

# RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN UN CDEC

RAÚL LECAROS ZEGERS

*Miembro abogado del Comité de Expertos CDEC-SIC*

**SUMARIO.** 1. EVOLUCIÓN MÁS RECIENTE DE LA LEGISLACIÓN ELÉCTRICA. 2. ORIGEN DE LOS CDEC Y SU ACTUAL FUNCIONAMIENTO 3. LAS DIVERGENCIAS ENTRE INTEGRANTES DEL CDEC: EL COMITÉ DE EXPERTOS: COMPOSICIÓN, ATRIBUCIONES, NATURALEZA DE LAS RECOMENDACIONES. LAS RESOLUCIONES DEL MINISTRO DE ECONOMÍA FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN: NATURALEZA JURÍDICA. 4. PROBLEMAS DETECTADOS A TRAVÉS DEL TRABAJO EN EL COMITÉ DE EXPERTOS EN LA LEGISLACIÓN ELÉCTRICA: a) *Naturaleza de las recomendaciones y obligación de recomendar conforme a derecho: naturaleza de las resoluciones del Ministro. Problemas.* b) *Incentivos para la inversión en generación y transmisión: sistema normativo desincentiva contratos de generadores con distribuidores, la inversión en generación y la inversión en transmisión. Explicación del problema.*

El DS Nº 327, Reglamento de la ley eléctrica, de 1997, del Ministerio de Minería, se dictó con el fin de complementar la ley eléctrica DFL Nº 1/82, debido a que la Reglamentación existente no regulaba todos los aspectos necesarios para dar cumplimiento a todas sus normas. En dicho cuerpo normativo se estableció que los CDEC, que ya existían con anterioridad como organismos de coordinación, debían cumplir con las características de ser organismos independientes y de carácter técnico (art. 180, DS Nº 327, de Minería). lo que llevó a que se creara, al menos en el caso del SIC, una persona jurídica distinta de las empresas que lo componen y más específicamente, como una sociedad de responsabilidad limitada.

Lo anterior ha sido, a mi juicio, sumamente beneficioso para el funcionamiento del SIC, porque ha permitido que este organismo, el CDEC-SIC, vele realmente por el interés que establece la ley debe tener la interconexión, esto es, procurar la operación más económica y más segura posible. De este modo, se han evitado importantes disputas entre las empresas, ya que muchas de las decisiones que antes eran tomadas por grupos de trabajo integrados por miembros de todas las empresas, los cuales inevitablemente velaban por sus propios intereses, han pasado a ser tomadas por los organismos técnicos del CDEC, y más específicamente por las Direcciones de Operación y de Peajes.

Creemos que la creación del CDEC como organismo independiente pero no público ha sido un gran acierto ya que reúne las características de independencia que los miembros de las empresas no pueden tener y, por otra parte, al ser un organismo privado, no está sujeto a las trabas propias de los organismos del Estado. Es

decir, es una institución privada cuyo objeto es el de supervigilar el cumplimiento de la ley y en ese sentido, si bien es privada, tiene por objeto el proteger un bien público, cual es el de la producción de electricidad al menor costo posible para el sistema y con el mayor grado de seguridad posible (art. 81 DFL Nº 1/82).

Creemos además que, en la práctica, tanto la Dirección de Operación como la Dirección de Peajes, han funcionado con absoluta independencia de los intereses de las empresas, por lo que podríamos señalar que el funcionamiento del CDEC como institución independiente, fiscalizadora y privada, ha sido un éxito.

El mismo DS Nº 327 creó el Comité de Expertos, compuesto por dos ingenieros y un abogado y cuya función es, de acuerdo a lo establecido en el artículo 178 del mismo DS Nº 327, de Minería, el emitir una recomendación respecto de aquellos temas en los que se requiera acuerdo unánime del Directorio del CDEC, cuando dicho acuerdo no se logre. Las materias en que se requiere acuerdo unánime del Directorio son las que se refieran al nombramiento de los miembros del Comité de Expertos, la aprobación o modificación del Reglamento Interno y las que se refieran a los conflictos que les someta a su aprobación la Dirección de Operación y la Dirección de Peajes (art. 176 letras d) f) y h) con relación al 177 DS Nº 327).

El señalado Comité de Expertos es nombrado por las empresas por unanimidad y por lo tanto, también reúne las características de ser independiente y técnico, requisitos que un organismo como este requiere para funcionar adecuadamente. En la práctica han surgido muchas divergencias que se han sometido al conocimiento del Comité de Expertos y por las reco-

recomendaciones se podrá comprobar que este organismo ha sido independiente en su proceder y además, ha cumplido la función de emitir las recomendaciones en forma rápida ya que tiene solo 30 días para hacerlo, plazo que se ha cumplido sin excepciones.

Es importante considerar que las recomendaciones del Comité no son obligatorias para el CDEC, por lo que si no hay acuerdo unánime en acogerse a ellas, los antecedentes pasan al Ministro de Economía Fomento y Reconstrucción, que es quien en definitiva resuelve en forma obligatoria. Al respecto cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de la decisión del Ministro. Para ello hay que distinguir sobre qué tema emite su pronunciamiento. Habíamos dicho que, de acuerdo al artículo 178 con relación al 176 del DS N° 327, se requiere de la unanimidad de los votos del directorio para nombrar al Comité de Expertos, aprobar los Reglamentos y resolver los problemas que someta a su conocimiento el Director de Operaciones.

Cuando se trata de la aprobación o modificación de reglamentos, hay que aclarar que la naturaleza jurídica del reglamento interno es de un contrato entre las partes integrantes del CDEC SIC, porque se trata de acuerdo de voluntades entre las partes destinado a producir efectos jurídicos y que genera obligaciones para las partes, pues su contenido es determinado por las partes que lo acuerdan, es decir, los miembros del CDEC, sin perjuicio de respetar las normas de orden público que correspondan. El hecho de que su celebración sea obligatoria no le quita su carácter contractual, como ocurre en los contratos con las Isapres o las AFP. Lo anterior es relevante porque ello significa que se rige por las normas de los contratos en cuanto a su vigencia en el tiempo y el espacio, que tiene efectos relativos, es decir, es inoponible a terceros, que su interpretación debe ceñirse a las normas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil, etc.

De lo anterior podemos concluir que cuando el artículo 176 exige que para la entrada en vigencia de los reglamentos internos se requiere el informe favorable de la Comisión Nacional de Energía, lo que se está haciendo es establecer una solemnidad del contrato. Ahora bien, es necesario determinar cuál es el papel que juega la resolución del Ministro en caso de que haya divergencia y no se logre acuerdo respecto de la recomendación del Comité de Expertos. En este caso, indudablemente la decisión del Ministro constituye la voluntad del CDEC. Es decir, cuando el Ministro resuelve una divergencia relativa a un reglamento, lo que hace es reemplazar con su voluntad la vo-

luntad del Directorio, tal como lo señala el artículo 179, inciso 3° del DS N° 327, y por lo tanto, no está decidiendo una contienda entre partes porque no hay derechos disputados, sino que es la forma en que se presta el consentimiento en este contrato llamado reglamento interno del CDEC. Al ser así el Ministro debe optar por la posición que le parezca más conveniente para los intereses de todas las partes y la que más cumpla con los fines de la legislación eléctrica y siempre que se respeten las normas de orden público contenidas en la señalada legislación.

Ahora, en los casos en los cuales la divergencia que llega al Ministro consiste en un conflicto que ha sometido al conocimiento del Directorio del CDEC el Director de Operación o el Director de Peajes y frente al cual el directorio no logra la unanimidad, estamos frente a una contienda entre partes, en las cuales se reclaman derechos y en que se debe decidir sobre la interpretación de normas jurídicas y la decisión que adopta el Ministro produce cosa juzgada, a pesar de que el art. 179 del DS N° 327 señale que la función del Ministro es reemplazar la voluntad unánime del Directorio. (Es importante considerar que gran parte de las divergencias que no se refieren al reglamento interno o los manuales de procedimientos, que también son parte del reglamento interno, han versado sobre pagos que deben hacerse entre sí las empresas). Desde este punto de vista, la decisión del Ministro consiste en ejercer jurisdicción. Al ser de este modo el Ministro actúa como juez, y por lo tanto, debe interpretar y aplicar la ley, no pudiendo apartarse de su sentido y alcance y actuar como arbitrador. En consecuencia, si la decisión del Comité de Expertos no es vinculante, pero tiene por objeto recomendar una solución que antecede a la resolución del Ministro, es evidente que el Comité debe resolver con arreglo a la ley.

En todo caso, es importante considerar que los tribunales solo pueden ser creados por ley, lo que no ocurre en este caso y además, no corresponde que una autoridad del Poder Ejecutivo ejerza jurisdicción. Parece más razonable, por el carácter técnico, que se trate de materias de arbitraje obligatorio, para lo cual se le podría dar al Comité de Expertos el carácter de Tribunal Arbitral, lo que requeriría por cierto que fuese establecido por ley, y no por decreto supremo. Creemos que ello sería sumamente beneficioso para el funcionamiento del sector eléctrico, porque permitiría que un organismo de carácter técnico resuelva y lo haga considerando los fines de la legislación eléctrica y los incentivos que deben darse a la inversión.

## PROBLEMAS DETECTADOS:

A lo largo del funcionamiento del Comité de Expertos y a raíz del conocimiento de las divergencias, me he podido percatar de ciertos problemas de la legislación eléctrica. Ellos son:

- a) En los incentivos para celebrar contratos con las distribuidoras. Las generadoras no tiene obligación de vender electricidad ni a las distribuidoras ni a clientes libres, pero si lo hacen a las distribuidoras deben venderle a precio de nudo que es fijado por la CNE cada 6 meses y que no debe tener un margen mayor al 10% de diferencia con los costos marginales de entre 24 y 48 meses. Además de estar obligadas a vender a precio de nudo a las distribuidoras, están obligadas a cumplir respecto de ellas las normas de calidad de servicio y a efectuar la compensación a todo evento de que trata el artículo 99 bis del DFL N° 1/82, Ley Eléctrica.

Lo anterior significa que quien se compromete a vender electricidad tiene mayores riesgos y responsabilidades que quien no lo hace. Por otra parte, la generadora que no vende a las distribuidoras puede vender al interior del CDEC a las empresas que tengan que comprarle para cumplir sus compromisos con las distribuidoras. Quienes venden al interior del CDEC venden a costo marginal. Entonces, si el precio de nudo es menos conveniente que el costo marginal, las empresas no querrán celebrar contratos con las distribuidoras, pues no tiene sentido tener que comprar caro para vender barato. Más vale vender poco y que ojalá no haya que comprarle a otras generadoras sino que venderles a costo marginal. En cambio, si el precio de nudo es más conveniente que el costo marginal, conviene vender a las distribuidoras ya sea la energía propia o la comprada a las demás generadoras a costo marginal.

El problema descrito ha llegado a tal extremo que ya ha habido una distribuidora, que entrega energía a una vasta zona del país, que se ha quedado sin contrato para comprar electricidad a las generadoras, es decir, ninguna generadora le quiso vender electricidad. Frente a ello, la autoridad resolvió que el CDEC en su conjunto debía vender electricidad a la distribuidora en forma proporcional. Sin pronunciarme sobre la legalidad y constitucionalidad de obligar al CDEC a la señalada venta de electricidad, porque no podía la autoridad ordenar que se dejara sin abastecimiento a toda una zona del país, hay que tener en cuenta que dicha solución, de prolongarse o de repetirse para otras distribuidoras

que puedan llegar a quedar sin contratos, implica que desaparece la libertad de las generadoras de vender electricidad, que es uno de los fundamentos esenciales para el funcionamiento del sistema. Es decir, las generadoras quedan obligadas a vender y en un precio fijado, lo que significa que desaparecen todos los incentivos de inversión porque nadie va a invertir si existe el riesgo de verse obligado a producir y vender a un precio inconveniente. Ello puede traer la quiebra de las actuales generadoras y la falta total de inversión que terminará en la estatización obligada del sistema eléctrico con las consecuencias obvias que ello significa para el desarrollo del sector y del país.

Por lo anterior, es de la mayor importancia generar los mecanismos adecuados para, por una parte, incentivar la inversión en generación, y por la otra, para incentivar la celebración voluntaria de contratos entre generadoras y distribuidoras. Los mecanismos pueden ser desde la liberalización de los precios entre generadoras y distribuidoras considerando que hay un sistema suficientemente competitivo como para que no se produzcan situaciones de abuso monopólico, o si ello no es posible, a través de modificar la forma en que la CNE fija los precios de nudo de manera que estos reflejen mejor el precio de mercado. Es decir, dejarle menos margen de libertad a la CNE para la fijación de los precios y fijar parámetros que lleven a que la fijación sea lo más cercana posible a los costos marginales y que considere todos los ítemes que encarecen el costo de la electricidad.

Creemos también que es importante modificar el artículo 99 bis de la Ley Eléctrica, que fija las compensaciones a todo evento socializando las pérdidas por cuanto ello desincentiva también a quienes hacen un esfuerzo e invierten para dar mayor seguridad ya que ello no les significará ninguna recompensa con respecto a quienes no hacen dichas inversiones. La consecuencia lógica de lo anterior es que si todos pagamos por igual en caso de desabastecimiento, mejor que inviertan los demás.

Creo que si el objetivo principal de la legislación eléctrica en lo que se refiere a la etapa de generación y transporte de electricidad es procurar producir electricidad al menor costo posible y con el mayor grado de seguridad posible, es necesario que se incentive la inversión, modificando las normas que no lo hacen y evitando resoluciones que tienden a desincentivarla, pues de lo contrario, se arriesga una grave disminución de la oferta de electricidad lo que implica que habrá menor seguridad y mayor costo para el sistema. Cabe hacer presente que cuando se habla de que uno de los fines es producir electri-

cidad al menor costo posible, ello significa que las empresas se deben coordinar para ser en conjunto lo más eficientes en el uso de los recursos, tal como si se tratara de una sola empresa. Es decir, lo que se hace es velar porque el sistema en su conjunto sea eficiente y no solo cada una de las empresas por separado. Entonces, lo anterior no implica que se deba producir la electricidad más barata para los usuarios, que pareciera ser el sentido que a veces se le pretende dar a la norma, pues el costo para los usuarios debe ser el real, es decir uno que refleje el costo de producción y que implique una legítima ganancia para quienes producen, de manera que haya incentivo en entrar en el negocio y el país tenga electricidad segura.

- b) Otro problema que hemos detectado a través del trabajo en el Comité de Expertos es el alcance de la disposición que señala que los reglamentos deben entrar en vigencia previo informe favorable de la CNE. Lo anterior porque desde el año 1999 que se viene tramitando el reglamento interno, el que aún no entra en vigencia porque la CNE hace una serie de observaciones no demasiado concretas, y esta va y vuelve sin que pueda entrar a regir, lo que dificulta el funcionamiento del CDEC y genera divergencias únicamente porque el reglamento no está en vigencia. Creemos que la CNE debería aprobar favorablemente todas las normas en las cuales no tengan reparos con el objeto de que ellas entren en vigencia mientras se aprueba el resto. (art. 176 DS N° 327)
- c) Otro tema que hemos visto como problemático es la función que cumplen las empresas transmisoras al integrar el CDEC. El artículo 81 de la ley señala que los fines de la interconexión son producir al menor costo con el mayor grado de seguridad y asegurar al pago a las transmisoras. A la luz de esta disposición aparece relativamente claro que si las transmisoras integran el CDEC es para que se les pague su servicio que consiste en el uso de las líneas. Concordando esta norma con las demás normas de la ley que se refieren a la transmisión, aparece claro que las transmisoras más que obligarse a transitar electricidad, lo que hacen es dejar transitar electricidad recibiendo por ello un pago constituido por el peaje básico, adicional e ingresos tarifarios (art. 51C DFL N° 1/82)

Se han suscitado una serie de divergencias al interior del CDEC-SIC referentes a si las empre-

sas de transmisión deben concurrir con las demás empresas, esto es, las generadoras, asumiendo los mayores costos que implica dar seguridad al servicio (ejs. costos de regulación de frecuencia, de regulación de tensión, de operación de ciertas centrales más caras por razones de seguridad, operación de centrales a mínimo técnico, etc.) Las divergencias han surgido porque existe una norma en el DS N° 327 (art. 224) que establece que todos los integrantes del CDEC son responsables de la calidad de suministro frente a sus clientes o usuarios.

Creemos que de acuerdo a la legislación actual, las empresas transmisoras no pueden ser responsables por aquellos costos que implican aumentar la seguridad en lo que se refiere a cumplir a los clientes con la adecuada calidad de suministro. Lo anterior, porque ellas no prestar en realidad un servicio, sino que otorgan una servidumbre de paso, y además porque de acuerdo a la actual legislación los responsables de las inversiones en transmisión son quienes quieren hacer uso de las líneas, en el caso del CDEC, las generadoras (art. 51 DFL N° 1/82). Lo curioso es que quienes deben invertir en aumentar la capacidad de las líneas son las generadoras, pero quienes reciben una retribución por su uso son las transmisoras. Es decir, las transmisoras no tienen incentivos para invertir, pues si no lo hacen de todos modos van a transitar la electricidad, y las inversiones que hicieran tienen el riesgo de demorarse mucho en recuperarlas. No tienen riesgo al no hacerlo porque las responsables de llevar la electricidad a los clientes son las generadoras que tienen que invertir en transmisión si no hay capacidad suficiente. La generadoras tampoco tienen incentivos para ampliar la capacidad de las líneas porque si lo hacen, todos se van a aprovechar de su inversión dando mayor seguridad al servicio.

Si bien se ha estimado que las generadoras pueden invertir en sus propias líneas, no se sabe hasta qué momento ello no va a pugnar con la decisión de las autoridades antimonopolios de que las transmisoras deben tener giro exclusivo, pues una generadora que transmite, se convierte también en transmisora, y como tal debe tener giro exclusivo.

En definitiva, hay problemas en la actual reglamentación eléctrica que están desincentivando la inversión, tanto en generación como en transmisión (en este momento no hay nuevos proyectos de inversión en generación) que ponen en grave riesgo la seguridad del servicio, lo que hace urgente revisar los mecanismos que están produciendo el problema para hacer las reformas tendientes a resolverlos y dar un nuevo impulso a la inversión.