "La Distribución de Materias entre el Dominio Legal y el Dominio Reglamentario", ponencia presentada en las *XVIII Jornadas de Derecho Público*, Universidad de Concepción, Concepción (1988), pp. 31-37, para quien es "heterogéneo, híbrido" (p. 37); BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "El Principio de la Distribución de Competencia como Criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicas", ponencia presentada en las *XXIX Jornadas de Derecho Público*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago (1998), pp. 33-44, para quien "...en un contexto constitucional tan deficitario como el chileno, debe asumirse como principio que en todo el orden de las materias de ley, las demás potestades normativas serán prima facie potestades concurrentes con la potestad legislativa y jerárquicamente subordinadas a ella" (p. 43, énfasis en el original); y, para cerrar los ejemplos pero aún lejos de concluir, MUÑOZ DÍAZ, Patricio, "La Potestad Reglamentaria Autónoma. La Revolución que no Tuvo Lugar", en *Ius Publicum*, N° 8, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Santiago (2002), pp. 205-211, quien juzga que "la amplitud del dominio legal establecido en la Constitución de 1980 ha transformado a la potestad reglamentaria autónoma, virtualmente, en una hipótesis de laboratorio". (2) En cuanto a la extensión de la expresión "regular" con motivo de los derechos y garantías constitucionales y, en particular, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (artículo 19 N° 21 de la CPR), si "regular" es una *reserva absoluta* a favor de la ley. SOTO KLOSS, Eduardo, "En la Forma que Prescriba la Ley. Notas sobre Prácticas Legislativas Inconstitucionales", artículo recopilado en *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), pp. 77-99. O es una *reserva relativa* (GARCÍA PINO, Gonzalo, Ob. cit., pp. 125 y siguientes), aunque también se ha sostenido una tesis ecléctica o neutra (FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico* (Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001), pp. 132-133, en virtud de la cual, "...la ejecución administrativa de la ley reguladora podría conllevar también cierto grado de regulación, entendida como "ajustar a regla o someter a reglamentación", pero la esencia de la ejecución -que la separa de la regulación- consiste en que esta norma ejecutora no podrá jamás imponer parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más exigentes, gravosos o dificultosos que los que ha impuesto previamente la ley" (p. 133). (3) En cuanto al grado o *quantum* de intervención del reglamento en la regulación de derechos, CARMONA atribuye al Presidente de la República la *teoría del complemento indispensable*, desarrollada en el requerimiento formulado ante el Tribunal Constitucional en el caso conocido como "Letreros Camineros II", la *teoría de la razonabilidad técnica* al Tribunal Constitucional en las sentencias rol 253 de 15 de abril de 1997 y rol 254, de 26 de abril de 1997 y, en fin, la *teoría de la intensidad de la reserva* a GARCÍA PINO en su tesis de posgrado "¿La Reserva legal de los Derechos Constitucionales: Poder Legislativo contra la Administración?" que citamos *supra* en su versión publicada como libro. CARMONA SANTANDER, Carlos, "Un Nuevo Estadio en la Relación Ley-Reglamento: El Ámbito del Reglamento", ponencia presentada en las *XXXI Jornadas de Derecho Público*, Universidad de Chile, 2000, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Tomo II, Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago (2002), pp. 154-190. (4) Finalmente, en cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional para controlar un reglamento por disconformidad con la CPR aunque se ajuste perfectamente a la ley, CARMONA las denomina *tesis de la competencia amplia*, manifestada en el voto de mayoría redactado por la Ministra Bulnes Aldunate en los requerimientos contra el Decreto Supremo N° 171 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 1997 y contra el Decreto Supremo N° 1.412 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que aprobó el Décimo Protocolo Adicional con Bolivia, de 1999, y *tesis de la competencia restringida*, expresada en las mismas sentencias, pero con decisión de mayoría redactadas por los Ministros Valenzuela y Álvarez, respectivamente. CARMONA SANTANDER, Carlos, *Tendencias...*, pp. 189-193.

9 Ejemplos que demuestran esta afirmación son algunas de las disposiciones introducidas por el artículo 1° de la ley N° 19.940 a la LGSE: El inciso segundo del artículo 71-2, en cuanto especifica las características que deben reunir las instalaciones pertenecientes a cada uno de los tramos del sistema de transmisión troncal; la enumeración prevista en el artículo 71-12 con las materias que debe contener el estudio de transmisión troncal; y los antecedentes que deben tener las bases técnicas preliminares del señalado estudio de acuerdo al inciso segundo del artículo 71-14, además de las especificaciones que deben tener tales bases administrativas preliminares elaboradas por la Comisión, según el inciso tercero de la misma norma.

ria<sup>10</sup> y, adicionalmente, motivando en casos particulares que los controles de legalidad de los reglamentos se reduzcan a cautelar que se reiteren inoficiosamente diversas normas de la ley, constriñendo en sus efectos la naturaleza jurídica de un acto normativo de entidad constitucional diversa a la de un simple decreto y que, en consecuencia, se ajusta a preceptos de carácter igualmente constitucional (en los cuales se enmarcan los mandatos específicos de la ley que los convoca), con procedimientos identificables por la práctica y costumbre administrativa que no se subordinan a la ley N° 19.880<sup>11</sup>, en cuanto ésta se refiere a ciertos actos administrativos<sup>12</sup>: decretos<sup>13</sup> y resoluciones<sup>14</sup> en sentido material y no meramente formal<sup>15</sup>.

Estas premisas nos permitirán comprender, de la mano de algunos reglamentos que nos servirán de apoyo, el estado actual

del “arte de reglamentar” esas leyes fundamentales para el sector energético, cuya producción no es atemporal, sino coetánea o contingente a las inestabilidades que ha sufrido este mercado por causas que a todos nos son conocidas (*v.gr.* crisis de abastecimiento de gas natural, riesgo de sequía y alza de precios de los combustibles) y que conviven, asimismo, con un régimen normativo transitorio previsto en estas mismas leyes que no sólo se extiende a la simple entrada en vigencia de algunas de sus instituciones o preceptos, según prevén sus diversas disposiciones transitorias, sino también respecto del uso de ciertos actos normativos distintos al reglamento que, en su conjunto, permiten cumplir las convocatorias a la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República y de ciertos órganos mandatados por el Legislador en determinadas materias.

10 El sentido de esta afirmación es, según se desarrolla *infra*, evitar elefantiasis (avizorado por el comisionado Bertelsen según dan cuenta las Actas de la Comisión Ortúzar, citadas por CEA EGAÑA, José Luis, *Dominio Legal...*, p. 421) legislativa en textos de contenido esencialmente económico como las leyes eléctricas, en aquellas materias que no importan regulación *per se* de derechos y garantías constitucionales, a objeto de evitar que la función legislativa sea la vía de escape para cualquier problema regulatorio del sector y no está orientada, por consiguiente, a lo que podría entenderse a simple vista: sustraer de la esfera de la ley toda regulación aplicable al sector. Por el contrario, tiene implícita la aceptación de que “Ni el Tribunal Constitucional ni la Corte Suprema han sancionado (ni sancionarán) jamás la inconstitucionalidad de un intento legislativo encaminado a invadir el dominio reservado al reglamento (MUÑOZ DÍAZ, Patricio, *ob. cit.*, p. 210), puesto que el problema no se produce con los proyectos de ley o leyes en su globalidad, sino con artículos o incisos determinados que, en su contexto, son pormenorizados o específicos, pero coherentes materialmente con el proyecto de ley o ley. Más aún sí, en el sector energético, justamente en virtud de su especificidad y complejidad técnica, los proyectos de ley probablemente siempre serán presentados por el Ejecutivo.

11 Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

12 El inciso segundo del artículo 3° de la ley N° 19.880 dispone que “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

13 De acuerdo al inciso cuarto del artículo 3° de la ley N° 19.880, “el decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro ‘Por orden del Presidente de la República’, sobre asuntos propios de su competencia”.

14 Según el inciso quinto del artículo 3° de la ley N° 19.880, “Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza (orden escrita) que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”.

15 La entidad constitucional y el ejercicio radicado en la máxima autoridad de Gobierno, con las responsabilidades y efectos que conlleva, además de su democrática elección, suprimen por completo la crítica consistente en que las normas que emanan de la potestad reglamentaria “...emanan de una sola persona, en un proceso deliberadamente inconulto ante la Constitución y que por definición no es transparente –aunque pueda ser voluntariamente prístino y mancomunado– y en que la categoría de sus contrapesos institucionales es por definición inferior a la potestad legislativa” (FERMANDOIS, *Derecho Constitucional...*, p. 122).

## II. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE EJECUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN LA DICTACIÓN DE REGLAMENTOS DISPUESTOS POR EL LEGISLADOR

La potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República es una atribución de rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 N° 8<sup>16</sup> de la Constitución Política de la República (en adelante, "CPR").

Esta atribución es exclusiva, esto es, no puede ejercerse por otro órgano sin que se excedan los artículos 6<sup>17</sup> y 7<sup>18</sup> de la CPR, deviniendo, por consiguiente, en un actuar nulo por sanción expresa de la misma Carta Fundamental.

En forma expresa, el referido artículo 32 N° 8 de la CPR contiene una distinción clara entre tres entidades o actos normativos conocidos por todos: reglamentos, decretos e instrucciones. Esta entidad, por consiguiente, es

de carácter constitucional, a diferencia de otros actos normativos creados o ya reconocidos en virtud de una ley, como es el caso de las resoluciones, circulares, oficios y, con relevancia para este sector, normas técnicas. Tal entidad y distinción de los decretos, por lo demás, no es creación de la Carta vigente, sino que se encontraba en la Constitución de 1925<sup>19</sup>, que lo reprodujo, a su vez, de la de 1833<sup>20</sup>.

Además, el diseño constitucional admite, en forma parcial, la delegación de algunos actos normativos de la potestad reglamentaria, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 35<sup>21</sup> de la CPR. Parcial, por cuanto el primer inciso añade al acto normativo del Presidente de la República expresado en un reglamento o en un decreto (que lo suscribe en virtud de su necesaria autoría por pertenecer a la esfera de sus atribuciones), la firma del Ministro respectivo, so pena de no ser obedecido si falta este requisito calificado de esencial, mientras que el inciso segundo reitera el distinguo que apuntamos párrafos atrás: Sólo los decretos e ins-

16 El artículo 32 de la CPR dispone que "*Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...) 8.º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*".

17 Esta base de la institucionalidad dispone que: "*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*".

*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.*

*La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*".

18 Este artículo determina que: "*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*".

*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

*Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale*".

19 El artículo 72 disponía que: "*Son atribuciones especiales del Presidente: (...) 2. Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes*".

20 Su artículo 82 señalaba que: "*Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...) 2º Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*".

21 Señala la citada norma que: "*Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.*

*Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley*".

trucciones, no los reglamentos, pueden expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, ajustándose siempre a las normas que al efecto establece la ley<sup>22</sup>. Luego, el reglamento no sólo tiene entidad constitucional independiente del decreto, sino también formalidades esenciales diferentes.

Tal distinción es, igualmente, reconocida por la doctrina nacional<sup>23</sup> y extranjera<sup>24</sup>, a partir de cada uno de sus elementos definitivos: (1) formalmente y por el carácter de atribución exclusiva, sólo existe un órgano habilitado para la dictación de un reglamento, el Presidente de la República; (2) de ello se desprende, además, que es discrecional, pues sólo el Presidente de la República decide, cuando estima conveniente, ejercer tal potestad reglamentaria; (3) respecto de su contenido, el reglamento es creador de normas jurídicas, de

carácter secundario respecto de la ley, pero se encuentra por encima de todos los actos administrativos; y, finalmente, (4) en cuanto a sus efectos, comparte el carácter general de la ley, a diferencia del decreto que es esencialmente singular.

Igualmente, creemos que el adjetivo utilizado para nominar el decreto en función de quien lo expide, esto es, "supremo", no es argumento sustantivo para agrupar, bajo la composición "decreto supremo" tanto al reglamento como al decreto, pues confunde en tal nomenclatura a dos actos normativos constitucionalmente diversos<sup>25</sup>.

Ahora bien, ¿por qué el Constituyente es celoso en distinguir estos actos normativos? Formulamos esta pregunta, atendido que una práctica casi bicentenaria de nuestra Administración<sup>26</sup> se ha constituido en costumbre *con-*

22 En este punto, conviene tener presente, igualmente, el Decreto Supremo N° 19 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Faculta a los Ministros de Estado para firmar "Por orden del Presidente de la República", publicado en el Diario Oficial el 10 de febrero de 2001, expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución convocada por el artículo 65 de la ley N° 16.840, que dispone: "Autorízase al Presidente de la República para disponer nuevas delegaciones de la firma del despacho y documentación correspondiente a las Secretarías de Estado y Servicios de su dependencia, mediante el procedimiento establecido en el inciso segundo del artículo 5° de la ley 16.436", la que señala en la disposición referida, que se efectuará "...mediante decreto supremo que deberá comunicarse a la Cámara de Diputados".

23 El siguiente ejemplo parece no llamar la atención de toda la doctrina nacional consultada: "Aun cuando, en la terminología de la Constitución, la diferencia entre reglamento y decreto conduce a apreciar que se trataría de normas jurídicas de distinta naturaleza, no puede olvidarse que en la tradición y en el lenguaje jurídico, la expresión 'decreto' goza de una intención expresiva genérica que pretende incluir también al reglamento. Es importante no olvidar este hábito porque al recordarlo se evitarán repeticiones innecesarias. Decreto y reglamento son ambas manifestaciones de un tronco y un alcance comunes con semejantes características, sin perjuicio de sus diferencias". SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo V, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000) p. 128. Es obvio adelantar que los argumentos de tradición y lenguaje jurídico son inaceptables conforme a las normas de hermenéutica de nuestro Ordenamiento Jurídico, pero aún más grave es el criterio que comparte con SILVA a reglón seguido. Dice este último: "En términos generales, entendemos por decreto la resolución dictada por cualquier autoridad sobre los asuntos o negocios de su competencia. Cuando esta resolución es dictada por el Presidente de la República, toma el nombre de Decreto Supremo, que según sea su mayor o menor generalidad se denomina Decreto Reglamentario o simple Decreto Supremo". SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes* (cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992) p. 178.

24 En efecto, se sostiene que "Reglamento y actos administrativos son, como veremos, figuras radicalmente diferentes e irreductibles. Los primeros se integran en el ordenamiento jurídico; los actos, en cambio, no; son algo ordenado y no ordinamental. Por lo demás, es claro que no todos los órganos administrativos que tienen poder de mando están habilitados para dictar reglamentos. Se trata de poderes cualitativamente –y no sólo cuantitativamente– diferentes". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, (n 6), Tomo I, p. 178.

25 Vid. Cita de SILVA en nota 21.

26 Su origen casi bicentenario lo afirmamos en virtud que no es posible endosar responsabilidad al Constituyente de 1980 por haber establecido en el artículo 88 que: "En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deban tramitarse por la

tra *legem* o, en propiedad, en contra de la Constitución: el reglamento es el acto normativo principal dentro de la jerarquía de normas identificadas con la potestad reglamentaria, no obstante lo cual, se expide formalmente como decreto.

¿No es posible concebir un acto de la Administración independiente, denominado "reglamento" conforme a la Constitución, con independencia de un "decreto"? Creemos que sí, más aún, lo estimamos necesario y de manera urgente.

Para explicar su necesidad y urgencia, permítasenos una digresión a nuestra secuencia argumentativa: la potestad reglamentaria de ejecución que desarrollamos en este trabajo, ha sido en virtud de múltiples remisiones o convocatorias de las normas generales contenidas en las leyes N° 19.940 y N° 20.018, tales como *establecer "exigencias de calidad y seguridad de servicio"* y *"procedimientos para calificar instalaciones pertenecientes a tramos de la transmisión troncal"* (artículo 71-2), *otorgar "facultades (...) al centro de despacho económico de carga"* (artículo 71-5), *indicar cómo se "calculará (la anualidad del valor de inversión del tramo) considerando la vida útil económica de cada tipo de instalación que lo componga"* (artículo 71-10), *especificar "...el mecanismo a través del cual*

*se hará público el llamado a los usuarios e instituciones interesadas, y los requisitos e información que éstos deberán presentar para su registro* (en el de "usuarios e instituciones interesadas" en participar en los procesos de tarificación de la transmisión troncal, subtransmisión y sistemas medianos, según señala el artículo 71-13), *nuevamente establecer "...el procedimiento y las demás normas a que se sujetará la audiencia pública (en que se exponen los resultados del estudio de transmisión troncal, de acuerdo al artículo 71-18), señalar "...el horizonte de tiempo"* (en que les corresponderá pagar el aumento de costos porcentualmente a los usuarios por las obras propuestas en el Estudio de Transmisión Troncal, en adelante, "ETT", de acuerdo al artículo 71-27), *determinar "...la forma y periodicidad"* (de la boleta o factura que extienda la concesionaria de servicio público de distribución que tenga los cobros que indica el artículo 71-30 inciso final), *disponer (el cálculo del peaje a que el transmisor tiene derecho) "...en base a un valor de transmisión anual, equivalente al valor presente de las inversiones menos el valor residual, más los costos proyectados de operación y mantenimiento, más los costos de administración"* (artículo 71-41, *indicar (la información según la norma que deben*

#### Continuación nota 26

*Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer:..."* (el énfasis nos pertenece). Tal práctica se aprecia, incluso, en la época previa a la creación de la Contraloría General de la República y encontrándose en vigor la Constitución de 1833. A modo de ejemplo, el reglamento más conocido y aún en vigencia de esa época, denominado Reglamento para la Oficina del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, dictado con fecha 24 de junio de 1857 por el Presidente Manuel Montt, se expidió bajo la fórmula sacramental "*En virtud de lo dispuesto en el artículo 695 del Código Civil, vengo en decretar el siguiente*" (el énfasis nos pertenece), demostrándose que la ritualidad de la época para obligar en forma general a los chilenos, era mediante la voz 'decreto', que proviene del latín *decretum* y que significa, en su primera acepción, 'decisión de un gobernante o de una autoridad, o de un tribunal o juez, sobre la materia o negocio en que tengan competencia' (*Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, vigésima segunda edición en sitio de dominio electrónico [www.rae.es](http://www.rae.es)). Luego, lo determinante para el uso de la expresión es la relación decisión-autoridad-competencia, excluyéndose el acto mismo en sentido material, motivo por el cual se identifica tanto con el gobernante como con el juez. Historia aparte es la discusión civilista respecto de la legalidad del referido reglamento, a partir del artículo 695 del Código Civil, que dispone: "*Un reglamento especial determinará en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la forma y solemnidades de las inscripciones*", ya consensuada en torno a lo que, conforme al Derecho Público, jamás podría ser: "*El Reglamento del Registro Conservador de Bienes Raíces, como vemos, fue dictado por autorización de una ley, el Código Civil, y se ajusta a los términos de éste. Es un decreto con fuerza de ley, produce los mismos efectos que ésta. Así lo ha dicho y reconocido la Corte Suprema*". ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales* (Tomo I, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993) p. 224. El énfasis nos pertenece.

enviar a la Comisión y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en adelante, "Superintendencia" y publicar en el Diario Oficial "*los propietarios de instalaciones de los sistemas de transmisión*" (artículo 71-42), *desarrollar* "...*los procedimientos y materias que sean necesarios para ejecutar las disposiciones contenidas en este título*" (del Panel de Expertos, artículo 134 inciso final), *emanar* (más bien, precisar), "...*las obligaciones*" (de los integrantes de cada Centro de Despacho Económico de Carga, según el artículo 81 bis), *fixar* "...*la antelación*" (para licitar el suministro necesario para abastecer los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios, de acuerdo al 79-1) y, finalmente, *contener* "...*los procedimientos para dar cumplimiento a lo establecido...*" (en el artículo relativo al promedio de los precios vigentes para los suministros a clientes sometidos a regulación de precios, según el artículo 96 ter). En total, doce verbos rectores diferentes para ejecutar las disposiciones legales mediante reglamento, reiterándose en la gran mayoría de las demás, el verbo *establecer*.

Las citas efectuadas tienen por objeto llamar la atención sobre lo que realmente debe constituir el centro del debate respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución: la sujeción de las disposiciones de un reglamento a la Constitución y las leyes y, en particular, a la ley que ejecuta, desarrolla, especifica, determina, complementa o precisa, interpretadas en forma teleológica para escudriñar su auténtico contenido, de manera que forme un todo con la ley que ejecuta. Demasiada tinta se ha gastado en discusiones sobre el tenor literal ante el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y los Tribunales Superio-

res de Justicia, por lo que proponemos el "racionamiento" de este argumento para que, de vez en cuando, surta efectos, ya que, en el campo de la reglamentación de leyes energéticas, su especificación viene dada por la naturaleza misma del sector, esto es, su alta complejidad técnica que hace impracticable "*regular*" plenamente la actividad mediante ley.

Volvamos entonces sobre la necesidad y urgencia esbozada, respecto de independizar el reglamento del decreto. Ello es así, porque el sector energético se ha caracterizado por invocar la regulación mediante ley de las diferentes alternativas técnicas y económicas surgidas en medio de crisis, desnaturalizando por completo el propósito del Constituyente de limitar este tipo de leyes a estatuir, exclusivamente, las bases esenciales del ordenamiento jurídico eléctrico, en el sentido previsto en el artículo 60 número 20 de la CPR<sup>27</sup>. Y ello ha sido así por la desconfianza que produce el decreto, en cuanto acto normativo singular expedido por autoridades que no son elegidos directamente por los ciudadanos, más que por la desconfianza en los mismos reglamentos que, por el contrario, se dictan por quien ha sido investido en virtud de una elección directa y con mayoría absoluta<sup>28</sup>. Pero esto nos conduce (como se demostró especialmente con la elaboración del proyecto de ley que finalizó con la promulgación de la ley N° 20.018) a que se dé por descontado que la potestad reglamentaria de ejecución está maniatada para responder a nuevas crisis, pues si materias propias de reglamento han sido reguladas por ley, análogamente debería recurrirse al mismo acto normativo en el futuro. Ejemplos de lo indicado son las regulaciones relativas a las licitaciones

27 El artículo 60 referido señala que: "*Sólo son materias de ley: (...) 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*".

28 O también por la desconfianza en el "regulador" en sentido económico, no obstante lo cual, es al mismo regulador a quien se le clama por elaborar y presentar proyectos de ley, formularles indicaciones e, incluso, hacer presente urgencias al mismo.

de suministro para abastecer los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios (cuya base esencial se encuentra en el artículo 79 de la LGSE, al cual se le agregaron por la ley N° 20.018 cinco artículos nuevos a continuación, más la introducción de diversas normas de adecuación esencialmente reglamentarias para hacerlas operativas) y, especialmente, los convenios de aumentos o reducciones temporales de consumo entre generadoras con clientes sujetos a regulación de precios, regulado en el artículo 90 bis<sup>29</sup> (introducido también por la ley N° 20.018), calificado hasta de inconstitucional<sup>30</sup>, en circunstancias que sólo explicita un mecanismo que no está prohibido en la ley, opcional y sin costo para las distribuidoras, afectando sólo hipotéticamente las proyecciones de demanda que, de acuerdo a su nombre, son proyecciones y no un derecho adquirido.

La práctica descrita del sector energético ignora, por consiguiente, que el reglamento es un acto normativo general y abstracto, al igual que la ley, cuyo propósito es conformar un todo coherente y sistemático con la ley para permitir su auténtica aplicación, lo que representa, justamente, su capacidad de adaptarse permanentemente a los hechos que, por abstracción y no por literalidad o identidad, son susceptibles de subsumirse a las consecuencias jurídicas previstas en la norma.

Un receptor informado del desarrollo de los actos normativos podrá, con la ansiedad y

conflictividad propia del sector energético, reprochar que la solución de distinguir el reglamento del decreto es meramente formalista y con escasa operatividad para regular el sector, introduciendo incertidumbre en virtud que los derechos constitucionales podrían ser regulados mediante este acto normativo secundario; sin embargo, con el aporte de las secciones siguientes, veremos que, muy por el contrario, permitirá recoger aquello que el Legislador, indirectamente, ha previsto mediante una serie de dotaciones de atribuciones a otros órganos "reguladores" para agilizar la ejecución de las normas legales que son auténticamente bases esenciales del ordenamiento jurídico eléctrico.

### III. MANDATOS CONSTITUCIONALES Y DE LEYES ORGÁNICAS A DETERMINADOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE COLABORAN EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: LOS "REGULADORES" DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS ESPECÍFICAS

Desarrollaremos a continuación, aunque brevemente, una síntesis de las normas orgánicas o que dotan de atribuciones a los órganos que se les suele identificar con el "regulador", fruto de la recepción ya obligada para

29 Disposición que señala en su inciso primero: "Los generadores que suministren energía eléctrica a consumidores sujetos a regulación de precios, conforme a los números 1° y 2° del artículo 90, y cuya potencia conectada del usuario final sea superior a 500 kilowatts, podrán convenir con éstos, reducciones o aumentos temporales de sus consumos, las que se imputarán a los suministros comprometidos por el respectivo generador" y, a renglón seguido, "asimismo, los generadores, en forma directa o a través de las empresas concesionarias de servicio público de distribución, podrán ofrecer y/o convenir con los consumidores de menos de 500 kilowatts reducciones o aumentos temporales de consumo, las que se imputarán a los suministros comprometidos por el respectivo generador", detallando a continuación los resguardos necesarios para los consumidores y, finalizando, con la siguiente convocatoria amplísima al ejercicio de potestad reglamentaria de ejecución a la Comisión Nacional de Energía: "La Comisión establecerá las normas que sean necesarias para la adecuada aplicación del mecanismo previsto en este artículo, regulando los procedimientos, plazos y demás condiciones que se requieran para su ejecución".

30 FELIÚ SEGOVIA, Olga, *Opinión Jurídica sobre la Constitucionalidad del artículo 90 bis que incorpora el Proyecto de Ley Boletín N° 3806-08*, presentado en el segundo trámite constitucional del proyecto de ley que Introduce Modificaciones al Marco Normativo del Sector Eléctrico, Santiago, 2005.

nuestra ciencia de conceptos propios de la económica, pero que, *strictu sensu*, nos provocan algunas distorsiones conceptuales que, con el tiempo, se han transformado en lugar común, pero jamás un error común que constituya derecho para exculparnos.

En primer lugar, el “regulador” por excelencia del sector energético es la Comisión Nacional de Energía, en adelante, la “Comisión”. Pues bien, su potestad normativa emana de su Ley Orgánica<sup>31</sup> y de las leyes que la han dotado para actos específicos, ya que no ha sido la CPR quien la ha atribuido para ejercer la potestad reglamentaria.

De acuerdo a la letra d) del artículo 4° de la Ley Orgánica de la Comisión, para ejecutar sus funciones requiere la colaboración de instituciones y organismos que tienen competencia normativa. Luego, en principio, carece de esta atribución, en cuanto se expresa en ac-

tos administrativos, ya que se ejecutan por intermedio del Ministerio de Minería.

No obstante ello, esta ley orgánica, como toda ley, puede ser modificada o adicionada por otra para otorgarle nuevas atribuciones, de acuerdo a la letra i) del artículo 4°. Y esto ha sucedido con las leyes que analizamos en este trabajo, en cuanto expresamente la han dotado de potestad normativa, preferentemente mediante un acto administrativo concreto: la resolución, eximiéndola incluso de la toma de razón de la Contraloría General de la República, en adelante, la “Contraloría”. Tal es el caso del artículo 2° transitorio<sup>32</sup> de la ley N° 19.940 y de los artículos transitorios 2°<sup>33</sup> y 3°<sup>34</sup> de la ley N° 20.018, además del inciso final del artículo 90 bis<sup>35</sup> de la última ley referida.

Los mejores ejemplos de estas atribuciones, son las resoluciones exentas que ya ha dictado en ejecución de la ley N° 19.940 durante

31 Decreto Ley N° 2.224, publicado en el Diario Oficial el 8 de junio de 1978. De especial interés para nuestras afirmaciones, son los artículos 1°, en la parte que indica que "...se relacionará directamente con el Presidente de la República. Sin perjuicio de la relación señalada, todos aquellos actos jurídicos administrativos de la Comisión Nacional de Energía, en los que, según las leyes, se exija la intervención de un Ministerio, utilizando expresiones tales como 'Ministerio del ramo', 'Ministerio correspondiente', u otras semejantes, se realizarán a través del Ministerio de Minería"; 2°, en cuanto señala que "Corresponderá, en general, a la Comisión Nacional de Energía, elaborar y coordinar los planes, políticas y normas para el buen funcionamiento del sector, velar por su cumplimiento y asesorar al Gobierno en todas aquellas materias relacionadas con la energía"; 3°, en cuanto determina qué comprende el sector de energía para determinar su competencia; y 4°, cuyo encabezado señala que: "Para el cumplimiento de su objetivo corresponderá a la Comisión, en particular las siguientes funciones y atribuciones:", destacándose su letra d), en cuanto dispone: "Elaborar, coordinar y proponer al Gobierno las normas técnicas aplicables al sector energía que sea necesario dictar para el cumplimiento de los planes y políticas energéticas de carácter general así como para la seguridad y adecuado funcionamiento y desarrollo del sistema en su conjunto. Al efecto, podrá requerir la colaboración de las instituciones y organismos que tengan competencia normativa, de fiscalización o ejecución en materias relacionadas con la energía", y de su letra i) que señala: "Cumplir las demás funciones y tareas que las leyes o el Gobierno le encomienden concernientes a la buena marcha y desarrollo del sector energía".

32 Señala el inciso segundo de esta disposición que: "Los plazos y condiciones dispuestos en los artículos 71-12 y siguientes ya indicados, que deban ser contabilizados a partir de la vigencia de las tarifas respectivas y que requieran para su aplicación la dictación de un reglamento, mientras el mismo no se encuentre vigente, deberán estar expresa y previamente contenidos en una resolución exenta de la Comisión, a fin de dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior" (el énfasis nos pertenece).

33 Este artículo dispone que: "Las licitaciones para abastecer suministros regulados que las distribuidoras efectúen durante el primer año de vigencia de esta ley se sujetarán, en cuanto a sus plazos, requisitos y condiciones, a las disposiciones de esta ley y a las que se establezcan por resolución exenta de la Comisión Nacional de Energía" (el énfasis nos pertenece).

34 El inciso tercero de esta norma señala: "Las diferencias positivas o negativas que se produzcan serán determinadas con ocasión del decreto señalado en el artículo 103 y absorbidas por el total de los consumidores regulados del sistema eléctrico, en proporción a sus consumos de energía. Los procedimientos para la determinación de los cargos o abonos a que da lugar este ajuste, los aplicará la Dirección de Peajes del CDEC respectivo y serán determinados mediante resolución exenta de la Comisión Nacional de Energía" (el énfasis nos pertenece).

35 Vid. nota 28.

este año: La que da inicio al proceso de tarificación de los sistemas medianos<sup>36</sup>, la que establece los plazos y condiciones para formar el registro de usuarios e instituciones interesadas con que se inicia el primer proceso de determinación del valor anual de los sistemas de subtransmisión y su tarificación<sup>37</sup> y, recientemente, la Resolución CNE N° 376<sup>38</sup>, por la cual determina plazos y condiciones para las etapas del nuevo primer proceso de tarificación troncal, en virtud de haberse declarado desierta la primera licitación del ETT.

Por su parte, en ejecución de la ley N° 20.018, la Comisión dictará en breve tiempo, la resolución exenta que determinará los plazos, contenidos y requisitos de las bases de licitación para abastecer suministros regulados.

En segundo lugar, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en adelante, "Economía", ejerce las atribuciones que le fueron concedidas en su ley orgánica<sup>39</sup>, aun-

que su potestad normativa emana directamente de los artículos 33, 35 y 36 de la CPR, en cuanto el Ministro que encabeza esta Secretaría de Estado, creada conforme a la ley N° 7.200<sup>40</sup>, es colaborador del Presidente de la República y debe firmar los reglamentos y decretos, así como expedir las instrucciones en conformidad a las normas que establezca la ley.

Un ejemplo adicional a la dictación de decretos que, por su naturaleza le es propia, respecto de las materias previstas en la LGSE y sus leyes modificatorias, es la Resolución Ministerial Exenta N° 9<sup>41</sup>, que dictó la Norma Técnica de Seguridad y Calidad de Servicio para el Sistema Interconectado del Norte Grande y el Sistema Interconectado Central.

Como se puede apreciar, en virtud de la LGSE y sus modificaciones, estos órganos de la Administración del Estado colaboran con el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad reglamentaria, tanto en la elaboración

36 Resolución Exenta N° 139 de la Comisión Nacional de Energía, de 11 de marzo de 2005, que "Establece los plazos y condiciones para formar el registro de usuarios e instituciones interesadas e implementar la modalidad de participación ciudadana en el primer proceso de tarificación en generación y transmisión de sistemas medianos de Aysén y Magallanes".

37 Resolución Exenta N° 341 de la Comisión Nacional de Energía, de 13 de junio de 2005, que "Establece los plazos y condiciones para formar el registro de usuarios e instituciones interesadas en el primer proceso de determinación del valor anual de los sistemas de subtransmisión y su tarificación, de acuerdo a lo establecido en la ley 19.940".

38 Resolución Exenta N° 376 de la Comisión Nacional de Energía, de 23 de junio de 2005, que "Refunde y complementa Resoluciones Exentas CNE/ N°s. 219, 452 y 509 en todo lo pertinente para los plazos y condiciones para las etapas del nuevo proceso de tarificación troncal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2° transitorio y 71-13 y siguientes de la ley N° 19.940".

39 Decreto con Fuerza de Ley N° 88, publicado en el Diario Oficial el 1 de junio de 1953. Conforme a su artículo 1°, "Sin perjuicio de las atribuciones establecidas en el artículo 12 de la ley 7.200, el Ministerio de Economía y Comercio, en lo sucesivo se denominará 'Ministerio de Economía', tendrá a su cargo toda la intervención que realiza actualmente el Estado a través de sus diversas reparticiones en las actividades del comercio, de la industria y los transportes, en virtud de leyes y reglamentos vigentes y los que se dicten en el futuro". El artículo citado de la ley N° 7.200, publicada en el Diario Oficial el 21 de julio de 1942, señala: "Apruébase la creación del Ministerio de Comercio y Abastecimiento, hecha por decreto supremo N° 5.149, de 6 de octubre de 1941". La creación por decreto de esta Secretaría de Estado fue subsanada justamente por dicha ley. Finalmente, debe tenerse presente que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la ley N° 14.171, publicada el 26 de octubre de 1960, el Ministerio de Economía pasa a denominarse "Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción" y se le confiere, entre otras amplias potestades, la de "elaborar los proyectos de fomento y desarrollo de las actividades económicas del país".

40 Vid. nota anterior.

41 Resolución Ministerial Exenta N° 9, de 14 de marzo de 2005, publicada en extracto en el Diario Oficial el día 21 de marzo de 2005. Posteriormente, fue modificada por la Resolución Ministerial Exenta N° 40, de 16 de mayo de 2005, publicada en el Diario Oficial en extracto el 28 de mayo de 2005.

de los reglamentos como en la dictación, directamente o por delegación, de los actos administrativos que las leyes han atribuido como perteneciente a la esfera de sus atribuciones. Ello se traduce en que, por una parte, la Comisión proponga, mediante informes técnicos, los reglamentos que elabora Economía para que sean dictados por el Presidente de la República y, por otra parte, que la Comisión emita los informes técnicos que servirán de base para la dictación de decretos “por orden del Presidente de la República” que expide Economía, en las materias de carácter singular que ha determinado la ley, así como proponga las normas técnicas (rol que en ciertos casos también compete a la Superintendencia) que serán dictadas por Economía.

#### IV. PRINCIPIOS APLICABLES A LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CON POTESTADES REGULATORIAS RESPECTO DE LA GENERACIÓN DE LOS REGLAMENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ESTÁN DENTRO DE SU COMPETENCIA: “EL MARCO REGULATORIO DEL REGULADOR”

Los órganos de la Administración del Estado con potestades regulatorias, por su naturaleza jurídica, están sujetos a los principios de supremacía constitucional y de legalidad, de manera que sus actuaciones deben ceñirse a la Constitución y las leyes, correspondiéndoles, por una parte, participar activamente y de oficio en la elaboración de los reglamentos que inciden en el ámbito de su competencia y, por otra parte, ajustarse a los mandatos de carácter sustantivo del Legislador en las leyes que les corresponde contribuir a reglamentar, así como a los procedimientos establecidos para ejercer sus competencias regulatorias.

Sujetarse estrictamente a la Constitución y las leyes significa que cada órgano: (1) actúa

dentro de la esfera de sus atribuciones; (2) emite o dicta los actos normativos previstos en la CPR y en la ley; (3) expedidos con las formalidades que establecen las disposiciones contenidas en ellas; (4) sujetándose a los procedimientos propios de los actos, según se trate de un reglamento o de un acto administrativo; (5) en la oportunidad o plazo previstos; (6) con los contenidos determinados en sus preceptos, ejecutándolos fielmente, lo que significa, ante todo, permitir que la ley sea plenamente aplicable y no meramente programática porque es incapaz de prever las situaciones técnicas que se manifiestan circunstanciadamente al momento de implementarlas; y (7), actuando en forma coordinada para evitar duplicidad de cometidos, coordinación que en la práctica va más allá del mero intercambio oficial de los resultados de sus actividades, pues se desarrolla un trabajo interdisciplinario e interinstitucional permanente.

Estos significados, presentes en el actuar de todo órgano de la Administración del Estado y muy particularmente en la contribución al ejercicio de la “potestad regulatoria” por los órganos que interactúan en el sector eléctrico, al que se suma la Superintendencia cada vez que un acto incide en sus atribuciones, representan el “marco regulatorio del regulador”, esencial para develar las motivaciones y antecedentes considerados en los actos normativos que, previo a describirlos en la sección siguiente, requieren una somera revisión de sus procedimientos y controles externos a tales órganos.

En el caso de los reglamentos propuestos al Presidente de la República, como se ha dicho, por la Comisión y elaborado por Economía previa conformidad técnica y jurídica, bajo la denominación de decreto, como la atribución de expedirlos es exclusiva de la primera Magistratura, se remite a su conocimiento a través del Ministerio Secretaría General de la República que, obviamente, lo analiza con extrema rigurosidad. Tal es el caso actual del que Aprueba Reglamento de Valorización y Expan-

sión de Sistemas Medianos de la Ley General de Servicios Eléctricos, cuya revisión y firma por el Presidente de la República se espera para los próximos días y, próximamente, lo seguirán los reglamentos de "centrales de generación no convencionales", de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 71-7<sup>42</sup> y 91 inciso quinto<sup>43</sup> de la ley N° 19.940, así como con mayor retraso por sus importantes consecuencias técnicas y económicas, los de Subtransmisión y Potencia Firme.

De acuerdo a lo descrito hasta ahora, el trabajo "puertas adentro de la Administración", por expresa disposición constitucional, no nace o genera efectos jurídicos sino hasta la firma del Presidente de la República, constituyendo éste su principio de existencia y, por ende, exteriorización de la potestad reglamentaria. Lue-

go, desde su despacho por el Ministerio de Economía a la Contraloría General de la República, aunque no se encuentre tomado de razón, sería posible, a raíz de la expedición formal como decreto, conocerlo en virtud del principio de transparencia contenido en el inciso segundo del artículo 13<sup>44</sup> de la ley N° 18.575 y de la extensión, elevada a principio, de publicidad, a que se refiere el artículo 16<sup>45</sup> de la ley N° 19.880. Ello sin perjuicio de lo que se establezca en virtud de la ley de quórum calificado que deberá dictarse en virtud del nuevo artículo 8<sup>o46</sup>, introducido por la ley N° 20.050.

Una vez expedido, corresponde el ejercicio del control de legalidad que, a la luz de la identificación práctica y consuetudinaria de

42 De acuerdo al artículo 71-7, son aquellas que pertenecen a "...propietarios de los medios de generación conectados al sistema eléctrico respectivo cuya fuente sea no convencional, tales como geotérmica, eólica, solar, biomasa, mareomotriz, pequeñas centrales hidroeléctricas, cogeneración y otras similares determinadas fundamentalmente por la Comisión...".

43 Señala este inciso que "Los concesionarios de servicio público de distribución de electricidad, así como aquellas empresas que posean líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público, deberán permitir la conexión a sus instalaciones de distribución correspondientes de los medios de generación cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema eléctrico no superen los 9.000 kilowatts, sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias de seguridad y calidad de servicio vigentes. Las obras adicionales que sean necesarias para permitir la inyección de dichos excedentes de potencia deberán ser ejecutadas por los propietarios de los sistemas de distribución correspondientes y sus costos serán de cargo de los propietarios de los medios de generación indicados, conforme a las modalidades que establezca el reglamento. Para el cálculo de estos costos se considerarán tanto los costos adicionales en las zonas adyacentes a los puntos de inyección, como los ahorros de costos en el resto de la red de distribución, conforme a los procedimientos que para ello establezca el reglamento. El valor de estas instalaciones adicionales no se considerará parte del valor nuevo de reemplazo de la empresa distribuidora correspondiente".

44 Esta norma dispone que: "La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella". El inciso siguiente también alude a los documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial, según la nota siguiente.

45 Su texto es el siguiente: "Principio de transparencia y publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

*En consecuencia, salvo las excepciones establecidas por ley o el reglamento, son públicos los actos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento esencial".*

46 El artículo 1° de la Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005, en su numeral 3, incorpora el siguiente artículo 8°, nuevo: "Artículo 8.º El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".*

reglamento y decreto, la Contraloría General de la República lo ejerce, precisamente, bajo la modalidad de examinar un decreto<sup>47</sup>.

Este examen, en la práctica, se desarrolla mediante la interacción de dos divisiones de la Contraloría: La División de Vivienda, Urbanismo y Obras Públicas y la División Jurídica, encargadas de informarlo al Contralor para su toma de razón definitiva. Evidentemente, mientras más técnicas sean las disposiciones del reglamento de que se trate, tendrá una mayor participación la primera de ellas, cuestión que demuestra, para tranquilidad de los regulados, que el examen de legalidad se extiende incluso más allá de la sujeción estricta a la CPR y a la ley del acto normativo pero que, por lo mismo, una vez que un reglamento ha sido tomado de razón, la presunción de legalidad debiera extenderse a tales aspectos.

Posteriormente y como es sabido, tratándose de un acto normativo de carácter general y obligatorio, debe publicarse íntegramente en el Diario Oficial.

#### V. EXPOSICIÓN DEL EJERCICIO DE LA EJECUCIÓN REGLAMENTARIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO, A LA LUZ DE LA PRÁCTICA DESARROLLADA POR LOS ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE CONTRIBUYEN A ELLA Y QUE EJERCEN POTESTADES ATRIBUIDAS POR LAS LEYES N° 19.940 Y N° 20.018

Conforme a lo expuesto y a propósito del Panel de Expertos, que será latamente

analizado en estas Jornadas, su Reglamento<sup>48</sup> también nos deja enseñanzas respecto de la práctica contralora en su toma de razón. En efecto, se discutió durante su tramitación en Contraloría, entre otras materias, si podía precisarse una sanción respecto del incumplimiento de pago por parte de una empresa, ejecutando por consiguiente el inciso segundo del artículo 134 que introdujo la ley N° 19.940. La opinión inicial, consistía en que reglamentariamente no podía establecerse una sanción, en virtud de los principios generales de carácter sancionatorio aplicables a los ilícitos administrativos. Sin embargo, correctamente a nuestro juicio, primó la tesis en virtud de la cual la obligación legal de pago está contenida en una disposición legal, el citado artículo 134, en relación con la sanción por incumplimiento de carácter residual que establece la ley N° 18.410 en su inciso final. Si la ley ha determinado que constituyen infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravienen cualquier precepto obligatorio, como es el artículo 134 de la LGSE, la descripción de la conducta y la sanción están descritas en normas legales que se complementan, y cuya única ejecución en el artículo 27 del Reglamento del Panel de Expertos, fue establecer que la Superintendencia iniciará un proceso sancionatorio luego de tomar conocimiento por el órgano público que recauda los pagos (la Comisión), pues lo único difuso en las normas legales referidas era el momento en que se iniciaba la investigación.

Por su parte, es interesante tener a la vista el Reglamento de Financiamiento del Estudio

47 En este sentido, se ha indicado que: "*La jurisprudencia administrativa ha entendido que las expresiones 'decretos' y 'resoluciones' que emplea el citado artículo 88 (de la CPR) tienen un significado amplio y, por lo tanto, no sólo comprenden los actos administrativos de carácter particular, sino también los actos generales o de tipo reglamentario*". AYILWIN AZÓCAR, Arturo, "Límites de la potestad reglamentaria del Presidente de la República", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XI, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago (1984), p. 450.

48 Decreto Supremo N° 181 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial el día 16 de septiembre de 2004 y modificado por el Decreto Supremo N° 285 del mismo Ministerio, publicado en el Diario Oficial el día 29 de noviembre de 2004.

de Transmisión Troncal<sup>49</sup>, particularmente en cuanto al siguiente contenido que, gramatical y conservadoramente, podría suscitar dudas de legalidad: El simple hecho de determinar la prorrata de los valores a pagar por las empresas en el financiamiento del ETT.

En efecto, recordamos la demora innecesaria que tuvo en Contraloría el citado reglamento (más de dos meses desde su expedición), casi exclusivamente en virtud de la prorrata de pago establecida en el artículo único transitorio<sup>50</sup> que, hasta donde tuvimos conocimiento, fue casi irrelevante para las empresas que concurren a su pago. Pues bien, en cumplimiento del artículo 2° transitorio de la ley N° 19.940, la Comisión propuso un borrador de reglamento, concordado y redactado por Economía que, finalmente, fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución, correspondiendo determinar la prorrata indicada, bajo los parámetros señalados. Sin embargo, ello motivó informes con explicaciones para justificar la elección del regulador (concretamente, 70% de costo del SIC y 30% de costo del SING), ya que, reconociendo la facultad de determinarlo por primera vez, la falta de precedente administrativo hacía dudar sobre una posible exacción discri-

minatoria o afección del derecho de propiedad de los destinatarios de la norma.

Para terminar esta breve síntesis de los actos a través de los cuales se ha ejercido la potestad reglamentaria de ejecución, podemos citar dos grupos de decretos igualmente trascendentes, pero bajo la forma de mandatos del Legislador directos al Ministerio de Economía, siempre con informes técnicos previos de la Comisión: los decretos<sup>51</sup> que determinaron las denominadas "obras urgentes" para preservar la seguridad del suministro, en sus modalidades de nuevas y ampliaciones y, asimismo, el decreto que fijó los peajes de distribución aplicable al servicio de transporte que prestan las distribuidoras<sup>52</sup>, que estableció los peajes de distribución para que terceros den suministro a usuarios no sometidos a regulación de precios dentro de su área de concesión.

Como se ha señalado, el ejercicio de la potestad reglamentaria ha convivido con diversas situaciones adversas, lo que motivó, además de la misma ley N° 20.018, la ley N° 20.040<sup>53</sup>, que modificó el régimen vigente del subsidio eléctrico para efectos de otorgar, esencialmente, mayor flexibilidad al Presidente de la República para su concesión, pues la primera aplicación de la ley N° 20.018, cumpliendo su artículo 4° transitorio, fue ajustar los precios de nudo vi-

49 Decreto Supremo N° 233 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial el día 20 de diciembre de 2004.

50 El inciso más problemático era el primero: "*Para el financiamiento por parte de los participantes del costo total del primer Estudio de Transmisión Troncal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° transitorio de la ley N° 19.940, de 2004, se aplicarán las prorratas siguientes: corresponderá al conjunto de participantes que integren el Sistema Interconectado Central, en adelante, indistintamente, el "SIC", soportar el 70% del costo total del Estudio; por su parte, el conjunto de participantes que integren el Sistema Interconectado del Norte Grande, en adelante, indistintamente, el "SING", deberán soportar el 30% del costo total de tal Estudio*".

51 Decreto N° 231 y Decreto N° 232, ambos del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicados en el Diario Oficial el 12 de octubre de 2004 y modificados posteriormente por Decreto N° 309 y Decreto N° 310, del mismo Ministerio, publicados en el Diario Oficial el 21 y 17 de enero de 2005, respectivamente.

52 Decreto N° 99 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija Peajes de Distribución Aplicable al Servicio de Transporte que Presten los Concesionarios de Servicio Público de Distribución que señala, publicado en el Diario Oficial el 12 de Mayo de 2005.

53 Publicada en el Diario Oficial el 9 de julio de 2005 y que aún no se ha implementado porque se encuentra pendiente en Contraloría para su toma de razón.

gentes<sup>54</sup>, con lo cual, los usuarios sometidos a regulación de precios contribuyeron significativamente a paliar los efectos, principalmente, de la crisis de abastecimiento de gas natural, modificándose por disposición legal el “derecho adquirido” que tenían en virtud del Decreto N° 152<sup>55</sup> de Precios de Nudo para el período mayo-octubre de 2005.

## VI. CONCLUSIONES

Para concluir, retomaremos el desafío planteado en la primera sección: el reglamento expedido como tal y no bajo la modalidad de decreto, permite, de *lege ferenda*, contribuir al desarrollo del marco regulatorio del sector eléctrico.

Se afirma lo anterior, en virtud que el reconocimiento independiente de su entidad constitucional respecto del decreto<sup>56</sup>, atendidos sus contenidos, lo podrá convertir en un mecanismo expedito para que pueda ejercerse la potestad reglamentaria con la especificidad y tecnicismo propio del sector, cuyo conocimiento exhaustivo para el Legislador es irrelevante, dado que su competencia está determinada por estatuir las bases esenciales del ordenamiento jurídico eléctrico, con la generalidad y abstracción que facilite su comprensión por los ciudadanos y no sólo por algunos de los agentes del mercado.

De esta forma, la ley no será una camisa de fuerza para el regulador que, en tiempos de

crisis, sólo pueda aportar con la elaboración de un proyecto de ley que, normalmente, llegará tarde en la solución eficiente. Además, el inflacionismo legislativo en el sector conducirá, inevitablemente, a inmovilismo, pues toda solución a los problemas de mercado, antes que emanar del mismo o del regulador sectorial interactuando con sus agentes, deberá ser objeto de discusión parlamentaria, allí donde se diluyen luego las responsabilidades si las soluciones planteadas no fueron eficientes.

Lo anterior, en todo caso, no está planteado en función de ampliar las competencias de los reguladores, sino que, muy por el contrario, está orientado a que ellos las puedan cumplir de acuerdo a tales competencias, con pleno respeto a los derechos y garantías individuales y, en general, a la Constitución y las leyes.

Y para ello, el contenido material de la distinción entre reglamento y decreto, es que el primero sea, ante todo, un mecanismo de certeza jurídica, complementario en forma teleológica con la ley: plena y eficaz ejecución de sus preceptos, con un control preventivo especialmente expedito y de análisis técnico profundo, no superficial. Esto se traduce en que el reglamento, al compartir características de la ley y estar íntimamente ligado a ella, requiere un control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional especialmente eficaz, sobre la base de los argumentos de los agentes del mercado y no de alguna de las Cámaras del Congreso Nacional, ya que sus intereses esen-

54 Decreto N° 164 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial el 11 de junio de 2005.

55 Decreto N° 152 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija Precios de Nudo para Suministros de Electricidad de 28 de abril de 2005, publicado el 20 de mayo de 2005.

56 Conviene tener presente que el número 16 del artículo 82 de la CPR señala que: "*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60*". Luego, se distingue expresamente la potestad reglamentaria autónoma de la de ejecución, elevando a la categoría de conjunto el mero adjetivo de "supremo", y reconociendo por tanto una identidad que es contraria al artículo 32 N° 8 y 35 de la misma CPR.

cialmente políticos conllevan a que, o lo invocan por motivos ajenos a los que el mercado tiene, o los agentes del mercado deben “politizar” sus relaciones con congresistas para reunir la cantidad necesaria que les permita recurrir oportunamente en contra del reglamento.

Esto permitirá sustraer del conocimiento de los Tribunales de Justicia causas ajenas a los conflictos propios entre partes, en cuanto inciden exclusivamente en la regulación, obteniendo una sentencia pronta, motivada adecuadamente y preventiva antes que reactiva.

Sólo de esta forma estimamos que se resguardan y respetan adecuadamente las reglas del juego del mercado energético, a lo que sólo podría adicionarse el establecimiento de Tribunales especializados y agencias reguladoras con integrantes designados al estilo del Panel de Expertos, con períodos que excedan y no coincidan con las elecciones de Presidente de la República y parlamentarios.

