

SOBRE LOS REQUISITOS Y EFECTOS DE UN DECRETO DE RACIONAMIENTO ELÉCTRICO ADOPTADO EN VIRTUD DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 99 BIS DEL DFL 1, DE 1982 (Notas sobre su aplicación antes y después de la Ley 19.613)

RAMIRO A. MENDOZA ZÚÑIGA

Profesor de Derecho Administrativo

P. Universidad Católica de Chile - Universidad de los Andes

SUMARIO: *INTRODUCCIÓN. 1. Precisiones necesarias: el rol esencial de los particulares y la obligatoria coordinación de la Administración; 2. Sobre ciertas formalidades; 3. Los textos legales y su reciente modificación; 4. Fundamentos de hecho y de derecho de un decreto de racionamiento en materia eléctrica, destinado a enfrentar situaciones derivadas de la sequía; 4.1. Alternativa de racionamiento bajo la aplicación del artículo 83; 4.2. Alternativa de racionamiento en aplicación del artículo 99 Bis original; 5. Objeto (o contenido) del decreto de racionamiento del art. 99 Bis, original; 6. Medidas y Obligatoriedad; 7. Alcance que tenía la locución "si una sequía dura más de un año hidrológico"; 8. De la ejecución del Decreto de Racionamiento, dictado al amparo del artículo 99 Bis original; 9. Del Decreto de Racionamiento, que se dicte al amparo del nuevo artículo 99 Bis. Nota bibliográfica.*

INTRODUCCIÓN

Durante el mes de abril de 1999, nuevamente se generó una crisis de abastecimiento eléctrico en Chile, que tuvo ribetes de franca profundidad, al punto tal que nuevamente recurrimos a la ley como modo de solución mesiánico de nuestras dificultades¹. No era extra-

ña una situación como aquella, puesto que nuestro modelo eléctrico (del Sistema Interconectado Central -SIC-) está estructurado sobre la base de fuentes hídricas, por lo que ante la escasez de este elemento, el abastecimiento eléctrico adquiere dimensiones de evidente vulnerabilidad. Debe dejarse constancia que de nuestro sistema eléctrico -SIC-, un 63%, equi-

¹ Me refiero a la Ley 19.613, púb. en DO de 8 de junio de 1999, que sustituyó el artículo 99 Bis del DFL 1, de 1982. Sobre los alcances de esta normativa ver, entre otros, J. Sebastián Bernstein Letelier *Racionamiento Eléctrico: causas y posibles soluciones*, Puntos de Referencia N° 209, mayo, 1999, Centro de Estudios Públicos; de interés carta de opinión de Juan P. Rojas O. *Derogar la sequía*, El Mercurio (Stgo.), A2, 4 de mayo de 1999. También, Ernesto R. Fontai-

ne *Crisis Eléctrica*, mismo diario, A2, 13 de mayo de 1999. En una opción distinta, H. Bosselin C. y R. Briones E. *Empresas Eléctricas*, artículo de opinión, mismo diario y página, 15 de mayo de 1999. La disparidad de criterios frente a la nueva ley, en evidencia en artículo *Analistas y empresas critican norma eléctrica*, El Mercurio (Stgo.), B4, 25 de mayo de 1999. En una visión pro autoridad, artículo *Sequía no es justificación*, en La Tercera, p. 8 y ss., 23 de agosto de 1999.

valentes a 3.860 Megas, corresponden a fuentes hídricas y un 37%, equivalentes a 2.300 Megas, a fuentes térmicas², cifras que ponen en evidencia la actividad jurídica que ha debido implementarse en una insuficiencia como esta.

¿Qué puede decidir la autoridad?, ¿cómo puede decidir?, y ¿cuándo decidir?, son interrogantes que merecen respuesta. A eso nos abocaremos en este trabajo.

1. Precisiones necesarias: el rol esencial de los particulares y la obligatoria coordinación de la Administración

La producción de energía eléctrica (generación) importa el ejercicio del derecho constitucional a desarrollar esa actividad económica lícita, por lo que el Estado *no puede sustituirse a sus titulares*, conforme al artículo 19 N° 21 inc. 1° de la Constitución Política (CP). Ello lo hemos destacado en otra ocasión: "Por lo dicho, es necesario recalcar y dar cuenta insistentemente, que pese a los términos manifiestos de la ley, no se trata propiamente de la '*vieja técnica concesional*' que pone -como se ha dicho en sede judicial- en pie de supremacía al Estado frente al particular, y sobre la cual tanto ha escrito la doctrina administrativa desde inicios de siglo. Se trata en cambio de rescatar, para los particulares, algo que les es natural y propio, el ejercicio o desarrollo de una determinada actividad económica, a la que tienen de suyo derecho, como la propia Constitución se encarga de reafirmarlo en el artículo 19 N° 21. Además que, por lo expuesto, no resulta difícil darse cuenta de que en un sistema como el nuestro, *el Estado no es ya más el titular de la actividad económica que conlleva la generación o distribución de energía eléctrica por no ser una función propia de este*, de donde no se ve qué podrá este conceder a los particulares. Lo que acontece no es propiamente una materia concesional, sino que se trata del uso de la técnica de la autorización, a lo que se une la regulación consecuente al desarrollo de aquella actividad, en los marcos o márgenes que las leyes -no los Reglamentos³- permitan, y todo

ello, hasta en cuanto no se afecte la esencia del derecho a desarrollar la correspondiente actividad económica"⁴.

Por la importancia vital de ella, esta actividad económica debe ceñirse a las normas legales que la regulan, conforme a la misma disposición constitucional citada, y que en este preciso caso se contiene en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (Minería) de 1982. Destacamos que, según el tenor literal del art. 1° del DFL citado⁵, al Estado le incumbe ejercer determinadas funciones en lo que hace a la producción de energía eléctrica⁶. Por ende, cualquier interpretación del resto de normas contenidas en el DFL N° 1 no puede significar el desconocimiento de estas precisas atribuciones del Estado.

Además hay que tener presente que en los casos en que el DFL N° 1 aluda a varias autoridades administrativas, esto no puede significar

consumo eléctrico desde Taltal a Chiloé, está funcionando en una condición excepcional, esto es aportando un 80% de la demanda en base a generación termoeléctrica encontrándose la totalidad del referido parque despachado y las reservas hídricas prácticamente agotadas".

- 3 Tema de trascendente actualidad. Baste ver el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, contenido en DS N° 327 (Minería), de 12 de diciembre de 1997, publicado en DO de 10 de septiembre de 1998, que ha ocasionado numerosa jurisprudencia. Desde el punto de vista dogmático, relevante resulta Eduardo Soto Kloss y su *Ley y reglamento: sus relaciones en el derecho chileno*, en *Ius Publicum*, N° 3, 1999, pp. 33-48.
- 4 Lo hemos señalado en Informe Constitucional N° 1.566, de 4 de agosto de 1997; también en *Rev. Chilena de Derecho*, vol. 25 N° 3 (1998) *Acerca del control de la discrecionalidad técnica en materia eléctrica*, pp. 707-720; en igual sentido, con esclarecedora posición, Iván Aróstica Maldonado *Transferencia de Funciones Estatales al Sector Privado en tres Contratos Administrativos: Concesión de Servicio Público, Externalización y Sociedad*, en *Revista de Derecho Público* (U. De Chile) N° 55-56 (1994), págs. 143-160. De interés también E. Evans Espiñeira, *Fijación de tarifas de distribución eléctrica y potestades discrecionales de la administración*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 N° 1 (1998), pp. 217-242; también Alejandro Vergara Blanco, *La concesión eléctrica: procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público. Propositiones concretas de cambio legislativo*, en *Rev. Chilena de Derecho*, vol. 21 N° 3, pp. 463-508.
- 5 Artículo 1°: "La producción, el transporte, la distribución, el régimen de concesiones y tarifas de la energía eléctrica y las funciones del Estado relacionadas con estas materias se regirán por la presente ley".
- 6 Funciones que no se amparan bajo un inasible concepto del "servicio público", como insiste el Mensaje de la Ley 19.613, vid. Sesión 28, 16.12.1998, C. de Diputados, Boletín 2279-08.

² De interés resulta constatar que la autoridad del Sector (CNE), en oficio 407/99, que invoca el Superintendente de la época, en Resolución (Ext.) N° 0511, daba cuenta que "El Sistema Interconectado Central, que abastece el

una duplicación o interferencia de funciones, en atención a lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 18.575 (Bases Generales de la Administración del Estado) y lo confirma el mérito de las modificaciones legales que se han introducido a diversos cuerpos que configuran el sistema eléctrico⁷.

Hechas estas precisiones, intentaremos abocarnos a dar respuesta a nuestras interrogantes.

2. Sobre ciertas formalidades

Parece necesario destacar, a modo de alcance general, que al tenor del originario artículo 99 Bis de la Ley General de Servicios Eléctricos, el racionamiento a que se alude, debe desde un punto de vista formal, materializarse en un *decreto supremo*, expedido a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, con las firmas del Jefe de Estado y del titular de esa Cartera ministerial⁸, de conformidad a lo señalado en el artículo 35 de la Constitución Política. De lo dicho, queda claro que no era, ni es posible ejercer esta atribución por medio de una Resolución de dicho Secretario de Estado, habida cuenta que esta modalidad únicamente es procedente cuando un texto legal establece que la medida de que se trata se dispondrá por "el Ministro" respectivo, lo que no se da en la especie⁹.

También debe tenerse presente que, conforme al artículo 4° de la Resolución N° 55¹⁰, de 1992, de la Contraloría General de la República, el referido decreto de racionamiento está afecto al trámite de toma de razón, esto es, al examen preventivo de juridicidad –constitucionalidad y legalidad– que impone el ordenamiento chileno a cargo de Contraloría General (arts. 87 y 88 de la Constitución, en relación

con los artículos 1° y 10 de Ley 10.336), aunque huelga destacar que normalmente aparece previamente la publicación antes de su toma de razón¹¹.

3. Los textos legales y su reciente modificación

El texto originario del artículo 99° Bis, que introdujera la Ley 18.959¹², era del siguiente tenor:

"De producirse déficit de generación eléctrica derivados de fallas prolongadas de centrales termoeléctricas o bien de sequías, que lleven a la dictación de decreto de racionamiento por parte del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, las empresas generadoras que no lograsen satisfacer el consumo normal de sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precios, deberán pagarles cada kilowatt/hora de déficit a un valor igual a la diferencia entre el costo de racionamiento y el precio básico de la energía, a los que se refiere el artículo 99° anterior. Para estos efectos, se entenderá como consumo normal de un cliente en un período aquel que resulte de considerar el consumo de energía facturado por el generador en el mismo período del año anterior, incrementado en la tasa anual de crecimiento del consumo que se hubiere considerado en la previsión de demandas de energía para el sistema eléctrico, en la última fijación de precios de nudo. Los clientes distribuidores, a su vez, deberán traspasar íntegramente el monto recibido a sus clientes finales sometidos a regulación de precios. Para el cálculo de los déficit originados en situaciones de sequía no podrán utilizarse aportes de generación hidroeléctrica que correspondan a años hidrológicos más secos que aquellos utilizados en el cálculo de precios de nudo. Asimismo, si una sequía durara más de un año hidrológico, el máximo déficit que los generados

⁷ En todo caso hacemos presente que nos referimos al DFL N° 1 (Minería), de 1982, la Ley 18.410, de 1985, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el DL 2.224, de 1978, que creó a la Comisión Nacional de Energía.

⁸ Lo confirma la práctica chilena, vid. DS 216 (Economía), de 7 de julio de 1989, púb. en DO 8 de julio de 1989.

⁹ Lo señalado consta expresamente en Jurisprudencia de Contraloría General de la República; al efecto, Dictamen 199 de 1983.

¹⁰ Vid. su texto refundido, fijado por Resolución N° 520, de 1996, de Contraloría General, publicado en Diario Oficial de fecha 14 de diciembre de 1996.

¹¹ Vid. entre otros, DS 640 (Economía), publicado en DO de 13 de noviembre de 1998, prorrogada su vigencia por DS 729, de 30 de diciembre de 1998, su artículo 10 expresaba "En atención a la urgencia que reviste la aplicación de las medidas dispuestas por el presente decreto, este entrará en vigencia desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial". Lo mismo en artículo 11 del DS 287, publicado en DO 12 de junio de 1999, emitido al amparo de la reforma legal introducida al artículo 99 Bis.

¹² Vid. Artículo 37.2, en DO de 24 de febrero de 1990.

res estarán obligados a pagar estará limitado al déficit que se calcule para el primer año hidrológico de la sequía, considerando una hidrología igual a la del año más seco utilizado en el cálculo de precios de nudo. Por año hidrológico se entiende un período de doce meses comenzando en abril.

En el caso de producirse los déficit a que se refiere el inciso anterior, el decreto del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que autorice la aplicación de medidas de racionamiento, explicitará, basándose en un informe previo de la Comisión Nacional de Energía, el monto del pago por cada kilowatt/hora de déficit, como asimismo las demás condiciones que deberán aplicar las empresas generadoras para el cálculo o registro de los déficit, y los montos y procedimientos que aplicarán las empresas distribuidoras para traspasar a su vez los montos recibidos a sus clientes finales. Todos los cálculos deberán basarse en los valores utilizados en la última fijación de precios de nudo para el sistema eléctrico en cuestión. No obstante, el valor a utilizar para el costo de racionamiento no podrá superar, expresado en unidades de fomento, el promedio de los costos de racionamiento utilizados en las últimas seis fijaciones de precios de nudo".

2) Por su parte, esta disposición fue reemplazada por la ley 19.613¹³, quedando como sigue:

"El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, podrá dictar un decreto de racionamiento, en caso de producirse o proyectarse fundadamente un déficit de generación en un sistema eléctrico, a consecuencia de fallas prolongadas de centrales eléctricas o de situaciones de sequía. El decreto que se dicte, además de establecer los cálculos, valores y procedimientos a que se refiere el inciso séptimo de este artículo, dispondrá las medidas que, dentro de sus facultades, la autoridad estime conducentes y necesarias para evitar, manejar, disminuir o superar el déficit, en el más breve plazo prudencial. Dichas medidas se

orientarán, principalmente, a reducir los impactos del déficit para los usuarios, a incentivar y fomentar el aumento de capacidad de generación en el respectivo sistema, a estimular o premiar el ahorro voluntario y a aminorar los costos económicos que dicho déficit pueda ocasionar al país.

El déficit registrado en el sistema deberá distribuirse proporcionalmente y sin discriminación de ninguna especie entre todas las empresas generadoras, tomando como base la globalidad de sus compromisos. Estas, por su parte, deberán pagar a sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precios, cada kilowatt-hora de déficit que los haya afectado, determinado sobre la base de sus consumos normales, a un valor igual a la diferencia entre el costo de racionamiento y el precio básico de la energía, a los que se refiere el artículo anterior.

Para estos efectos se entenderá como consumo normal de un cliente en un período, aquel que resulte de considerar el consumo de energía facturado por el generador en el mismo período del último año sin racionamiento, incrementado en la tasa anual de crecimiento del consumo que se hubiere considerado en la previsión de demandas de energía para el sistema eléctrico, en la última fijación de precios de nudo. Los clientes distribuidores, a su vez, deberán traspasar íntegramente el monto recibido a sus clientes finales sometidos a regulación de precios.

Para los efectos de este artículo, las situaciones de sequía o las fallas de centrales eléctricas que originen un déficit de generación eléctrica que determine la dictación de un decreto de racionamiento, en ningún caso podrán ser calificadas como fuerza mayor o caso fortuito. En particular, los aportes de generación hidroeléctrica que correspondan a años hidrológicos más secos que aquellos utilizados en el cálculo de precios de nudo, no constituirán límite para el cálculo de déficit, ni serán consideradas como circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito. El déficit que las empresas generadoras están obligadas a pagar, de conformidad a este artículo, no estará limitado a aquel que se calcule para el primer año hidrológico de la sequía. Por año hidrológico se entiende un período de doce meses que comienza en abril.

¹³ Vid. art. Art. 2.2. Su texto en DO de 8 de junio de 1999. Cursivas introducidas nuestras.

En todo caso, el ejercicio de acciones jurisdiccionales no obstará al pago de las compensaciones previstas en los incisos anteriores.

En los casos no previstos en el inciso cuarto, la empresa generadora respectiva podrá solicitar a la Superintendencia que efectúe la declaración prevista en el N° 11, del artículo 3°, de la ley orgánica de dicho servicio, para que compruebe si el déficit del sistema se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor. La Superintendencia deberá pronunciarse en el plazo máximo de diez días. La impugnación judicial se sujetará al procedimiento establecido en el artículo 19 de la ley N° 18.410.

El decreto de racionamiento previsto en este artículo, además de las medidas y estipulaciones descritas en los incisos anteriores, explicitará, basándose en un informe previo de la Comisión Nacional de Energía, el monto del pago por cada kilowatt-hora de déficit, como asimismo las demás condiciones que deberán aplicar las empresas generadoras para el cálculo o registro de los déficit, y los montos y procedimientos que aplicarán las empresas distribuidoras para traspasar a su vez los montos recibidos a sus clientes finales. Todos los cálculos deberán basarse en los valores utilizados en la última fijación de precios de nudo para el sistema eléctrico en cuestión. No obstante, el valor a utilizar para el costo de racionamiento no podrá superar, expresado en unidades de fomento, el promedio de los costos de racionamiento utilizados en las últimas seis fijaciones de precios de nudo.

Las transferencias de energía que se produzcan en un centro de despacho económico de carga, resultantes de la dictación de un decreto de racionamiento, también se valorizarán al costo marginal instantáneo aplicable a las transacciones de energía en el sistema, el que en horas de racionamiento equivale al costo de falla”.

4. Fundamentos de hecho y de derecho de un decreto de racionamiento en materia eléctrica, destinado a enfrentar situaciones derivadas de la sequía

Corresponde precisar que un acto administrativo como el de la especie, debe basarse en fundamentos de hecho *concretos y ciertos* –para que no adolezca de arbitrariedad– y, además,

que sean *pertinentes y congruentes* con las causales legales que permiten su adopción –para que no adolezca de ilegalidad–.

Del mismo modo, conveniente es destacar que un acto como este podía, en principio, ser adoptado por la autoridad fuera del marco del artículo 99 Bis, así lo demuestra, por de pronto, la práctica chilena¹⁴. Puede también señalarse, que la introducción originaria de esta última norma señalada no tuvo la intención, ni el mérito, de interdictar el uso del resto de la normativa eléctrica atingente a la materia, sino más bien, vino a precisar, dentro de ella, la imposición de un marco específico para sancionar expresadas hipótesis. Es la excepcionalidad tratada o regulada, pero ello no puede significar que en el resto, aquellas circunstancias de déficit o riesgo de sistema, quedaren huérfanas de tratamiento normativo. Cuando el sistema tuviera un riesgo, más allá de las circunstancias allí consignadas, la autoridad no estaba impedida de utilizar el resto del ordenamiento sectorial pertinente.

Conforme a ello, se analizará enseguida, la procedencia de aplicar, al caso que nos ocupa –condiciones de sequía–, las normas contenidas en los artículos 83 o 99 Bis de la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante, la Ley).

4.1. Alternativa de racionamiento bajo la aplicación del artículo 83

Sostenemos que en caso de sequía, hasta antes de la reciente modificación introducida al artículo 99 Bis, para esta específica situación, existía la posibilidad de dar aplicación al artículo 83 de la ley eléctrica. El aludido precepto, que no ha sido modificado, prescribe lo siguiente:

“Las disposiciones sobre calidad y continuidad de servicio establecidas en la presente ley no se aplicarán en los casos de racionamiento, ni en aquellos en que las fallas no sean imputables a la empresa suministradora del servicio.

¹⁴ Vid. v. gr. DS 216 (Economía), de 7 de julio de 1989, publicado en DO de 8 de julio de 1989. Destaco que esta decisión administrativa, tomada razón, no da siquiera cuenta específica en sus Vistos, de la motivación jurídica del acto.

"La caducidad no será declarada en los casos fortuitos o de fuerza mayor debidamente comprobados por la Superintendencia".

Como se puede apreciar del texto y contexto de la norma recién transcrita, su propósito no es otro que el de apuntar las circunstancias que dispensan o eximen a las empresas de *distribución eléctrica* de su deber de mantener la calidad y continuidad del suministro, y que, como *principio de continuidad*, recae sobre ellas en su condición esencial, especial, precisa y determinante de *concesionarias de un servicio público*, al tenor del artículo 7° de la misma Ley¹⁵.

Luego, entonces, el citado artículo 83 no puede alcanzar, ni referirse a la situación de *las empresas generadoras de energía eléctrica*, puesto que como *no revisten la calidad de concesionarias de un servicio público*, con arreglo al artículo 8¹⁶ de la ley en comento, *no pueden entonces ser afectadas por la caducidad* a que hace mención ese artículo 83, como lo corroboran, además, los artículos 40 a 46 y 89 de la misma ley, que *solo contemplan dicha caducidad respecto de las empresas distribuidoras*.

Por lo tanto, cualquier medida de racionamiento que se autorizara en virtud de este precepto, solo puede estar referida a la situación de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, en relación al suministro que deben otorgar a los usuarios finales. Por cierto que, si así se dispusiere, ninguna responsabilidad u obligación posterior puede derivar para las empresas generadoras, ya que no alude a ellas la norma comentada. Es más, hipotéticamente, aquellas –las productoras– podrían instar por el cumplimiento de sus contratos frente a las distribuidoras, sin perjuicio de que estas a su respecto, pudieren asilarse en el acto de autoridad

que importa un decreto de racionamiento y que, como tal, debe ser cumplido y permite, en su caso, la consideración del caso fortuito o fuerza mayor, como modo de exoneración de obligaciones contractuales (art. 45 Código Civil).

Precisado lo anterior, es necesario destacar que el inciso primero de la regla en examen no describe ninguna causal específica que haga procedente adoptar un racionamiento del suministro, sin perjuicio que su inciso segundo traiga a colación los casos fortuitos o de fuerza mayor, pero esto último, en lo que a nosotros concierne, principal y fundamentalmente solo para señalar expresamente que, en esos eventos, *no se configurará una causal de caducidad en desmedro de las concesionarias de servicio público de distribución*.

De consiguiente, como en este caso la ley no prevé especiales causales habilitantes, corresponde a la autoridad administrativa *ponderar y calificar discrecionalmente las situaciones de hecho presente y actuales que ameriten, desde ya, tomar medidas de racionamiento, a fin de resguardar la continuidad del servicio público que a futuro puede verse comprometida*; discrecionalidad que en caso alguno importa para la autoridad relevarse de acreditar la existencia concreta del hecho determinante de su actuación¹⁷.

Ahora bien, en relación a las situaciones concretas de escasez del recurso agua, resultaba claro que la sequía no constituía, ni constituye en sí misma un caso fortuito, en los térmi-

¹⁵ Dispone este artículo 7° "Es servicio público eléctrico, el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en su zona de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros".// "Las empresas que posean concesiones de *servicio público de distribución* solo podrán destinar sus instalaciones de distribución al *servicio público* y al alumbrado público".

¹⁶ Señala: "No se considerarán de *servicio público*: Los suministros efectuados desde instalaciones de generación y transporte, la distribución de energía que hagan las Cooperativas no concesionarias, o bien la distribución que se realice sin concesión".

¹⁷ Así, si se invocara la "sequía", esta debe existir, a fin de flanquear exitosamente el control que hará Contraloría General de la República del acto respectivo. Este Ente de Control en los últimos años ha venido dejando de lado el antiguo criterio que, asilándose en la expresión de "mérito", asentaba como propio de la Administración activa la calificación de la conveniencia y oportunidad de los actos de la administración, llegando a decir "...que no corresponde, dentro de su facultad de pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad de los decretos que se dicten, entrar a analizar el criterio con que el Poder Administrador ha discriminado si existe o no conmoción interna, calamidad pública, etc..." (Dictamen N° 30.692 de 1952). Contraloría ha retomado una línea de control distinta, no menos antigua –vid. Dictámenes 31.681 de 1938, 47.999 de 1948, 51.769 de 1949, 60.058 de 1962 y 43.315 de 1971–, que se afianza más aún en las personas de las nuevas autoridades de Contraloría, ambos profesores de Derecho Administrativo, y quienes han hecho análisis dogmáticos en el sentido señalado. Por ello, al dictarse el decreto respectivo, pueden considerarse ciertos parámetros oficiales, v. gr. como los contenidos en la Resolución 39, del Ministerio de Obras Públicas, publicada en D.O. de 1.3.1984.

nos del artículo 45 del Código Civil, ya que los períodos de insuficiencia de recursos hídricos son frecuentes en nuestro país. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema, luego de sentar lo anteriormente dicho, había ya prevenido que *solo cuando la sequía es prolongada, porque ella se extiende durante varias temporadas, y por su magnitud, continuidad y efectos, no parece posible conocer con antelación la persistencia de este hecho natural y sus consecuencias, conforma un caso fortuito*¹⁸.

Con todo, conviene reiterar que el racionamiento que regula el inciso 1° del artículo 83 no está supeditado al acaecimiento de un caso fortuito en los términos antes descritos, dado que este supuesto ha sido considerado exclusivamente por el legislador, en el inciso 2°, para otros efectos, vinculados estrecha, directa y esencialmente a la caducidad de las concesiones de suministro. Quizás un buen ejemplo, en este contexto, pudiere ser el caso de una catástrofe o de una guerra externa.

Así, entonces, la sola configuración de una sequía, aunque no se manifestara de la manera que señalaba esa jurisprudencia enunciada, ni expresara un real déficit de suministro, era justificación idónea y suficiente para permitir (en cuanto se hace excepción al principio de continuidad) e imponer (en cuanto se constituye en orden de la autoridad, en el marco de la regulación eléctrica que regula una determinada concesión) a las compañías distribuidoras a racionalizar el suministro que deben brindar a sus clientes finales. Podía, entonces, constituirse en un medio adecuado que materializara un determinado "*ahorro de energía*", mediante la determinación de cuotas de suministro o distribución. Es también necesario destacar el hecho de que el artículo 83 nunca ha establecido mecanismos de compensación en favor de los clientes finales, por parte de las empresas distribuidoras, no obstante haber estos sufragado con anterioridad *un costo de racionamiento*, según aparece de los artículos 96, 99 números 2 y 7, y 105 de la Ley.

Compleja se torna la aplicación de esta norma, cuando la legislación modificatoria hoy ha incorporado en el artículo 99 Bis, a *toda sequía*

que origine un déficit no pudiendo "en ningún caso" ser calificada de fuerza mayor o caso fortuito, lo que viene, para los efectos de la aplicación de esta norma en debilitar su sustento¹⁹. Es la primera muestra de una legislación formulada al amparo de una crisis y que, por lo mismo, viene a dificultar la operatividad del resto del ordenamiento. Más claro, hoy día bajo una sequía ("*toda sequía*") nos parece inapropiada la aplicación de esta particular norma, pues esta situación quedó, en todo evento, bajo el marco preciso del artículo 99 Bis modificado²⁰.

4.2. *Alternativa de racionamiento en aplicación del artículo 99 Bis original*

En lo que nos interesa, el decreto de racionamiento que consultaba este precepto originalmente, requería la concurrencia copulativa de dos requisitos esenciales, a saber: que se presente una situación de "sequía", y que este fenómeno haya provocado "déficit de generación eléctrica". Tan pronto fueren acreditados y satisfechos ambos supuestos o motivos, la autoridad se encontraba habilitada para expedir dicho decreto.

La disminución de la producción eléctrica por parte de las empresas generadoras y la sequía —una consecuencia de la otra— son hechos concretos que configuran indicios o señales claras que hacen temer por la continuidad del sistema, cuyo resguardo preventivo era, precisamente, la finalidad de ese acto administrativo.

En cuanto a la oportunidad de su dictación —*el cuándo de la potestad*—, no había sido determinada precisa y ciertamente por el legislador, es decir, la Administración no tenía reglado el momento de su dictación, existiendo en este sentido una discrecionalidad para la autoridad administrativa en la determinación de aquel instante. Pero esa suerte de libertad, lejos de ser un beneficio, constituye un verdadero gra-

¹⁹ Sobre el tema, vid. Iván Aróstica Maldonado, *Reforma a la ley eléctrica: derogación de la sequía como caso fortuito*, en Informe Constitucional N° 2.006, de 7 de junio de 1999.

²⁰ Hacemos hincapié en que Contraloría General, en el contexto de esta nueva legislación, deberá reestudiar su jurisprudencia sobre la materia que, aunque escasa, era bastante fundada y elaborada, vid. v. gr. Dictamen 27.734 y 27.771, ambos del año 1990.

¹⁸ Sentencias de 28.7.1992 (Inaplicabilidad, rol 17.387, considerandos 6 y 7), y de 9.9.1992 (Inaplicabilidad, rol 15.952, considerandos 7 y 8).

vamen de buena actuación, por cuanto si existen los hechos habilitantes y la Administración yerra en el momento de la dictación, surge para ella el deber consecuencial de asumir la responsabilidad por los daños que se produzcan, de modo tal que, a fin de cuentas, se terminaría relevando a los partícipes del sistema de las responsabilidades²¹ que a ellos habría correspondido en el marco de la regulación eléctrica.

Más claro, la omisión de actuación en las hipótesis descritas por el legislador, frente a la producción de daños que se generen, tipifican una verdadera falta de servicio e importa el nacimiento de la responsabilidad para el Estado²².

Seguidamente, es dable manifestar que el llamado "déficit de abastecimiento", hipótesis que para la ley se presentaba cuando "las empresas generadoras no logren satisfacer el consumo normal de sus clientes distribuidores", no es un requisito que debía existir al momento de dictarse el decreto de racionamiento. Ello podía constituir un evento posterior. Recién acaecería cuando las compañías generadoras no podían cumplir sus compromisos, con el producto de sus propias instalaciones u obteniéndolo por otros medios. Si así hubiere acontecido —la incapacidad evidente y concreta de las generadoras—, las empresas distribuidoras quedaban entonces habilitadas, después de la constancia de tal incapacidad, para disponer las medidas concretas de racionamiento —reducciones o restricciones— al suministro que proporcionan a los usuarios, dentro del marco que les permite el decreto y en la misma medida y proporción del menor abastecimiento que les otorgaren las empresas generadoras.

Debe subrayarse que si bien el decreto de racionamiento podía dictarse apenas se demostrara el hecho de la sequía y el déficit de rendimiento de las generadoras, en todo caso se trataba de una medida esencialmente *preventiva*, que no autorizaba, desde ya, a las compañías distribuidoras para disponer ninguna restricción, puesto que no podían ellas anticiparse, si no existía un *real déficit de abastecimiento*.

5. Objeto (o contenido) del decreto de racionamiento del art. 99 Bis, original

Cuando se habla del objeto de un acto decisorio de la Administración del Estado, se está refiriendo al contenido de la decisión administrativa. En doctrina, el objeto del acto administrativo puede ser el comportamiento de un ciudadano o de la propia administración, puede ser un hecho (que se documenta, que se certifica, que se aprecia, que se califica), un bien (fungible o no fungible, que se debe, que se expropia, se declara ruinoso, etc.), una situación jurídica, o incluso una autorización, sin perjuicio de la correspondiente mixtura de los correspondientes objetos típicos²³.

Ahora bien, el señalado "decreto de racionamiento" que contenía este primitivo artículo 99, no permitía para la Administración, la gestión directa de un racionamiento, es decir que ella (el Estado en otras palabras) sometiera "algo, en caso de escasez, a una distribución ordenada", pudiéndose por esta vía relevar y absorber una actividad económica que es propia de las empresas generadoras o productoras de electricidad, puesto que la Constitución les asegura a ellas tanto el ejercicio de su actividad económica (19 N° 21), como el ejercicio de sus derechos de aguas (uso y goce), sobre los cuales tienen también el derecho de propiedad que también les garantiza el constituyente (19 N° 24), de donde surge que la intervención del Estado, en estas materias, es siempre de derecho estricto.

Debe descartarse cualquier creencia que concibiera esta medida como un mecanismo idóneo para *regular*, por vía de autoridad, la producción eléctrica. Más aún, cuando la norma en análisis solo podía alcanzar a las generadoras en cuanto estas resultaban incapaces de lograr satisfacer sus compromisos con los concesionarios de distribución, en quienes sí pesan todas las obligaciones de tal. En verdad, como se infería de la propia norma en examen, el decreto se circunscribía a "*autorizar*" la aplicación de medidas de racionamiento *por parte de las empresas distribuidoras*. En efecto, como

²¹ Esclarecedora al punto es la posición del profesor E. Soto Kloss, vid. su *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, t. II El principio de juridicidad, Ed. Jurídica de Chile, 1996, 1ª ed., pp. 53-63.

²² Arts. 7 inc. 3º, 6 inc. 3º, 38 inc. 2º de la Constitución Política y 4º y 44º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (LOC 18.575).

²³ Vid. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, 5ª ed., reimpresión 1990, págs. 543-544. Para el derecho nacional, Eduardo Soto Kloss, *op. cit.*, pp. 4-60.

quiera que sobre las concesionarias de distribución pesa siempre y, en todo caso, el deber de mantener la continuidad y calidad del servicio público de suministro que tomaron a su cargo, bajo pena de caducidad en caso de infracción, dicho acto administrativo las relevaba del impedimento o prohibición de suspender o interrumpir el servicio. Lo anterior por lo demás es congruente con la definición que la doctrina y la jurisprudencia de la Contraloría reservan para el acto administrativo de carácter autorizatorio²⁴.

De lo expuesto, resulta que este especial acto, por mandato de la ley, tenía un doble contenido: *primero*, una autorización a las concesionarias de distribución, a fin de que pudieran hacer excepción al principio esencial de su actividad concesionada, el de continuidad del servicio público eléctrico, que se materializaría en la posibilidad de concretar restricciones, suspensiones, inducciones, todo ello en los términos de la autorización otorgada; y *segundo*, debía este mismo decreto, por imperativo de la ley, determinar el monto del pago de cada kilowatt/hora de déficit, como también las demás condiciones que debían aplicar las empresas generadoras para el cálculo o registro de los déficit, y los montos y procedimientos que aplicarían las empresas distribuidoras para traspasar, a su vez, los montos recibidos a sus clientes finales.

Una idea debe retenerse: el propósito original del art. 99 Bis y el objeto del decreto de racionamiento que regulaba, no escapa a los objetivos fundamentales de todo el DFL N° 1. Esto es permitir que todos los actores económicos actuaren con la mayor eficiencia en el sistema eléctrico. Para lograr dicha eficiencia, el art. 99 Bis reglaba una situación especial, de tal forma de permitir enfrentar adecuadamente las crisis derivadas de la sequía, induciendo, por una parte, a los generadores para que produzcan el máximo de energía que sus recursos le permitan en un momento determinado, castigando al ineficiente, y, por otra, a las distribuidoras les permitía disponer de energía para sus clientes, pudiendo adecuar sus requerimientos a las disponibilidades reales del mercado de generación.

La eficiencia de las generadoras, ante situaciones de sequía, se lograba mediante la imposición de cargas pecuniarias que debía soportar aquel generador que no podía satisfacer los consumos normales de sus clientes circunstancia que, además, evitaría que pudiese entrar a realizar especulaciones respecto de su capacidad de generación, a la espera, por ejemplo, de mejores precios durante la crisis.

En este contexto, el decreto de racionamiento del artículo 99 Bis original tenía por objeto regular dos situaciones bien definidas, a saber: 1) *Autorizar*, a las concesionarias del servicio público de distribución que pudieran dejar de prestar el servicio con la calidad y continuidad que la Ley y los reglamentos les exigen. 2) *Regular las prestaciones pecuniarias* que son de cargo de las generadoras que no podían satisfacer el consumo normal de sus clientes distribuidores, o finales sometidos a regulación de precio²⁵.

En cuanto a estos objetos podemos indicar que la autorización para eximir a las concesionarias de servicio público de distribución de sus obligaciones legales y reglamentarias, no se encontraba establecida en el artículo 99 Bis, sino que era, y es, una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 83, que señala que en caso de racionamiento a las distribuidoras no les son aplicables las disposiciones sobre calidad y continuidad del servicio. Por lo que, en caso de dictarse el decreto de racionamiento, no se les podía aplicar la caducidad contemplada en el artículo 40. Es por ello, precisamente, por lo que el decreto tenía (y tiene) que indicar qué medidas pueden adoptar las distribuidoras ante una situación que les impida cumplir con sus clientes.

²⁴ Ver Dictamen 13.520, de 1992 entre otros.

²⁵ Estas prestaciones pecuniarias limitadas han sido criticadas desde una perspectiva económica, vid. Carlos Díaz, Alexander Galetovic, Raimundo Soto *Anatomía de una crisis eléctrica*, en Documentos de Trabajo, serie Economía, Centro de Economía Aplicada, Departamento de Ingeniería Industrial, U. de Chile. En particular, lo expresan en sus conclusiones, p. 47. De los mismo autores, donde se identifica la compleja red de responsabilidades que recaen en diversos actores del sistema eléctricos, en torno a las deficiencias demostradas en la última crisis (1998-1999), vid. *La crisis eléctrica de 1998-1999 Causas, consecuencias y lecciones*, en Documentos de Trabajo N° 81. Se sugiere bibliografía allí consignada. También A. Galetovic, *La crisis eléctrica de 1998-1999: Evitable*, en Puntos de Referencia, CEP, 234, octubre 2000.

Por su parte, la regulación de las prestaciones pecuniarias entre las generadoras y sus clientes sujetos a fijación de precios se estableció precisamente en la ley señalada, determinándose una regulación de un precio especial para cada kilowatt/hora de déficit, ascendente a un valor igual a la diferencia entre el costo de racionamiento y el precio básico de energía, debiendo explicitarse en el mismo decreto el monto a pagar, teniéndose siempre presente que los cálculos debían basarse en los valores utilizados en la última fijación de precios de nudos y no podrían superar, expresado en unidades de fomento, el promedio de los costos de racionamiento utilizados en las últimas seis fijaciones de precios de nudo²⁶.

En relación a la regulación de las prestaciones económicas que tal artículo imponía es necesario, asimismo, tener presente que el decreto de racionamiento no permitía a las distribuidoras reducir el suministro de energía a su arbitrio, sino que tal disminución debía ser, necesariamente, igual a la energía que las generadoras no podían entregar, toda vez que las distribuidoras quedaban eximidas de dar cumplimiento a las normas sobre continuidad y calidad del servicio en la medida que no existía la cantidad de energía que requirieran sus clientes. Si la distribuidora reducía la entrega de energía en circunstancias que las generadoras podían satisfacer su demanda habitual o podían satisfacer mas allá de la reducción que se imponía a la distribuidora, ellas no estarían obligadas a pago alguno, pues los clientes finales (clientes de las distribuidoras) no dispondrían de energía, ya no por incapacidad de generación, sino que por cuanto la distribuidora –o la autoridad en su caso– había decidido racionar su entrega, fuera de los términos previstos en aquella normativa. Esta circunstancia hoy, con la nueva ley, se torna confusa y, en definitiva, se rompe el equilibrio de eficiencia que se había establecido en la originaria legislación. La idea del "corte parejo", en los términos del artículo 99 Bis original, es atentatoria a la eficiencia querida por dicha ley y no podía

imponerse al amparo de la sola invocación de dicho artículo²⁷.

Sostener lo contrario partiría por suponer que el decreto de racionamiento también tenía por objeto lograr el ahorro de energía, por la vía de autorizar u ordenar a las distribuidoras a discontinuar la prestación de su servicio, lo que atentaba necesariamente en contra de los intereses de las generadoras y de los propios consumidores. Atentaba contra las generadoras, desde que en dicho entendimiento se les habría impedido de entregar y vender toda la energía que pudieran generar, y atentaba contra los consumidores, desde que se les impediría disponer de energía que era perfectamente generable y, además, planteada así la situación, se les impedía acceder a la indemnización legal, por cuanto la restricción que debían soportar no provendría de la incapacidad de las generadoras. Atentados que, como advertimos, consolida esta nueva legislación, lo que acusa notablemente la desarmonía de su texto con la legislación íntegra del sector.

6. Medidas y Obligatoriedad

Valga reiterar que el artículo 99 Bis originario no puede considerarse aisladamente y desarraigado del global panorama de la Ley General de Servicios Eléctricos en que se insertaba, cuya idea matriz era y es propender a la máxima eficacia y eficiencia de las empresas generadoras y distribuidoras que participan en el sistema. Siendo ello así, aún en situaciones de crisis como las que abordaba originariamente esa norma en particular, el Estado no podía, ni puede sustituirse ni subrogarse a dichas empresas, porque esa atribución no le ha sido conferida expresamente dentro del contexto de subsidiariedad que inspira toda la normativa eléctrica. Al Estado le compete actuar frente a esos fenómenos, pero, precisamente, solo para incentivar el mejor rendimiento de las empresas involucradas.

²⁶ Es esa vinculación Distribuidora-Generadora-Usuario la que orienta la norma. De allí lo difícil de comprender la intromisión legislativa en un nuevo binomio de esta nueva ley 'Generadora-Generadora' y la consolidación, aunque por vía elíptica, de un concepto que solo tenía acogida reglamentaria "costo falla" (vid. art 264 inc. 2º del Reglamento Eléctrico).

²⁷ Numerosas críticas se vertieron en su momento. Este corte parejo se asiló, normativamente, en la Resolución Exta. N° 0511, de 1 de abril de 1999, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Sus críticas en La Tercera, de 9 de abril de 1999, *Dudas legales por racionamiento parejo*; en diario Estrategia, del mismo día, *Grandes empresas evalúan legalidad de racionamiento ordenado por la SEC*; y en El Diario, de 20 de abril de 1999 *Cientes Eléctricos no regulados estudian acciones legales por racionamiento parejo*, entre otros.

Es por eso, nos parece, que el rol exacto del Estado en estos casos se traducía en disponer, en el pertinente decreto de racionamiento, un catálogo o abanico de alternativas que podían adoptar las empresas distribuidoras. Con todo, el decreto siempre resultaba imperativo y no perdía su carácter de acto de autoridad, puesto que las distribuidoras estaban obligadas a tomar una o más de aquellas medidas en cuanto lo ameritara la situación, y no le era dable adoptar alguna que no estaba considerada previamente en el decreto. Su infracción podía incluso provocar la caducidad de que trata el artículo 40 de la Ley.

7. Alcance que tenía la locución "si una sequía dura más de un año hidrológico"

En relación con el posible problema que se planteaba al señalarse en el artículo 99 Bis que: "si una sequía durara más de un año hidrológico, el máximo déficit que los generadores están obligados a pagar estará limitado al déficit que se calcule para el primer año hidrológico de la sequía". Deben formularse algunas precisiones.

Por de pronto, para su debido entendimiento, debemos considerar que tal locución estaba dada a fin de poder cuantificar el déficit máximo que las generadoras estarían obligadas a pagar; por su parte, las generadoras estarían obligadas a dicho pago, solo una vez que se dictare el decreto de racionamiento y este, solo se podía emitir frente a la existencia de sequía. Por ello, que solo interesaban las condiciones hidrológicas que existían y se consideraran como sequía, al momento de dictarse el respectivo decreto supremo de racionamiento, porque eran estas las condiciones que originaban tal dictación. Por ello, el primer año de sequía era el presente a la época de la dictación del decreto de racionamiento. La sequía que importaba para los efectos del artículo 99 Bis, era la que motivaba la dictación del decreto y solo ella era la que producía los déficit indemnizables. De lo dicho, las sequías anteriores, que para estos efectos solo podían considerarse como años hidrológicos secos, no importaban la obligación de pagar suma alguna, y por ende, no podían ser consideradas para los efectos de calcular el valor máximo del déficit que la ley había puesto de cargo de los generadores, al modo de una verdadera responsabilidad

objetiva, a cuya contribución concurren los propios usuarios finales sometidos a regulación de precios²⁸.

8. De la ejecución del Decreto de Racionamiento, dictado al amparo del artículo 99 Bis, original

Como ya señaláramos, el mecanismo que establecía el primitivo art. 99 Bis, no tenía por propósito el reemplazo de los agentes del sistema, por lo que en este sistema ha de buscarse la operatividad del mencionado racionamiento.

Desde luego, el artículo 81 de la Ley, dispone que:

"Los concesionarios de cualquier naturaleza están obligados a llevar a cabo la interconexión de sus instalaciones cuando con informe de la Comisión se determine mediante Decreto Supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (inc. 1°).

La operación de las instalaciones eléctricas de los concesionarios que operen interconectados entre sí, deberá coordinarse con el fin de 1. Preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico; 2. Garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico; 3. Garantizar el derecho de servidumbre sobre los sistemas de transmisión establecidos mediante concesión (inc. 2°).

Esta coordinación deberá efectuarse de acuerdo con las normas y Reglamentos que proponga la Comisión (inc. 3°)".

Por su parte, el artículo 150 letra b) ha señalado qué debe entenderse por "Centro de Despacho Económico de Carga: organismo encargado de determinar la operación del conjunto de centrales generadoras y líneas de transporte de un sistema eléctrico, de modo que el costo del abastecimiento eléctrico sea el mínimo posible, compatible con una seguridad prefijada".

²⁸ Resulta significativo el criterio del órgano Contralor, expresado fundamentalmente en Dictámenes N° 27.771 y N° 27.743, ambos de 1990. En particular este último, en cuanto en una primera revisión permite claramente sostener que aquellos usuarios que no están bajo tarifas reguladas, carecen del beneficio de valores compensatorios tratados en el art. 99 Bis.

A su turno, el Decreto Supremo N° 6 (Minería), de 22 de enero de 1985²⁹, que había aprobado el Reglamento de Coordinación de la Operación Interconectada de Centrales Generadoras y Líneas de Transporte, fijaba como objetivos básicos de esta coordinación³⁰ los mismos que considera el artículo 81 inc. 2° transcrito, disponiendo para la satisfacción de estos objetivos la creación, en cada sistema eléctrico, de un Comité de Operación denominado Centro de Despacho Económico de Carga, CDEC, el que "coordinará la operación del sistema eléctrico correspondiente", siendo sus instrucciones de coordinación obligatorias para sus integrantes³¹.

Al CDEC le corresponde, entonces, cumplir en plenitud con los propósitos que señala el art. 81 de la Ley, debiendo "Planificar la operación de corto plazo del sistema eléctrico, considerando su situación actual y la esperada para el mediano y largo plazo, y comunicarla a los integrantes del CDEC para que estos operen sus instalaciones de acuerdo a los programas resultantes³²", máxime cuando la Dirección de Operación, resulta ser el único organismo idóneo para resolver con anticipación la crisis que se pretende evitar³³.

En suma, correspondería (uno) adoptar las medidas a las respectivas distribuidoras, (dos) la coordinación al CDEC, y, (tres) la fiscalización al Estado.

9. Del Decreto de Racionamiento, al amparo del nuevo artículo 99 Bis

Decíamos que el legislador de la ley 19.613³⁴, utilizó la técnica de la sustitución, para enfrentar el problema de la sequía, produ-

ciendo una verdadera disfonía con el resto del articulado de la Ley Eléctrica.

Razones de carácter literal imponían y consolidaban al artículo 99 Bis en estricta relación con el artículo 99. Por de pronto, una simple deducción que resulta forzosa al tenor de la ubicación de los textos, nos obliga a arribar a una conclusión como la expuesta: el artículo 99 Bis se encuentra en el Título IV de la ley, que se denomina *De las tarifas*, y más precisamente, ambos artículos se insertan en el Capítulo II de aquel título *De los precios en sistemas eléctricos cuyo tamaño es superior a 1.500 kilowatts en capacidad instalada de generación*.

Enseguida, no podemos abstraernos de que en ambas disposiciones se tratan materias de carácter económico, fruto de la natural ubicación de las aludidas normas y su relación es tan estrecha que ambas se vinculan directa e inmediatamente a través del *costo de racionamiento*, en su creación (art. 99) y en su aplicación y utilización (art. 99 Bis). De allí los límites que la norma de aplicación planteaba expresamente. Es por ello que una modificación, que contiene una verdadera sustitución como la introducida, relevando límites de aplicación en el momento (el hasta cuándo ?) y modificando, además, los sujetos de la relación (Generadora-Generadora), no podrá dejar de tener efectos que incidan en el precio final de la electricidad, sea porque los incentivos de funcionamiento económico se alteraron artificialmente lo que incidirá en el crecimiento del sector, o sea porque en todo caso, el costo de racionamiento previsto por la ley (de obligatoria fijación), ante las altas hipótesis de exigibilidad, deberá reflejarse en las próximas fijaciones de los precios de nudo. O se empequeñece el sector o aumentan los precios, parece ser el inexorable dilema al que nos conduce esta incontestable reforma legal.

Veamos los principales cambios introducidos:

- a) Resulta ahora indiscutible el carácter de preventivo que puede asumir el Decreto de Racionamiento, al tenor de la fórmula empleada por el legislador "... en caso de producirse o proyectarse fundadamente un déficit de generación en un sistema eléctrico..."³⁵.

²⁹ Publicado en D.O. N° 32.109, de 28 de febrero de 1985. Hoy derogado por el DS 327 (Minería), artículo 329, letra d).

³⁰ Art. 1°, 2.2, letras a, b, y, c, del Reglamento. Hoy artículo 165, 171 DS 327.

³¹ Art. 2, DS. 6 cit. Hoy artículo 171, DS 327.

³² Art. 5, N° 1, DS 6. Hoy artículo 172 a), DS 327.

³³ De particular ilustración resultan los artículos 11 N° 4 del Reglamento, 14, 15, 17 y 16. Este último, incluso señala que esta Dirección es la destinataria de aquella información relativa a estadísticas, características y estado del sistema eléctrico, tales como los *niveles en los embalses*, stocks de combustible en centrales, etc. Vid. artículo 181, DS 327.

³⁴ Vid. art. 2.2.

³⁵ Vid. Oficios de 26.4.1999, por los cuales el Presidente de la República formuló indicaciones al Proyecto que se encontraba en tramitación, por medio del cual "precisa la

- b) No se han otorgado en esta ley potestades implícitas a la autoridad, que se oculten en una discrecionalidad exenta de control, puesto que si bien es cierto hay referencias a lo que ella estime conducente, solo puede disponer aquella lo que esté “dentro de sus facultades”, con fines que orienta el legislador en términos distintos a los de la norma reemplazada, orientadas a “reducir los impactos del déficit para los usuarios, a incentivar y fomentar el aumento de capacidad de generación en el respectivo sistema, a estimular o premiar el ahorro voluntario y a aminorar los costos económicos que dicho déficit pueda ocasionar al país”.
- c) Innova, ciertamente, al imponer lo que se denominó “corte parejo”. Esto es, consolida legalmente aquello que por tímida y discutida instrucción había establecido la Superintendencia de Electricidad y Combustibles mediante resolución exenta, resultando discutible su aplicación, por decir lo menos, para los clientes libres de aquellas generadoras obligadas a esta distribución proporcional: “El déficit registrado en el sistema deberá distribuirse proporcionalmente y sin discriminación de ninguna especie entre todas las empresas generadoras, tomando como base la globalidad de sus compromisos”³⁶.
- d) Expresa legalmente para el efecto de este artículo: “que las situaciones de sequía o las fallas de centrales eléctricas que originen un déficit de generación eléctrica que determine la dictación de un decreto de racionamiento, en ningún caso podrán ser calificadas como fuerza mayor o caso fortuito. Resulta pertinente plantearse si para efectos distintos de este artículo puede considerarse a la sequía como fuerza mayor o caso fortuito”
- e) Se levantan los límites de la responsabilidad, bajo el supuesto de que sequías más profundas a las consideradas en el cálculo de los precios de nudo, no serán “límite para el cálculo de déficit”, añadiendo que “El déficit que las empresas generadoras están obligadas a pagar, de conformidad a este artículo, no estará limitado a aquel que se calcule para el primer año hidrológico de la sequía”.
- f) Añade que “el ejercicio de acciones jurisdiccionales no obstará al pago de las compensaciones previstas”, y, por último,
- g) En cuanto a las relaciones de las generadoras entre sí, les impone que “Las transferencias de energía que se produzcan en un centro de despacho económico de carga, resultantes de la dictación de un decreto de racionamiento, también se valorizarán al costo marginal instantáneo aplicable a las transacciones de energía en el sistema, el que en horas de racionamiento equivale al costo de falla”, llevando a sede legal un concepto de simple asilo reglamentario.

Como se ve, lejos de ser una solución a los problemas de sequía, avizoro que esta normativa tendrá muchísima interpretación judicial. Serán como siempre los jueces los que dirán el Derecho, aunque me temo que, como se ha hecho práctica común de aquellos, los caminos del hombre libre, serán de a poco, dificultados con interpretaciones que redundan en pro del Estado, bajo el alero útil del bien común, olvidando que este solo se alcanza con pleno respeto de los derechos y garantías de la persona³⁷.

posibilidad de dictar un decreto de racionamiento antes de ocurrir el déficit de generación, que contenga las medidas que la autoridad estime convenientes para enfrentar tal situación”, vid. Sesión 58, 4.5.1999, Cámara de Diputados.

³⁶ Y todo ello, pudiendo afectar a los Clientes Libres, sin despejar una incógnita crucial ¿quién concurrirá a las indemnizaciones que ellos requieran? Todo parece indicar la conveniencia de incorporar a los contratos venideros que ellos suscriban el tratamiento de los efectos compensatorios que se precisan. ¿Tendrá que ser la ley del contrato la que auxilie la temeridad legislativa?

³⁷ El tema del derecho eléctrico, constituye hoy una especialidad propia del derecho administrativo. Para el aporte de la investigación, rescato bibliografía que puede ser útil para el investigador que vendrá: Aranceta, J., “La red de transporte y distribución de energía eléctrica de España Peninsular”, Papeles de Economía Española, núm. 14 (1983), pp. 217 y ss.; “Estructuras y evolución sectorial. Aspectos técnicos, jurídicos y financieros”, en El sector eléctrico español en la Europa de 1993, Ed. Economistas, Madrid, 1991, pp. 33 y ss.; Ariño Ortiz, G., “La configuración jurídica del sector eléctrico. Prolegómenos a su estudio”, en Libro Homenaje al profesor Juan Galván Escuti, Universidad de Valencia, 1980, pp. 21 y ss., su “Servicio público y libertad de empresa. La Delegación del gobierno en el sistema eléctrico”, en Libro Homenaje al profesor J. L. Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1989, pp. 75 y ss.; su Economía y Estado, Crisis y reforma del sector público, Marcial Pons, Madrid, 1993; su “El mercado interior de la electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencias en el umbral de 1995”,

Continuación nota 137.

Noticias de la Unión Europea, núm. 125 (1995), pp. 13 y ss.; Blanco Rodríguez, B., "El servicio público de explotación unificada del sector eléctrico y la nacionalización de la red de alta tensión", en XXV Ciclo de conferencias Hidroeléctrica Española, SA, 1987, pp. 34 y ss.; Calleja, T., "Pasado y futuro en la internacionalización del sector eléctrico", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. Rojas A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 321 y ss.; Crossman, R., "La ineludible apertura del sector eléctrico por la vía de la internacionalización y la diversificación", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. y Rojas A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 321 y ss.; De Hinojosa, J.V., "Las obligaciones y derechos de las empresas distribuidoras", en IV Jornadas jurídicas de las empresas integradas en U.N.E.S.A., Barcelona, 27 y 28 de abril de 1995, Libro de Ponencias, p. 89 y ss.; Del Guayo Castiella, I., Pielow, C., y Zimmerman, N., "Precisiones en torno a las Directivas sobre tránsito de Electricidad y Gas", Noticias CEE, núm. 105 (1993), pp. 37 y ss.; Delgado Iribarren, M., "El Plan Energético Nacional (PEN) 83", Revista de Administración Pública, núm. 104 (1984), pp. 440 y ss.; Díaz Caneja, "Regulación administrativa del sector eléctrico", Economía industrial, núm. 234 (1985), pp. 117 y ss.; Díez Moreno, F., "La futura ley de bases de la energía eléctrica", en Primeras Jornadas, "Energía y Derecho", t. I, Ente Vasco de la Energía, Bilbao, 1988, pp. 205 y ss.; su "La importación y exportación de electricidad y su relación con las normas europeas de la competencia", Revista Comunidad Europea, Aranzadi, núm. 9 (1992), pp. 21 y ss.; su "La apertura a la competencia del sector de la energía en el mercado único europeo", en Perspectivas jurídicas actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell (Dir. Martínez La fuente, A.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pp. 203 y ss.; Fabra Utray, "La nacionalización de la red de alta tensión", Economistas, núm. 17 (1985), pp. 125 y ss.; su "La exportación del sistema eléctrico español", Economistas, núm. 41 (1989/1990), pp. 172 y ss.; Fabra, J., "El Mercado Único de la Energía y el sector eléctrico", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. y Rojas A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 147 y ss.; Fernández de la Buelga, L., "La integración del Mercado Comunitario de la Electricidad. Un balance", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. y Rojas, A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 123 y ss.; Gimeno Feliú, J. M., "Reflexiones sobre el mercado interior eléctrico: A propósito del "common carrier", Noticias de la Unión Europea, núms. 115-116 (1994), pp. 49 y ss.; su "Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea", Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 5 (1994), pp. 127 y ss.; su El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo, Civitas, Madrid, 1994; su "La invalidez sobrevenida en la causa expropiatoria (a propósito de la línea Aragón-Cazarril)", Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 8 (1996), pp. 253 y ss.; Jiménez de Parga, R., "La separación jurídica de actividades eléctricas", en IV Jornadas jurídicas de las empresas integradas en U.N.E.S.A., Barcelona, 27 y 28 de abril de 1995, Libro de Ponencias, pp. 243 y ss.; Leguina Villa, J., "Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa", Revista de Administración Pública, núm. 68 (1972), pp. 9 y ss.; López Mayor, V. y otros, Legislación eléctrica básica, Tecnos, Madrid, 1988; López Ramón, F., "Dictamen sobre la declaración de utilidad pública de la línea de alta

tensión Aragón-Cazarril", Revista de Derecho Ambiental, núm. 7 (1991), pp. 83 y ss.; su "Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas", Revista de Administración Pública, núm. 130 (1993), pp. 83 y ss.; su "Introducción", en Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos (dir. López Ramón, F.), Kronos, Zaragoza, 1995, pp. 11 y ss.; su "Consideraciones sobre la incidencia ambiental del trazado de las líneas eléctricas en el Derecho español", Revista de la Asociación de Derecho Ambiental Español, núm. 0 (1996), pp. 39 y ss.; Maravall Herro, F., "La regulación del sector eléctrico español", Hacienda Pública Española, núms. 110-111 (1988), pp. 99 y ss.; Martín Mateo, R., "La cláusula de precario en las concesiones de dominio público", Revista de Administración Pública, núm. 56 (1968), pp. 63 y ss.; su Ordenación del sector público en España, Civitas, Madrid, 1973; su Nuevo Derecho energético, IEAL, Madrid, 1982; su Derecho público de la economía, Ceura, Madrid, 1985; su "Energía", en Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español) (Dir. García De Enterría, E. y otros) t. III Civitas, Madrid, 1986, pp. 427 y ss.; Martínez López-Muñiz, J.L., "El sector eléctrico en España", Revista del Instituto de Estudios Económicos, núm. 4 (1991), pp. 313 y ss.; Muñoz Machado, S., Derecho público de las Comunidades Autónomas, t. I, Civitas, Madrid, 1982; su "La adhesión de España a las Comunidades Europeas. Su impacto en la normativa energética", en Primeras Jornadas, "Energía y Derecho", t. II, Ente Vasco de la Energía, Bilbao, 1988, pp. 397 y ss.; su "El servicio público, las intervenciones autorizatorias y la libre competencia en el sistema eléctrico", en IV Jornadas jurídicas de las empresas integradas en U.N.E.S.A., Barcelona, 27 y 28 de abril de 1995, Libro de Ponencias, pp. 39 y ss.; Muñoz Machado, S., y Baño León, J.M., "La intervención administrativa en el sector eléctrico: exigencias constitucionales y comunitarias frente a una futura reforma legislativa", Revista del Instituto de Estudios Económicos, núm. 4 (1991), pp. 373 y ss.; Ontiveros, E., "Introducción. Situación actual del sector eléctrico", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. y Rojas, A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 23 y ss.; Reinoso, V., "Hacia la explotación de capacidad y recursos en nuevas actividades para el sector eléctrico", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. y Rojas, A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 49 y ss.; Rivero, P., "Reflexiones sobre el Mercado Eléctrico europeo", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. y Rojas, A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 161 y ss.; Salas Hernández, J., Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977; Taccoen, L., "El Mercado Único de la Electricidad. Una posible solución: la competencia en la producción sin acceso de terceros a la red", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. y Rojas, A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 169 y ss.; Torá, J. L., "La Red eléctrica nacional", Papeles de Economía Española, núm. 14 (1983), pp. 209 y ss.; Trillo, J. y López Jurado, F., La regulación del sector eléctrico, Civitas, Madrid, 1996; Zurutuza, E., "Elementos para una mayor competitividad de la actividad eléctrica en el contexto del proyecto de ley de su ordenación", en Fernández de la Buelga, L. Ontiveros, E. y Rojas, A. (dirs.), El sector eléctrico del año 2000, Civitas, Madrid, 1994, pp. 61 y ss.