

## MANIFESTACIONES RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE GENERACIÓN ELÉCTRICA<sup>1</sup>

José Tomás Errázuriz G.

*RESUMEN: El autor explica la vigencia de los principios de libertad contractual en la comercialización de energía eléctrica por parte de los generadores, quienes no tienen obligación de suministro, y lo contrasta respecto de las empresas de distribución, a las que el Estado exige, conservando su facultad de intervención, la vía concesional para acceder a este servicio público eléctrico. Luego, se diserta sobre la comercialización de energía entre generadores y distribuidores, donde los generadores tienen libertad de vender o no energía a las empresas concesionarias, pues no existe norma que los obligue a tal suministro. Entretanto, a los concesionarios del servicio público de distribución se les impone la responsabilidad de procurarse el abastecimiento de energía para solventar las necesidades de sus clientes. Se analiza una divergencia causada por la falta de contratos de suministro, y resuelta por la Res. Ex. N° 88, del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción. Se analiza el significado jurídico de esta intervención, la cual hace preponderar la voluntad política por sobre los principios informantes del sistema institucional. Finalmente, se fundamentan las decisiones adoptadas por la autoridad en virtud de tal Resolución y las opciones que contempla la normativa vigente frente a esta situación.*

*PALABRAS CLAVE: Derecho Eléctrico – Mercado de generación - Libertad de contratación – Intervención administrativa.*

1. Como sabemos, las empresas del sector eléctrico desarrollan tres diferentes actividades, correspondientes a las áreas de generación, transmisión y distribución, respectivamente.

Tomando como referencia el artículo 168 del Reglamento Eléctrico (Decreto Supremo N°327, de 1997), podemos entender por empresa eléctrica generadora: toda entidad cuyo giro principal sea la generación de energía eléctrica y su correspondiente comercialización.

2. De acuerdo con la legislación eléctrica vigente, contenida en el DFL N°1, de 1982 ("Ley Eléctrica"), Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, contenido en el D.S. N°327, de 1997, de Minería, publicado en el Diario

Oficial de 10 de Septiembre de 1998 ("Reglamento"), y legislación complementaria, la actividad de generación no requiere del otorgamiento previo de concesión por parte del Estado para poder ser realizada, al igual que la actividad de transporte o transmisión de energía eléctrica.

En efecto, como una manifestación de la nueva institucionalidad eléctrica establecida a partir del año 1980, conforme a la cual el Estado asumió una función subsidiaria y se priorizó la gestión privada, todo ello consecuente con los principios considerados por la Constitución Política de la República de 1980, el legislador, al crear las condiciones para una mayor participación de los privados en la actividad

<sup>1</sup> Ponencia presentada en las terceras Jornadas de Derecho Eléctrico, 2 y 3 de julio de 2003, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile

eléctrica, contempló el requerimiento de concesión previa sólo para el ejercicio de la actividad de distribución de energía eléctrica.

Cabe señalar que las anteriores legislaciones eléctricas, esto es, (i) la contenida en el Decreto Ley N°252, de 1925, (ii) la Ley General contenida en el DFL N°244, de 1931 y (iii) aquella contenida en el DFL N°4, de 1959, a diferencia de la actual, sometían las tres áreas de generación, transmisión y distribución a la necesidad de obtener concesión previa por parte de la administración para poder desarrollarse. En cambio, el DFL 1 de 1982, sólo conservó este acto de intervención del Estado, por la vía concesional, como requisito indispensable para la distribución a usuarios finales, única actividad a la cual le otorga el carácter de “servicio público eléctrico”.

Por el contrario, la actividad de generación puede llevarse a cabo por cualquier privado, sin necesidad de ser concesionario, ya que el acto concesional es meramente facultativo para esta actividad.

Por otra parte, si bien el titular de la concesión de servicio público de distribución, en tal carácter de “concesionario”, pasa por esa sola condición a gozar de beneficios o privilegios adicionales relativos a la utilización y ocupación del suelo, tiene a su vez como natural contraprestación o carga la obligatoriedad de servicio que tal título le impone, en los términos que la Ley Eléctrica establece. En este caso, la obligatoriedad de dar servicio a quien lo solicite, que se encuentra contemplada en los artículos 74° y 75° de la Ley Eléctrica.

Por ello es que ante el incumplimiento de la obligación de dar servicio, en los términos de calidad y continuidad que le impone la propia legislación, la Ley Eléctrica le reserva a la autoridad administrativa la facultad de intervenir al concesionario e incluso caducar los derechos otorgados en virtud de la respectiva concesión de distribución, pudiendo transferirla a terceros mediante un procedimiento de licitación. (Artículos 40°, 41°, 42° y 89°).

En cambio, dado que, como señalábamos, de acuerdo con la Ley Eléctrica, la actividad de

generación no tiene el carácter de servicio público, ni requiere por tanto de acto concesional previo, la Ley no le impone obligación alguna de “dar servicio”. Es decir, en la relación generador–distribuidor la empresa generadora no tiene la obligación de vender su energía a tales concesionarios de servicio público de distribución.

La Comisión Nacional de Energía, en su publicación “El Sector Energía en Chile”, de diciembre de 1993, refiriéndose a esta materia, señala que “en esta legislación se supone la existencia de un mercado competitivo a nivel de generación–transmisión y monopólico a nivel de distribución, de modo que la Ley no define la obligatoriedad de servicio para las empresas generadoras y sí lo impone sobre las empresas de distribución”. Todo lo anterior, se desprende de las siguientes disposiciones del DFL N°1, de 1982 (en adelante, la “Ley Eléctrica”):

- Respecto de la actividad de distribución: su carácter de servicio público, requerimiento previo de concesión y obligatoriedad de servicio, emana de las disposiciones de los artículos 2° N°2, 4°, inciso 3°, 7°, 74° y 75°.
- Respecto de la actividad de generación: su característica de no constituir un servicio público, ni de requerir de concesión previa, pudiendo desarrollarse libremente y sin obligatoriedad de servicio, emana del artículo 4°, inciso 3° y del artículo 8°.

3. Conforme al marco de la legislación eléctrica, las empresas de generación comercializan su energía en las siguientes formas:

- Venta a costo marginal a las empresas del CDEC al cual la empresa generadora pertenezca;
- Venta a empresas distribuidoras, al precio de nudo que fija la Autoridad; y
- Venta a precio libre a clientes no regulados (por ejemplo, grandes clientes industriales y mineros; a empresas distribuidoras

respecto de sus clientes libres o no regulados.)

4. En cuanto a la comercialización de energía entre generadores y distribuidores, los generadores son libres de vender o no energía a las empresas concesionarias de servicio público de distribución, ya que no existe norma alguna, ni legal ni reglamentaria, que los obligue a hacerlo.

Es decir, la Ley no les establece a los generadores obligación de suministro.

Rige aquí plenamente, en la relación generador-distribuidor, la libertad de contratación, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual las personas son libres para ejecutar los actos jurídicos que deseen, así como para fijar los contenidos y términos de los mismos.

Como una de las principales manifestaciones de la autonomía de la voluntad, tenemos que los individuos son libres para discutir, ojalá en un plano de igualdad y en la forma que consideren más conveniente para sus intereses, las condiciones y el contenido de los actos jurídicos y contratos que ejecuten o celebren, ya sea aquellos previstos en la ley o aquellos innominados. Sólo existen como limitantes las disposiciones legales imperativas o prohibitivas, las que, por lo general, están destinadas a salvaguardar la moral, las buenas costumbres y el orden público.

En consecuencia, la libertad contractual, expresión de este principio, se manifiesta en un doble aspecto: permite tanto la posibilidad de creación autónoma de relaciones jurídicas, como la posibilidad de determinación autónoma del contenido de esas relaciones.

5. Por otra parte, una manifestación evidente de este principio, la encontramos en el libre ejercicio que corresponde a los particulares en el desarrollo de actividades económicas, derecho garantizado constitucionalmente, consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República de Chile, que dispone textualmente: "El derecho a

desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado." Este principio se encuentra consagrado también a nivel legal, en el artículo 1.445 del Código Civil, que dispone que, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario, entre otros, que consienta en ello.

6. Tratándose de los concesionarios de servicio público de distribución, y como exigencia inherente a las características de continuidad y obligatoriedad de dicho servicio público, la normativa les impone la responsabilidad de procurarse el abastecimiento de la energía necesaria para satisfacer los requerimientos de sus clientes.

Así, en correspondencia con la obligación de servicio impuesta a tales concesionarios por el artículo 74° de la Ley Eléctrica, el artículo 240 del Reglamento dispone expresamente lo siguiente: "Para asegurar el cumplimiento de la obligación de dar suministro, los concesionarios de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del abastecimiento de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total de sus necesidades proyectadas para, a lo menos, los próximos 3 años.

Si la obligación anterior se cumple mediante contratos, para los efectos de tales contrataciones, los concesionarios de servicio público de distribución deberán implementar un sistema de acceso abierto a los diferentes oferentes del mercado, en que se convoque públicamente a éstos a participar en el abastecimiento que requieran contratar, bajo condiciones libremente definidas, que sean de general aplicación en un

momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y de público conocimiento.

En caso que un concesionario no pudiese disponer del abastecimiento requerido en esta norma, deberá informarlo a la Superintendencia y a la Comisión, dentro de los primeros 30 días en que esto ocurra”.

Resulta entonces claro que todo concesionario de servicio público de distribución debe actuar diligentemente para procurarse los suministros de energía necesarios para prestar el servicio público de distribución de electricidad y que el cumplimiento de esta obligación es de su exclusiva responsabilidad.

7. Asimismo, el inciso 2º del referido artículo 240 reconoce que los generadores no están obligados a abastecer al distribuidor, al señalar que este abastecimiento, proveniente de los generadores, “se cumple mediante contrato”, para cuya obtención se debe implementar “un sistema de acceso abierto” a los diferentes “oferentes del mercado”, quienes serán convocados a participar en el abastecimiento requerido “bajo condiciones libremente definidas”.

Como se puede apreciar, la propia norma reglamentaria confirma la plena aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, expresado en la libertad de contratación que rige a las empresas eléctricas generadoras, al establecer que son libres de participar en los procesos de licitación a que deben convocar los distribuidores y, en consecuencia, libres de formular ofertas si, a su juicio, resulta económicamente atractivo el suministro respectivo.

Confirma además lo anterior, la circunstancia que la normativa eléctrica, en cuanto a la comercialización entre generadores y distribuidores, limita su intervención a regular el precio máximo al cual los generadores podrán vender energía a los distribuidores, estableciendo que éste es el denominado precio de nudo que, en correspondencia con lo dispuesto en los artículos 96º y siguientes del DFL N° 1, de 1982, fija la Autoridad mediante el procedimiento

descrito en los artículos 268 y siguientes del Reglamento.

Cabe recordar que el Comité de Expertos que informó respecto de una divergencia surgida en el Directorio del Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central (CDEC – SIC) en diciembre del año 2000, a la cual nos referiremos más adelante, formuló al respecto la siguiente declaración: “que si bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 268 del DS N° 327, de Minería, el precio al cual los generadores deben vender a los distribuidores es un precio regulado cuyo máximo es el precio de nudo (precio fijado por la CNE), los generadores son libres de vender o no energía a los distribuidores, ya que no existe norma alguna ni legal ni reglamentaria que los obligue a hacerlo.” (Informe emitido por el Comité de Expertos, con fecha 28 de enero del 2001, sobre divergencia CDEC – SIC (D. 20-01-01)).

En síntesis, queda claro que el carácter de servicio público de la actividad de distribución se traduce en normas que sólo afectan al concesionario respectivo y que comprometen su exclusiva responsabilidad personal de procurarse y asegurar el suministro eléctrico, a fin de cumplir con su obligación legal de dar servicio, de modo de estar en condiciones de atender sus compromisos y su responsabilidad legal. Por otra parte, en lo que se refiere a los generadores, los efectos del reconocimiento de la existencia de un servicio público de distribución sólo los afecta en cuanto la Ley Eléctrica fija un precio máximo al que éstos pueden voluntariamente vender energía y potencia al concesionario de distribución respectivo, sin que ello implique, en modo alguno, la imposición de una obligación legal de vender al distribuidor.

8. La situación de hecho que ha puesto en jaque el respeto y preponderancia del sistema institucional que asegura el ordenamiento jurídico vigente, se ha dado con motivo de que empresas distribuidoras no han asegurado su obligación de dar suministro, característica de la esencia del servicio público eléctrico del cual son concesionarias.

Así, concesionarias de distribución que no contaban con contratos de suministro vigentes con empresas generadoras y que, a su vez, no cumplieron con su obligación de asegurar el abastecimiento en los términos establecidos por la norma del artículo 240 del Reglamento, continuaron, no obstante, en el caso del CDEC – SIC, retirando energía.

Lo anterior dio lugar a la divergencia producida entre los integrantes del CDEC – SIC, suscitada en la Sesión Extraordinaria de Directorio N° EX 12.3-2000, de 21 de diciembre de 2000, relativa al “Tratamiento que debe darse en el Balance de Valorización de Transferencias de Energía a consumos que se realicen y se constate que no tienen contrato de suministro y a las acciones y medidas operativas que debe adoptar la Dirección de Operación, habida consideración de su impacto en la seguridad global de servicio y la garantía de los derechos de servidumbre de paso de energía”.

Esta divergencia, por aplicación del procedimiento contemplado en los artículos 178 y 179 del Reglamento, fue resuelta por el señor Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, mediante Resolución Exenta N° 88, de fecha 30 de mayo de 2001, en adelante “Resolución N° 88”, conforme a la cual se resolvió, en síntesis, lo siguiente:

- a) El CDEC – SIC deberá despachar las unidades generadoras, para satisfacer los requerimientos de energía y potencia de las distribuidoras de energía eléctrica, aunque éstas no mantengan contrato de suministro vigente.
- b) Se declaró que no es legalmente admisible que el CDEC – SIC instruya o proceda a la desconexión de las barras de consumo de tales empresas distribuidoras que no cuentan con contrato.
- c) Los retiros efectuados por las referidas distribuidoras se entenderá que corresponden a retiros efectuados por todas y cada una de las empresas generadoras integrantes del CDEC, prorrateados entre

ellas conforme a sus energías firmes, según la definición del artículo 18 transitorio del Reglamento Eléctrico.

- d) Respecto de los precios en que se valorizarán dichos retiros, se dispuso por la Autoridad aplicar el precio de nudo vigente en el punto de retiro, en el caso que se efectúen para clientes regulados de la empresa distribuidora. Si el retiro se efectúa para clientes libres de la empresa distribuidora, la Dirección de Operación, en representación del conjunto de las empresas generadoras del CDEC, acordará un precio libre con la distribuidora, y en caso de no lograr un acuerdo en un período de 30 días, el precio corresponderá al costo marginal horario respectivo valorizado en la barra de retiro que corresponda y será aplicado desde el momento del cese del contrato señalado; y
- e) Los puntos de retiro, tanto para los suministros regulados como los de precios libres, deberán ser acordados entre la empresa distribuidora y la Dirección de Operación. Si no es posible lograr tal acuerdo, se entenderá que el retiro se efectúa en aquellas barras del sistema de transmisión que, permitiendo el suministro de la distribuidora sin contrato, no significa al conjunto de las generadoras incurrir en el pago de peajes adicionales de transmisión por dicho suministro, debiendo ser de cargo de dicha empresa distribuidora el pago de los peajes adicionales.

En caso que se llegue a un acuerdo y se convengan puntos de retiro que den lugar al pago de peajes adicionales por parte del conjunto de los generadores, la Dirección de Peajes del CDEC – SIC, en representación del conjunto de las empresas generadoras integrantes, acordará con las empresas transmisoras que corresponda los peajes adicionales que dé lugar el suministro libre y regulado de la empresa distribuidora sin contrato.

9. ¿Qué significó desde el punto de vista jurídico esta intervención del Ministro?

a) Introdujo una figura de “contratación forzosa” que nuestra normativa eléctrica no contempla.

Ésta consistió en imponer al conjunto de las empresas generadoras integrantes del CDEC – SIC la venta forzada de energía, directa y vinculante, en favor de concesionarias de distribución con las cuales no mantenían contratos vigentes.

Para ello, la autoridad administrativa utilizó una técnica inconsulta en nuestra legislación, ya que, teniendo la institución de la contratación forzosa un carácter excepcional, sólo tiene cabida cuando la legislación así lo contempla mediante texto expreso.

Sin embargo, en este caso, ante la falta absoluta de precepto de ley y bajo la excusa de un procedimiento administrativo de resolución de divergencia, se utilizó una vía interpretativa para llegar a establecer lo que la ley no dispone, cual es, la venta forzosa de energía en favor de distribuidoras.

De esta forma, se fijaron por vía administrativa: (i) las partes, (ii) el contenido, (iii) el precio de la compraventa forzosa de energía y (iv) la vigencia de esta relación impuesta:

- Las partes: Parte Vendedora: el conjunto de empresas integrantes del CDEC – SIC; Parte Compradora: la empresa concesionaria de distribución de energía eléctrica que, sin tener contratos vigentes con ninguna de las empresas generadoras integrantes del CDEC – SIC, continúe efectuando retiros tanto para sus clientes regulados, como libres.
- Contenido: Retiros de energía que continúen efectuando empresas distribuidoras sin contrato de suministro. Precio: i) Tratándose de clientes regulados de la distribuidora, los retiros se valorizan a los precios de nudo vigentes en el punto de retiro; y ii) Tratándose de clientes libres de la distribuidora, se instruye a la

Dirección de Operación para que, en representación del conjunto de las empresas generadoras del CDEC, acuerde un precio libre con la distribuidora. Para el caso de no lograr acuerdo, se establece en sustitución que el precio corresponderá al costo marginal horario respectivo valorizado en la barra de retiro que corresponda.

Los ingresos provenientes de los pagos efectuados por la empresa distribuidora se prorratan entre los generadores conforme a sus energías firmes, considerando sus instalaciones de generación propias más las contratadas, debiendo las generadoras facturar directamente a la distribuidora con la proporción de ventas que le corresponda.

- Vigencia: Mientras la empresa distribuidora sin contrato de suministro no regularice su situación contractual.

b) Desde el punto de vista de la clasificación que hace la doctrina de los “contratos forzados”, la contratación impuesta en este caso por la Autoridad corresponde al denominado “contrato forzoso heterodoxo”, que se caracteriza por la pérdida completa de la libertad contractual. Es decir, tanto el vínculo jurídico, como las partes y el contenido negocial, vienen determinados heterónomamente por un acto único del poder público.

Cabe hacer presente que hasta la creación de esta figura de “venta forzosa” impuesta por vía administrativa, en virtud de la Resolución N° 88, la legislación eléctrica sólo contemplaba las siguientes dos figuras que se asimilan a lo que la doctrina considera como “contratación forzosa”:

i) La primera de ellas, que participa de los rasgos propios de una contratación forzosa, se refiere a las transferencias de energía entre empresas eléctricas integrantes de un CDEC, cuyas instrucciones de coordinación y operación son obligatorias para ellas, con el objeto de lograr los elementos de instantaneidad y simultaneidad

que caracterizan el proceso eléctrico en Chile, de modo que a través de labores de coordinación se logre un suministro continuo y seguro del servicio, además de económicamente eficiente.

ii) El segundo caso, se refiere a la contratación forzosa impuesta a las empresas concesionarias de distribución de electricidad, respecto a los usuarios finales del servicio regulado.

10. La resolución administrativa del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, ante una situación por cierto muy sensible y relevante, privilegió la voluntad política, la que hizo preponderar por sobre los principios jurídicos que informan nuestro sistema institucional.

Por ello, la crítica que se ha formulado desde un punto de vista jurídico a esta intervención administrativa, se resume señalando que ha representado un doble desconocimiento:

(i) primero, de su carencia de potestades para decidir de esa forma, y

(ii) segundo, de los derechos constitucionales referidos tanto a las libertades que posibilitan el ejercicio de la actividad de generación, como del derecho de propiedad.

En síntesis, se destaca lo siguiente:

9.1. Como se dijo anteriormente, no existe ni en la Ley Eléctrica ni en su Reglamento disposición alguna que imponga una venta forzada de energía entre empresas generadoras y concesionarias de servicio público de distribución. A su vez, es también evidente la absoluta ausencia de norma que autorice a autoridad administrativa alguna la imposición de una contratación forzosa como la establecida por la Resolución N°88, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias.

Como consecuencia de ello, al dictar la referida resolución administrativa el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción excedió sus facultades legales y competencia, infringiendo así el principio de legalidad o juridicidad

contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución, al atribuirse una autoridad que no le ha sido conferida por precepto alguno de nuestro ordenamiento y que, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, le está permitido atribuirse.

Cabe destacar que, dado el carácter excepcional de la contratación forzosa, frente al principio de la autonomía de la libertad, expresado en la regla general de libertad de contratación que informa a nuestra legislación, esta figura, por la cual se faculta a la Administración para intervenir en una determinada actividad, sólo resulta legítima en cuanto el legislador la haya contemplado expresamente, cosa que en la especie no ocurre.

Por el contrario, según hemos visto, la única intervención autorizada del Estado en la relación de comercialización que voluntariamente se convenga entre un generador y un concesionario de servicio público de distribución, (en relación con los clientes regulados de este último) se limita al precio máximo de la transacción, cual es el precio de nudo fijado por la CNE, rigiendo en todo lo demás los principios de libertad de contratación antes referidos.

10.2. Al encontrarse las empresas generadoras desarrollando la actividad económica de generación eléctrica, con pleno respeto a las normas legales que la regulan, las que no contemplan la figura de venta forzosa, impuesta en este caso por vía administrativa, se infringe con esta intervención administrativa su derecho a la libre actividad económica garantizado por el N°21 del artículo 19 de la Constitución, pasándose a llevar, además, derechos plenamente adquiridos por dichas empresas.

Entre los elementos propios del Estado de Derecho figuran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan una actividad económica con sujeción a sus principios y normas positivas.

De allí que al asegurar la Constitución a todas las personas el derecho de desarrollar libremente cualquier actividad económica, bajo la organización legal que estimen conveniente,

con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad, y con la limitación de no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, es obligación tanto del legislador, como del Estado y de toda autoridad respetar plenamente esta garantía.

En este caso, el origen del agravio al legítimo ejercicio del derecho al desarrollo de la actividad económica de generación, ha estado constituido por la acción de una Autoridad, que ha privado el derecho a la libre contratación que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, ejercido por las empresas generadoras dentro de los ámbitos que les permite la legislación eléctrica que regula su actividad.

10.3. Se conculca el legítimo derecho de las empresas generadoras en orden a no comprometer su producción con cualquier cliente, sea empresa distribuidora o cliente libre, por razones comerciales que no tengan su origen en su propia y voluntaria decisión.

Conforme con la legislación aplicable, cualquier empresa generadora que opera bajo el actual marco normativo, es libre y autónoma para decidir con completa libertad e independencia su política comercial. De esta forma, podrá libremente optar por vender toda su producción en el mercado spot, en cuyo caso la propia Ley Eléctrica garantiza como precio el respectivo costo marginal instantáneo, o bien, vender a empresas concesionarias de servicio público y distribución, en cuyo caso el precio es el denominado precio de nudo, o bien, comercializar su energía con clientes libres.

De modo que, al afectarse por la vía de la resolución ministerial en análisis la energía generada por las empresas generadoras, se ha afectado también su derecho de propiedad garantizado por el N°24 del artículo 19 de la Constitución, en un doble aspecto: (i) El primero, se manifiesta en la disposición forzosa de su energía en ausencia de contratos vigentes y contra su voluntad, en condiciones económicas impuestas sin autorización de ley, afectando así su patrimonio y, en consecuencia, uno de los

atributos de la personalidad; y (ii) el segundo, al imponer una obligación que afecta gravemente la facultad de disposición que corresponde a toda empresa generadora respecto de la energía eléctrica que produce, privándola así de su capacidad de administración que le compete, todo lo cual afecta la esencia del derecho de propiedad garantizado por el artículo 19 N°23 de la Constitución.

Recordemos que el Tribunal Constitucional ha declarado que "...debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable, o lo privan de tutela jurídica" (Rol N°43, fallo de 24.02.87, Consid. 21°).

En este caso, la afectación de la facultad de disposición y privación de la capacidad de administración se produce como consecuencia de una resolución administrativa que afecta a empresas generadoras en su derecho de dominio y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio. Es del caso destacar que el profesor Sr. Enrique Evans de la Cuadra, en su obra "Los derechos constitucionales", refiriéndose a esta materia, expresa que "para regular otros frentes de problemas que surgen en la sociedad civil, como los que señalamos al nombrar algunos bienes jurídicos no comprendidos en la concepción de "intereses generales de la nación", el legislador podrá adoptar otras medidas; pero nunca podrá de manera jurídicamente inobjetable asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con obligaciones o limitaciones que el contribuyente en 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes sólo por vía muy excepcional".

Como ha sido reconocido por la jurisprudencia, el ejercicio del derecho de propiedad, en cualesquiera de sus facultades, tiene como límite la ley y debe ajustarse a reglamentaciones que en conformidad a ella se establecen. De modo que si se ha cumplido con los

requisitos y condiciones que la ley exige para el ejercicio de una determinada actividad que se encuentra regulada por ley, su perturbación infringe la garantía contemplada en el N° 23 del artículo 19 de la Constitución.

Por medio de la dictación de la Resolución N°88, la autoridad administrativa incurrió en una intervención directa y permanente en las reglas de la oferta y demanda que rigen el mercado eléctrico, al imponer una contratación forzosa que la ley concibe como sujeta a la autonomía de las partes.

10.4. Otras infracciones: Se incurre además en otras infracciones tales como: La imposición a los órganos del CDEC – SIC de tareas que escapan a las funciones que le han sido conferidas por el ordenamiento. A título ilustrativo, cabe citar la instrucción que se imparte a la Dirección de Operación para “negociar” los precios de los retiros que hagan las distribuidoras para sus clientes libres.

El Director de Operaciones no tiene atribuciones para negociar precios en representación de las generadoras integrantes del CDEC y no existe disposición alguna que faculte a la Autoridad para imponerle tal función, como tampoco existe norma alguna que fije un plazo para dicha negociación, ni la aplicación subsidiaria del costo marginal, para el caso de no alcanzarse un acuerdo.

11. Fundamento de las decisiones adoptadas por la Autoridad en virtud de la Resolución N°88.

11.1. No podemos dejar de señalar que la razón de fondo que llevó a la Autoridad a imponer la entrega forzosa de energía, en los términos establecidos en la citada Resolución N°88, fue su interés por dar solución transitoria a una situación coyuntural producida por el peligro de dejar sin suministro eléctrico a los clientes del distribuidor moroso.

Sin embargo, debemos señalar enfáticamente que ni aun esta grave situación ha podido significar establecer un procedimiento no contemplado en la legislación vigente y que significa traspasar responsabilidades a las empresas

generadoras, afectando de paso sus derechos, en circunstancias que la obligación de suministro se encuentra establecida por la Ley Eléctrica exclusivamente respecto de los concesionarios de servicio público de distribución.

Lo anterior equivale a considerar la actividad de generación como “un servicio público” y, en consecuencia, a traspasarle, en su conjunto, obligaciones que, por ley, son exclusivas del único servicio público eléctrico que contempla la legislación eléctrica, cual es, el correspondiente al concesionario de distribución.

El carácter de servicio público que, de acuerdo con nuestra legislación, es propio y exclusivo de la distribución eléctrica, no tiene ni puede tener efecto alguno en la aplicación del principio de libertad contractual que rige, conforme a la Ley Eléctrica, la actividad de comercialización que es propia de las empresas generadoras y que va de la mano de la priorización de la iniciativa privada que consagra la Constitución.

En otras palabras, la actual legislación eléctrica no permite que el carácter de servicio público de los concesionarios de distribución se traspase a las actividades de generación y transporte de energía.

La falta de incentivos y señales económicas suficientes constituyen una legítima motivación para que las generadoras adopten las decisiones económicas que libremente estimen más adecuadas para el ejercicio de su actividad, todo conforme a las reglas a las cuales deben someterse.

En consecuencia, siendo sus decisiones de comercialización legítimas, no resulta viable desde un punto de vista legal que la Autoridad les imponga la disposición forzosa de la energía, en favor de quienes sólo se encontrarían obligadas al suministro de mediar una contratación voluntaria.

Todo lo anterior, además, en abierta infracción al derecho de propiedad y la capacidad de administración de las empresas generadoras y pasando a llevar el principio de juridicidad, según se señaló precedentemente.

11.2. El fundamento invocado por la Administración como justificación última de la decisión adoptada por la Resolución N°88, correspondió al alcance que, por vía interpretativa, se le asignó a la función “preservación de la seguridad del servicio”.

Tal función es interpretada por la Autoridad como una obligación continua e ininterrumpible de suministro, que se hace recaer sobre el conjunto de las empresas que operan interconectadas entre sí, coordinadas por un CDEC.

De ahí, concluye la Autoridad que “no cabe otra opción posible que determinar la obligación del CDEC de ordenar a sus integrantes para que, en conjunto, procedan al cumplimiento de la obligación de suministrar energía ante la ausencia de obligaciones contractuales de suministro”. Como consecuencia de ese razonamiento, se resolvió, en lo esencial: a) Que las empresas que integran el CDEC – SIC deben proceder con el despacho de las unidades del sistema eléctrico y la operación del mismo en términos de abastecer toda la demanda del sistema, con independencia de la existencia de empresas distribuidoras sin contrato de suministro; y b) Ordenó a la Dirección de Operación realizar los programas de operación semanales y diarios considerando todos los consumos del sistema y ordenando la demanda de energía en los términos normales, facultándola para requerir toda la información necesaria de quienes estén conectados con sus instalaciones al sistema, en particular, directamente de las distribuidoras que no tengan contratos de suministro si fuera el caso.

La crítica que se ha formulado a este razonamiento, se resume de la siguiente forma:

a) Dar un alcance a la finalidad de “preservación de seguridad del servicio” que excede por mucho al que le otorga la propia Ley Eléctrica.

En este sentido, el cumplimiento de la obligación de coordinación a través de un CDEC, que pesa sobre las empresas generadoras que funcionan interconectadas entre sí, sólo es dable exigirlo en los términos que se encuentran

regulados expresamente por la Ley Eléctrica y su Reglamento.

Es así como el artículo 171 del Reglamento establece que el CDEC “coordinará la operación del sistema eléctrico correspondiente conforme a las normas del presente Reglamento”, siendo sólo en este caso sus instrucciones de coordinación obligatorias para todas las centrales generadoras y líneas de transportes interconectadas al respectivo sistema.

b) Por otra parte, los órganos que conforman cada CDEC, cuales son el Directorio, la Dirección de Operación y la Dirección de Peajes, sólo pueden ejercer las funciones que taxativamente se encuentran establecidas en el mismo Reglamento, según se desprende de su artículo 180. Es el caso que ninguna de las disposiciones del Reglamento faculta ni al CDEC ni a autoridad administrativa alguna para que, con miras a la finalidad de “preservar la seguridad del suministro”, ni de ninguna otra, se pueda imponer a las empresas generadoras la obligación de transferir forzosamente energía a empresas concesionarias de distribución que no cuenten con contratos de suministro vigente.

c) Ni siquiera se encuentra facultado el CDEC, a través de su Dirección de Operación y del Centro de Despacho y Control, para contemplar en la planificación y programación de la operación, que constituye una de sus funciones, demandas que no se encuentren respaldadas por los respectivos contratos de suministro.

12. ¿Qué opciones contempla la normativa vigente frente a esta situación?

12.1. Como sabemos, el único supuesto de “servicio público eléctrico” que contempla la legislación del rubro es el correspondiente a la distribución.

Siendo coherente con tal calidad, la propia Ley Eléctrica que así lo declara, impone la necesidad de contar previamente con concesión otorgada por autoridad competente y le asigna, en consecuencia, la obligación inherente a una concesión de servicio público de distribución eléctrica, cual es, la obligatoriedad de dar servicio,

como expresamente se declara en el artículo 74° de la Ley Eléctrica.

12.2. Por su parte, el artículo 240 del Reglamento refuerza lo anterior, al imponer a la distribuidora una obligación de resultado, estableciendo que, para asegurar el cumplimiento de la obligación de dar suministro, los concesionarios del servicio público de distribución eléctrica deben disponer permanentemente de abastecimiento, ya sea mediante generación propia o mediante la contratación del suministro con terceros, que les permita satisfacer el total de sus necesidades proyectadas para, a lo menos, los próximos tres años.

Para ello, la concesionaria debe actuar con la máxima diligencia y realizar todo lo que se encuentre a su alcance para adoptar las medidas necesarias y eficaces que la Ley y el Reglamento le autorizan para cumplir con su obligación de asegurar el suministro eléctrico a sus usuarios, de acuerdo con las necesidades proyectadas de los próximos tres años.

Estas medidas, por cierto, deben adoptarse en forma oportuna, es decir, tanto en tiempo como en forma y, para el caso de que no pudiese disponer del abastecimiento requerido, el inciso final del artículo 240 impone la obligación de así informarlo a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y a la Comisión Nacional de Energía, dentro de los primeros 30 días en que esto ocurra.

Esta obligación de información tiene precisamente por objeto permitir a la Autoridad que sea ella, en defecto del concesionario, la que adopte, también con la debida oportunidad, las medidas que la legislación contempla, las que, en su grado inferior, consisten en la intervención provisional del servicio y, en su grado superior, en la declaración de caducidad de la concesión respectiva y su posterior transferencia a terceros por vía de licitación.

Todo ello, sin perjuicio de las sanciones adicionales que correspondiera aplicar con motivo de la responsabilidad infraccional en que hubiere incurrido el concesionario, todo lo cual guarda concordancia con las obligaciones y facultades que

establece la Ley N° 18.410 y sus modificaciones, que crea y regula el funcionamiento de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC).

12.3. Al respecto, las disposiciones que expresamente contemplan las etapas de intervención mencionadas, son los artículos 40°, 41° y 89° de la Ley Eléctrica, disposiciones todas que contemplan como causa fundante del deber actuar de la Autoridad, la deficiencia en la "calidad del servicio".

(i) En efecto, la disposición del artículo 40 faculta al Presidente de la República para declarar caducadas las concesiones de servicio público de distribución que se encuentran en explotación, "a) si la calidad del servicio suministrado no corresponde a las exigencias preestablecidas en esta Ley o en sus Reglamentos, o a las condiciones estipuladas en los decretos de concesión", salvo que el concesionario requerido por la SEC remediare tales situaciones en los plazos que ésta exija.

A su vez, según lo dispone el artículo 41° de la Ley Eléctrica, producida alguna de estas causales, "el Presidente de la República ordenará a la Superintendencia intervenir la concesión del servicio público de distribución y determinará quién se hará cargo de la explotación y administración provisional del servicio".

Como se aprecia, en virtud de estas dos disposiciones, en las hipótesis referidas a la "calidad del servicio" que ambas contemplan, se considera una intervención de la concesión por parte de la SEC, estableciendo una administración provisional del servicio y, a su vez, el establecimiento de plazos por parte de dicha autoridad dentro de los cuales el concesionario puede remediar la situación que lo afecta.

De no ocurrir lo anterior y declararse caducada la concesión del servicio público de distribución por parte del Presidente de la República, debe disponerse su licitación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.

(ii) Por su parte, el artículo 89 de la Ley Eléctrica contempla la posibilidad de que la SEC, mediando autorización del Ministerio del

Interior, tome las medidas necesarias para asegurar provisionalmente el servicio, a expensas del concesionario, en el caso que: "la explotación de un servicio público de distribución fuera en extremo deficiente, a causa de su mala calidad u otras circunstancias que hicieren inaprovechables los servicios, según las normas expresas que establezcan los reglamentos".

La misma norma dispone que, si durante el plazo de tres meses de ocurrida esta intervención, lo que denomina "organización del servicio provisional", el concesionario no vuelve a tomar a su cargo la explotación, garantizando su continuidad, "el Presidente de la República podrá declarar caducada la concesión y disponer, por consiguiente, su transferencia a terceros en la misma forma que establecen los artículos 42 y siguientes".

Como decíamos, las disposiciones citadas tienen como común denominador de la justificación y motivación de la intervención de la Autoridad la situación de deficiencia en la "calidad del servicio" del concesionario del servicio público de distribución.

La "calidad del servicio" constituye una exigencia y característica de la esencia del servicio público de distribución eléctrica que, como lo establece el artículo 222 del Reglamento, representa "el conjunto de propiedades y estándares normales que, conforme a la Ley Eléctrica y el Reglamento, son inherentes a la actividad de distribución de electricidad concesionada, y constituyen las condiciones bajo las cuales dicha actividad debe desarrollarse".

Así, la misma norma hace expresamente comprensiva de la "calidad del servicio" a todas las demás condiciones esenciales de este servicio público de distribución, de las cuales corresponde destacar, en este caso, "la obligatoriedad" (c) y la continuidad del servicio (h), sin perjuicio de considerar también como constitutivas de la calidad del servicio a la regularidad del suministro y seguridad de las instalaciones y operación.

Recordemos que, de conformidad con las disposiciones de los artículos 74º y 83º de la Ley Eléctrica, y los artículos 105 y 145 del

Reglamento, las empresas concesionarias de servicio público de distribución de electricidad están obligadas a dar servicio en su zona de concesión a quien lo solicite, debiendo suministrar electricidad a sus usuarios de manera continua e ininterrumpida, todo ello en los términos que contempla dicha normativa. Si no se cumple con uno cualquiera de estos parámetros o exigencias inherentes al servicio público de distribución, en los términos establecidos por la Ley Eléctrica o su Reglamento, entonces se está frente, ya sea: a) de una calidad de servicio suministrado que no corresponde a las exigencias preestablecidas en la Ley o en sus Reglamentos, o a las condiciones estipuladas en los decretos de concesión, ambos supuestos contemplados en el artículo 40º de la Ley Eléctrica; o b) de una explotación en extremo deficiente, a causa de su mala calidad, supuesto base del artículo 89º de la Ley Eléctrica.

De hecho, ninguna duda puede haber que la imposición y consiguiente responsabilidad que el artículo 240 del Reglamento hace recaer sobre el concesionario de distribución eléctrica, en cuanto a disponer permanentemente de abastecimiento de energía, ya sea a través de contratos o por medio de capacidad propia de generación, dice directa relación con las cualidades esenciales de "continuidad" y "obligatoriedad" inherentes a la "calidad del servicio", como lo dispone el artículo 222 de dicho Reglamento.

11.4. La intervención del concesionario de distribución por parte de la autoridad, le permite a ésta, como lo contemplan las disposiciones legales citadas, establecer una administración provisional, con miras a asegurar y organizar provisionalmente el servicio, adoptando medidas de intervención que tiendan a cumplir con ese objetivo.

Así, podrá:

a) Establecer oportunamente bases de licitación para la contratación de suministro, conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 240 del Reglamento, eliminando de aquellas bases que hubieren regido licitaciones anteriores fallidas, todas aquellas limitaciones o trabas que hubieren generado desincentivos para formular ofertas.

b) También podrá investigar, en el caso que la distribuidora dispusiera de generación propia, si corresponde o no la aplicación de lo dispuesto ya sea en el artículo 168 o bien en el artículo 169 del Reglamento.

La primera disposición establece que superados los umbrales de capacidad instalada definidos en dicha norma, el concesionario de distribución debe obligatoriamente pasar a integrar el CDEC respectivo. En el caso del artículo 169, la distribuidora puede ejercer la opción de pasar a integrar el CDEC, si cuenta con una capacidad instalada de generación superior a 9 Megawatts.

De concurrir una cualquiera de las dos hipótesis, el concesionario distribuidor, al pasar a integrar el CDEC, puede, por lo tanto, efectuar transferencias de energía con otras empresas, obteniendo así la energía necesaria para asegurar el abastecimiento de sus necesidades proyectadas, valorizada de acuerdo con los costos marginales instantáneos del sistema eléctrico.

c) Adicionalmente a las medidas que se adopten durante una intervención provisional y para el caso que se estimara que la causa de la ausencia de ofertas de suministro se debiera en parte a los desincentivos generados por la estructura de precios de nudo vigentes, la Autoridad podría considerar el ejercicio de las facultades especiales que la Ley Eléctrica le otorga para establecer dichos precios máximos en condiciones diferentes a las establecidas ordinariamente para su establecimiento. Me refiero a las facultades excepcionales que contempla el inciso 2º del artículo 92 de la Ley Eléctrica, conforme al cual el Presidente de la República, mediante Decreto Supremo fundado, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y del Ministerio de Hacienda, "podrá fijar precios máximos diferentes a los calculados por la Comisión, siempre que la Ley de Presupuestos del Sector Público autorice la compensación a que se refiere en el inciso siguiente..." Es decir, podría explorarse la idea que, por esta vía, pudieran fijarse precios máximos superiores a los determinados por la

Comisión, que podrías servir de base para efectuar licitaciones de suministro que permitieran a las distribuidoras contratar con aquella generadora que ofreciera el menor precio para el respectivo contrato de abastecimiento; y d) Por último, aun cuando no es lo más sano y conveniente para la estabilidad normativa del sector, siempre cabe la posibilidad de que el Ejecutivo someta a discusión iniciativas de Ley, proponiendo alternativas para remediar las causas estructurales que hayan podido incidir en la situación analizada.

## CONCLUSIONES:

1.- La autoridad administrativa debe dar claras señales en el sentido que, bajo cualquier circunstancia, ajusta su actuar y, en consecuencia, cumple sus funciones, con plena sujeción y respeto a la institucionalidad vigente.

2.- La intervención de la autoridad administrativa en los términos de la Resolución N°88 comentada, daña seriamente la institucionalidad vigente, afectándose la estabilidad normativa que ha servido de base para ganarse la confianza de quienes participan en el sector, efectuando cuantiosas inversiones de largo plazo al amparo de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

3.- Debe evitarse incurrir en el error y tentación, cada vez más común, de considerar que la libertad de contratación, por una parte, y el bien común de la sociedad, por el otro, representan conceptos que se enfrentan y son inconciliables entre sí, equívoco que se utiliza como fácil excusa para justificar el intervencionismo o dirigismo contractual por parte de la Administración.

Digo error, por cuanto nuestro ordenamiento, precisamente en beneficio del bien común, ha dado primacía a la iniciativa privada, estableciendo el constituyente que la prosecución del bien común debe sujetarse –sin excepciones– al pleno respeto de los derechos y garantías que la propia Constitución consagra.

4.- La Autoridad, ante una situación como la comentada, tiene el deber-función de actuar, utilizando todas las atribuciones y medios que la legislación le confiere, para obtener de parte del concesionario el pleno cumplimiento de sus obligaciones.

No obstante, debe tenerse presente que el ejercicio y aplicación de tales atribuciones y medios sólo es eficaz si la actuación de la Autoridad es

oportuna. De lo contrario, una situación que puede ser remediada con las penalizaciones que corresponda aplicar, de modo que sirvan de clara advertencia e incentivo para que la concesionaria utilice la máxima diligencia y celo en asegurar el abastecimiento, se transforma en omisión e imprevisión negligente e inexcusable, generando situaciones artificiales de "urgencia", que la actuación oportuna permite evitar.