

REFORMA A LA LEY ELECTRICA: DEROGACION DE LA SEQUIA COMO CASO FORTUITO¹

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO

Profesor de Derecho Administrativo

No recuerdo –de momento– quién tuvo la buena ocurrencia de acuñar la expresión “ley acontecimiento”, para aludir a aquella práctica de legislar al galope de la coyuntura. Son las crisis las que gatillan la emisión de nuevas leyes: ayer, para enfrentar un exceso de precipitaciones, aprobamos de prisa la Ley 19.525 (10 de noviembre de 1997) sobre evacuación de aguas lluvias; hoy, en el transcurso de una sequía, sacamos la Ley 19.613 (8 de junio de 1999), que reforma el DFL 1, de Minería, de 1982, ley general de servicios eléctricos.

En ese ambiente fue concebida esta Ley 19.613², cuyos problemas de aplicación es lógico imputar a los azares de la improvisación. Como se sabe, al modificar el art. 99 bis del DFL 1, la ley busca obligar a las empresas generadoras de electricidad a abastecer el sistema a todo trance, negándoles la posibilidad de alegar, como caso fortuito o fuerza mayor, episodios atmosféricos tan dramáticos como la actual sequía.

1) El gobierno piensa que son las empresas productoras quienes deberían soportar, con sus recursos, los mayores costos que involucra esta nueva obligación de mantener operativo el sis-

tema en cualquier evento: las compañías que no puedan satisfacer la demanda de sus clientes, porque no han invertido o tomado precauciones para afrontar cualquier circunstancias, o tendrán que adquirir la energía faltante a otras empresas excedentarias (a costo de falla, con un valor dos o tres veces superior al normal, llamado costo marginal), o tendrán que pagar compensaciones a los clientes finales (a esto se refiere el art. 99 bis).

Pero como no se modificó paralelamente el art. 99 de la misma ley, es obvio que, tarde o temprano, esas inversiones excesivas –para mantener un parque generador sobredimensionado destinado a proporcionar una seguridad de suministro al ciento por ciento (que funciona solo en tiempos de sequía pero que estaría ocioso en épocas de lluvia)– deberán trasladarse a las tarifas que pagan los usuarios, por una cuestión de simple conmutatividad.

Porque al fijar la autoridad los precios de nudo, de todas maneras debe incluir un factor de riesgo o costo de racionamiento, según el citado art. 99, que es un valor “representativo de los déficit más frecuentes que pueden presentarse en el sistema eléctrico”. Dicho de otra forma, al calcular esas tarifas máximas, que pagan los usuarios y que reciben como retribución las generadoras y distribuidoras, se tiene que sumar un sobreprecio, a modo de un pago anticipado para cubrir el riesgo de sequía.

Hasta ahora, para que esa suerte de prima de seguro no resultara desproporcionada, se

¹ Dejamos constancia que este trabajo fue publicado en Informe Constitucional N° 2.006, de 7 de junio de 1999.

² La materia de que se trata fue introducida por una indicación presidencial –Mensaje N° 306-339 (26.4.1999)– al Boletín N° 2279-08.

tomaba como límite la sequía de 1968/69. En breve: en este esquema las compañías deficitarias debían responder si acaecía una sequía igual o más húmeda que la ocurrida en 1968/69, o comprando energía a costo de falla, o pagando compensaciones a los usuarios por la energía no entregada. Claro que si la sequía era más severa o profunda que la calculada conforme a ese hito de referencia, las empresas no debían responder, porque –naturalmente– en esa hipótesis se da la figura legal de un caso fortuito o fuerza mayor, o sea, un fenómeno climático no previsto en los cálculos³.

Así entonces, dado que la nueva ley está dando un alcance más estricto al concepto de caso fortuito o fuerza mayor (art. 99 bis)⁴, pero como debe mantenerse el equilibrio económico de las prestaciones en los respectivos contratos de suministro (art. 99), el resultado será un incremento notorio de las tarifas, en las próximas fijaciones de los precios de nudo⁵.

³ Vid. Carlos Martín Vergara, *Fuerza mayor y crisis eléctrica*, en *El Mercurio* (Stgo.) 12.5.1999, cuerpo A pág. 2. También Juan Sebastián Bernstein Letelier, *Racionamiento eléctrico: causas y posibles soluciones*, en *Puntos de Referencia* (Centro de Estudios Públicos) 209 (mayo 1999).

⁴ Apenas si diremos sobre este punto, que aducir que una sequía, por drástica que sea, no puede considerarse como un caso fortuito o fuerza mayor (porque podemos anticiparnos a imaginar cualquier catástrofe), importa torcer o alterar la realidad objetiva de las cosas, la que constituye un límite que el legislador no puede sobrepasar. Así lo precisó la Corte Suprema en el caso *Palamare con Fisco*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 87 (1990) 2.3, pág. 182.

⁵ Aumento que debe producirse, en la *justa medida y proporción* como para que siga teniendo aplicación el art. 97 del DFL 1, sin perjuicio de lo dispuesto en sus arts. 92, 93 y 94 (ninguno de los cuales ha sido alterado por esta nueva ley).

El art. 97 señala que los precios de nudo deben reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel generación-transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo. Por su naturaleza, estos precios estarán sujetos a fluctuaciones derivadas de situaciones coyunturales como variaciones en la hidrología, en la demanda, en los precios de combustibles y otros.

El art. 92 contempla el pago de “compensaciones” a las empresas eléctricas, con cargo al Fisco, cuando por acto estatal se les irroga un perjuicio patrimonial, al fijarse tarifas diferentes a las que, en rigor, cabía aplicar.

El art. 93 les reconoce el “derecho” a que las tarifas fijadas por el gobierno sean acordes con los niveles del mercado, o que reflejen una rentabilidad económica mínima, conforme a las modalidades y procedimientos que allí se indican.

El art. 94, finalmente, se pone en el caso de que las empresas o concesionarios consideren que las tarifas fijadas por la autoridad causen perjuicio a sus legítimos dere-

2) Ahora, si se insiste en que las empresas del ramo deberían financiar con sus propios recursos estos mayores costos, sin que ellos se puedan reflejar en mayores tarifas, el asunto se tornaría en un grave problema de constitucionalidad. No es tanto que, con este proceder, se estaría desincentivando al sector privado para seguir operando en el sector eléctrico, cuya ausencia podría servir de excusa para justificar la inmiscusión del Estado en la gestión de esa actividad empresarial (lo que equivale a una remota amenaza a la garantía del art. 19 N° 21 de la Constitución)⁶; como el hecho que, a primera vista y de manera directa, se estarían vulnerando concretos derechos fundamentales.

Efectivamente, dando por descontado que el propósito de la ley es propender al bien común, es apenas necesario recordar que –por mandato del art. 1 inciso 4° de la Carta Fundamental– ello debe lograrse “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. La idea es clara ¿no?, en cuanto a que lo uno no puede darse sin lo otro, desde el momento en que bien común no puede obtenerse a costa de males individuales.

Desde luego, entre esos derechos esenciales se encuentra el de propiedad, reconocido en su art. 19 N° 24, merced al cual los patrimonios privados son intangibles para el Estado. Tan es así que, incluso en los casos en que medie una ley expropiatoria por específicas razones de

chos o intereses, franqueándoles la posibilidad de recurrir a la Justicia Ordinaria, para reclamar la “indemnización” correspondiente (lo cual es sin perjuicio de los demás recursos y acciones que puedan hacer valer, conforme al art. 9 de la LOC 18.575).

⁶ Temor no del todo infundado si se atiende a la experiencia chilena, donde aparece que, precisamente, fue la aplicación de regulaciones tarifarias con criterio político y no técnico –a partir de los años 30 en adelante– y la consiguiente falta de incentivos para el sector privado, lo que produjo una participación en gran escala del Estado dentro del ámbito eléctrico. vid. Jorge Ale Y.- Gustavo Mallat G., *Evolución del rol del Estado en materia empresarial hasta 1970*, en la obra colectiva “Estado empresario y privatización en Chile” (U. Nacional Andrés Bello, 1990) pág. 27. Igualmente, Raúl Espinoza, *Perspectiva de la institucionalidad regulatoria de la energía en Chile*, en la obra conjunta “Institucionalidad regulatoria en el sector energía” (Comisión Nacional de Energía, 1996) pág. 94.

Más ampliamente, nuestra *Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada*, Ius Publicum (U. Santo Tomás) 2 (1999) 129-146. También, Enrique Brahm G., *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973*, U. de los Andes (Stgo.) 1° ed. (1999).

bien común –la utilidad pública o el interés nacional–, el afectado tiene siempre “derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado” (inciso 3º)⁷, siendo esta subrogación la que permite conciliar la primacía del bien común con el respeto a la propiedad de las personas.

Este deber de reparar el daño provocado por un acto del Estado se mantiene, aunque se alegue que la Ley 19.613 no tiene por objeto configurar una expropiación, sino que únicamente imponer “obligaciones” sobre la propiedad de las empresas eléctricas, para asegurar su “función social”, al amparo del art. 19 N° 24 inciso 2º de la Carta Fundamental, pues esta comprende cuanto exijan, entre otros, “los intereses generales de la Nación”. Ello, porque una lectura atenta de toda la Constitución permite aseverar que si por actos de la autoridad se irroga un perjuicio a ciertos particulares en beneficio de todos, es deber del Estado indemnizarlos. Como ha argumentado la Corte Suprema⁸ y el Tribunal Constitucional⁹, *a fortiori*, si las limitaciones u obligaciones al dominio dan derecho a indemnización en estados de excepción constitucional, según el art. 41 N° 8 de la Carta Fundamental, con tanta mayor razón la reparación será procedente cuando ellas tengan lugar en estados de normalidad constitucional.

A la misma conclusión se arriba por el lado del art. 19 N° 20 de la Constitución, que al garantizar la igualdad y proporcionalidad en el reparto de las cargas públicas, repele toda decisión estatal desmedida que pretenda gravar a determinadas personas con todo el peso del bien común, sin ninguna compensación.

3) Otro aspecto polémico de la nueva ley es el relativo a *cuándo* comenzará a regir.

El gobierno piensa que debe comenzar a producir todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación, de manera tal que si hay un nuevo racionamiento debido a la presente sequía, las generadoras deficitarias ten-

drían que pagar, inmediatamente, las compensaciones que –conforme a los nuevos supuestos– prevé el actual art. 99 bis¹⁰.

En nuestra opinión, sin embargo, la nueva ley no podría afectar a ninguno de los contratos actualmente en curso, que se pactaron dentro del sistema al amparo de la normativa anterior¹¹, por aplicación –en primer lugar– del art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, según el cual “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (inciso 1º).

Es así que, de la historia fidedigna del establecimiento del precepto recién transcrito, aparece el claro objetivo del legislador de excluir el efecto retroactivo y el efecto inmediato de las leyes nuevas sobre los acuerdos de voluntad celebrados con anterioridad. Al afecto, el Mensaje del Presidente de la República expre-

¹⁰ V. declaraciones del ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía, Oscar Landerretche, en El Mercurio (Stgo.) 21.5.1999, B.3.

Parece que ronda ahí la creencia –errada– de que aquí se trataría de “leyes administrativas de derecho público”, las cuales rigen *in actum*, afectando, por ende, las situaciones coetáneas o futuras comprendidas en el ámbito de sus reglas (salvo que contemplen reglas transitorias relativas a determinados aspectos o establezcan una fecha especial de entrada en vigor).

Este predicamento, que serviría de abono –durante la década de los 60– al brocardo estatizante de que “en derecho público no hay derechos adquiridos”, carece de toda aplicación aquí y ahora: esto, porque la Constitución de 1980 no da hoy ninguna cabida a ese aforismo, al reconocer el derecho de propiedad en su art. 19 N° 24; lo otro, porque el DFL 1, de Minería, de 1982, no puede considerarse como una “ley administrativa de derecho público”, comoquiera que en la materia que nos ocupa (el relativo a las “compensaciones”) no tiene por objeto regular alguna relación unilateral entre el Estado y los particulares, sino que solo dirigir las relaciones contractuales entre generadores, distribuidores y usuarios (para diferenciar estos distintos aspectos, véase el art. 1 del cit. DFL 1).

¹¹ Lo ha expresado así Pablo Kangiser, del Instituto Libertad y Desarrollo: “Los precios que establecieron las generadoras al firmar se basaron en sus inversiones y en los riesgos que corrían en ese momento. Como ahora se elimina la posibilidad de que las empresas invoquen la sequía como fuerza mayor para no pagar compensaciones por déficit, aumentan los riesgos que corren las generadoras. Y el tipo de riesgo que corren las empresas es importante a la hora de definir si deben aumentar el número de centrales o subir las tarifas. Por eso, este proyecto debe ser aplicado cuando se firme un nuevo contrato entre las generadoras y distribuidoras”. En El Mercurio (Stgo.) 16.5.1999, D. 2.

⁷ Sobre este punto, véase Informe Constitucional 1.982 (30.4.1999), con comentario del prof. Ramiro Mendoza.

⁸ En sentencia de 7.8.1984 (rol 16.743), *Comunidad Galletué con Fisco*, publicada en RDJ 81 (1984) 2.5, 181-189.

⁹ En sentencia de 2.12.1996 (rol 245-246), sobre acceso gratuito a las playas, publicada en el Diario Oficial de 10.12.1996.

saba: "el que contrata no lo hace por lo regular tomando en cuenta solo el momento en que ajusta su convención. Los cálculos abrazan, además, el porvenir y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que en cuanto se pueda está a salvo de eventualidades caprichosas. Sería, pues, contraria hasta un punto muy peligroso a la confianza en las especulaciones, si hubiera de verse expuesto en el curso de su desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originasen de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporadas en un contrato las leyes que le eran aplicables al tiempo de su celebración". Y más adelante, a propósito de la regla de la supervivencia de las leyes antiguas en los contratos, decía: "puede afirmarse que los *derechos contractuales son esencialmente derechos adquiridos* y que su adquisición se produce en el momento mismo de la conclusión del contrato según la legislación entonces vigente. La regla de la supervivencia de las leyes antiguas excluye el efecto inmediato de las leyes nuevas"¹².

De este modo, el invocado principio de la sobrevivencia permite mantener la fuerza de una ley derogada o modificada mientras perdure el contrato que se celebra bajo su imperio.

Es necesario apuntar, además, que la prohibición que pesa sobre el legislador de afectar contratos en pleno desarrollo es de carácter constitucional. Si mediante un cambio legislativo se quisiera alterar los créditos o derechos personales que emanan de contratos preexistentes, se estaría vulnerando el art. 19 N° 24 de la Constitución, que reconoce y asegura el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, corporales e incorporeales, siendo del caso señalar que a los referidos créditos les asiste precisamente esta última calidad, según lo prevenido en los arts. 576 y 578 del Código Civil.

Del mismo parecer –recuérdese– ha sido la Excm. Corte Suprema, en sentencia de 28 de julio de 1992, recaída en recurso de inaplicabilidad rol 17.387¹³.

¹² Jorge López Santa María, *Los contratos. Parte General*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1986) 206.

¹³ Donde señaló que la sequía es un "hecho de la naturaleza que, dado el desarrollo científico actual, no resulta posible prever o anticipar" (cons. 3°).

Más clara y contundentemente, el Máximo Tribunal expresó, en ese mismo veredicto, que "cuando la sequía es prolongada, porque ella se extiende durante varias temporadas, afectando los niveles de producción eléctrica en términos que sea necesario decretar por parte de la autoridad un racionamiento, el fenómeno, por su magnitud, continuidad y efectos, conforma un caso fortuito, puesto que no parece posible prever o conocer con antelación la persistencia de este hecho natural y sus consecuencias en la generación eléctrica. De lo señalado se desprende que la sequía, en sí misma, no es un caso fortuito... pero reviste características de tal la circunstancia de que ella perdure a través del tiempo, afectando gravemente la producción hidroeléctrica. Por lo mismo, parece justificado que un generador se exima de responsabilidad civil al no estar en situación de producir la energía comprometida cuando sobreviene un hecho que él no ha podido prever, ni puede resistir ni ha provocado" (cons. 7°).

Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad del referido art. 99 bis, especialmente (aunque no únicamente) por afectar contratos celebrados con anterioridad.

En igual sentido, véase sentencia de 9.9.1992 (inaplicabilidad rol 15.952).