Aspectos a considerar del proyecto de ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía y crea organismo coordinador independiente

*Aspects to consider bill of establishing new power transmission systems and coordinating agency creates independent*

Alejandro Vergara Blanco, Gerardo Sanz de Undurraga y Esteban Cañas Ortega

Resumen

* *Se* expone acerca de los principales cambios que introduce el proyecto de ley sobre transmisión eléctrica y que crea nuevo organismo coordinador independiente, ingresado a la Cámara de Diputados con fecha 7 de agosto de 2015 por el Ejecutivo mediante Boletín Nº 10240-08;
* Otorgamos nuestra opinión sobre las modificaciones más relevantes que introduce dicho proyecto de ley.
* *Dada la naturaleza y contenido de las materias que informamos, pueden presentarse temas que se repitan en uno y otro apartado de la presente trabajo, las cuales intentamos acotar en lo que importa en cada una de las materias que se tratan.*

Palabras clave: *proyecto de ley, transmisión eléctrica, organismo coordinador, potestades administrativas.*

Abstract: *Here we present on the main changes introduced by the draft law on electricity transmission and creates new body independent coordinator, joined the Chamber of Deputies dated August 7, 2015 by the Executive through No. 731-363; along with this, we give our opinion on the most important changes introduced by the Bill. Given the nature and content of the materials we reported, there may be issues that recur in either section of this work, which we try to narrow on what matters in each of the subjects treated.*

Key words: *bill, electric transmission, coordinator, administrative powers*

I. La Regulación eléctrica de fondo: Equilibrio y dominaciones en el sector

 Sin perjuicio que cabe revisar y, en su caso, modificar los marcos regulatorios vigentes (según se dice más adelante), cabe recordar que la estabilidad del sector energético nacional descansa sobre la base de dos pilares fundamentales. El primero, es aquél que denominamos el de las dominaciones que se dan en tres aspectos del sector, (i) en el sector de los órganos de la Administración del Estado con potestades en el sector; (ii) en el ámbito de los particulares que llevan a cabo la actividad; y (iii) en lo que respecta al autogobierno o autoadministración de estos últimos. El segundo pilar, por su parte, está conformado por el sistema de resolución de conflictos en el sector, caracterizado por su alta especialización e independencia. Todos los otros temas de la regulación como lo son la generación, la transmisión, distribución, coordinación o el régimen de precios, tendrían otra tonalidad y éxito si faltaran o se alteraran sustancialmente estos dos pilares fundamentales.

*1. Las dominaciones dentro del sector energético nacional*

*a) Dominación de los órganos administrativos con potestades en el sector*. En nuestro ordenamiento energético nos encontramos con autoridades administrativas y políticas a las cuales la ley les encomienda el ejercicio de sus atribuciones, ya sea como elaboradores de políticas públicas a nivel nacional en la materia, ya sea como colaboradores técnicos en las mismas, o bien, como ordenadores y fiscalizadores de la actividad económica llevada a cabo por los particulares, debiendo todos, por disposición constitucional contar con competencias específicas señaladas en normas de rango legal y, en virtud del Estado de Derecho, con contrapesos eficaces en el ejercicio de sus potestades. De estos órganos, los más importantes y con mayor incidencia en materia eléctrica son el Ministerio de Energía, la Comisión Nacional de Energía (en adelante “CNE”) y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (en adelante “SEC”).

*b) Dominación de los particulares*. La actividad eléctrica en nuestro país, al estar destinada a la satisfacción de necesidades públicas de un gran grupo de consumidores, es, por regla general una actividad de servicio público. Esta actividad es llevada a cabo por los particulares ajenos a la Administración estatal que la llevan efectivamente a cabo a través de las empresas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica hacia la población del territorio nacional.

*c) Dominación del autogobierno*. Estos particulares, divididos en los tres subsectores precedentemente dichos, y por disposición legal y constitucional coordinan, administran y gobiernan su actuación económica eléctrica a través de órganos conformados por ellos mismos, independientes respecto de la Administración del Estado, los denominados Centros de Despacho Económico de Carga (en adelante “CDEC”), destinados a coordinar la operación de un sistema eléctrico tomando en consideración la seguridad del servicio eléctrico, la eficiencia económica y el acceso abierto.

*2.* *La resolución de conflictos en el sector energético*. El sistema contencioso en nuestra regulación eléctrica tiene dos vertientes, una vertiente contencioso administrativa ante los Tribunales ordinarios de justicia conformada principalmente por la acción especial de reclamación ante la Corte de Apelaciones en contra de las resoluciones de la SEC; y una vertiente “hiperespecializada” que no es solamente contencioso administrativa, sino que también resolutora de conflictos entre las empresas eléctricas o entre éstas y los CDEC. Nos referimos, en este último caso, al Panel de Expertos del sector eléctrico, un órgano de alta especialidad técnica, que funciona como un Tribunal, no forma parte de la Administración del Estado y que es independiente e imparcial respecto a los otros clásicos poderes del Estado en la resolución de conflictos. Desde la creación del Panel de Expertos en el año 2004 a la fecha se ha dado un fenómeno de pacificación en el sector, reduciéndose notoriamente los conflictos judiciales del el mismo y dotando de certeza jurídica a todos los intervinientes del mercado eléctrico.

El Panel de Expertos es un órgano jurisdiccional autónomo, altamente especializado, que no forma parte ni del Poder Judicial, ni de la Administración del Estado, creado por la ley para la resolución de acotadas pero relevantes controversias suscitadas en el sector eléctrico.

El Panel fue creado por la Ley n°19940, de 2004, la cual realizó, además, diversos cambios más o menos profundos en el ámbito regulatorio eléctrico; y, entre tales cambios, incorporó a la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) las normas relativas a la creación, estructura y competencias del Panel de Expertos. Su misión esencial es resolver controversias (discrepancias) relacionadas con la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Funcionalmente, dicho órgano ejerce jurisdicción, pues resuelve tales discrepancias o conflictos, mediante dictámenes vinculantes para las partes, los cuales no son recurribles ante otra instancia.

La actuación del Panel de Expertos en estos primeros diez años ha tenido un balance muy positivo. Su principal logro pareciera ser la reducción de la conflictividad del sector, así, pese a las dudas iniciales que pudo despertar este modelo de órgano jurisdiccional, tan extraño a nuestra tradición anterior (por tratarse de un tribunal compuesto en su mayoría por profesionales no jurídicos), ha demostrado cumplir de manera eficaz su labor como tribunal especializado.

II. Proyecto de ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía eléctrica y crea organismo independiente del sistema eléctrico nacional.

El presente trabajo tiene por objeto exponer detalladamente las modificaciones más relevantes del proyecto de ley (en adelante “Proyecto de Ley”) que modifica la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante “LGSE”); así como determinar si éstas modificaciones afectan o no de modo alguno estos pilares fundamentales del sector compuestos por las llamadas dominaciones y el sistema de resolución de conflictos en el sector, recientemente expuestos.

Hemos de mencionar, por su parte, que el referido proyecto de ley ingresó por mensaje a la Cámara de Diputados el día 7 de agosto de 2015, y con fecha 30 de septiembre del presente año se le ha otorgado el carácter de *suma urgencia* en la Comisión de Energía y Minería de la Cámara.

Como primer comentario, cabe destacar el articulado de este proyecto, como también su mensaje, que denotan un gran trabajo realizado en conjunto por el Ejecutivo, a través de la CNE, y el mundo académico, integrado por los profesores de la Facultad de ingeniería de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Hugh Rudnick y David Watts.

A. Exposición sumaria del Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley que ingresó a la Cámara de Diputados tiene su origen en la Agenda Energética elaborada por el Gobierno en el mes de mayo del año 2014 en que se anticiparon algunas ideas sobre planificación en el sector eléctrico; luego, comenzó el diagnóstico participativo de problemas y aspectos a mejorar de la normativa contenida en la LGSE.

El contenido y algunos aspectos que se consideraron en dicho diagnóstico se encuentran desarrollados en el Mensaje del Proyecto de Ley, en donde asimismo se expone acerca de los objetivos que persigue dicho proyecto.

I. Antecedentes del Proyecto de Ley

Previo a la elaboración y envío del Proyecto de Ley a la Cámara de Diputados, se trabajó, en primer lugar en una agenda energética que contuviera los lineamientos generales de planificación y mejoramiento sobre los distintos segmentos que componen el sector de la energía, así como lograr la mayor eficiencia en su distribución a los clientes finales.

*1. Agenda energética.* En primer lugar se encuentra la agenda energética elaborada por el Gobierno, de la cual destacan, en lo que importa el contenido del Proyecto de Ley, lo relativo a la conectividad para el desarrollo energético y la interconexión de los sistemas interconectados.

*a) Conectividad para el desarrollo energético.* En este aspecto se aboga por la inclusión de medidas que tiendan a reducir los costos de transmisión y efectuar la interconexión regional e internacional con los miembros del Sistema Interconectado Andino.

*b) Interconexión de los sistemas interconectados.* Por su parte se contempla para el plan de expansión del sistema de transmisión troncal del periodo 2014-2015 la interconexión del Sistema Interconectado Central con el Sistema Interconectado del Norte Grande.

*2. Diagnóstico participativo de deficiencias en el sector eléctrico.* Los resultados de este trabajo conjunto culminaron en la captación de los siguientes problemas y aspectos a mejorar dentro del sector eléctrico: (i) mejoramiento en la planificación de los sistemas de transmisión troncal y subtransmisión; (ii) regulación de la transmisión adicional insuficiente; (iii) escasa participación ciudadana en los proyectos de energía; (iv) problemas suscitados en régimen sobre acceso abierto; (v) conexión de los dos grandes sistemas interconectados; (vi) la necesidad de que exista un único ente coordinador de los sistemas interconectados, con caracteres de autonomía y configuración similar a la que hoy tienen los CDEC.

II. Mensaje del Proyecto de Ley

El extenso contenido del Mensaje del Proyecto de Ley otorga una introducción acerca de los antecedentes que configuraron la agenda energética y el diagnóstico participativo de deficiencias en el sector.

Luego señala los principales objetivos del Proyecto de Ley, los que se pueden resumir conforme a las siguientes temáticas.

*1. Coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional*. Luego de realizado los estudios correspondientes, se señala, resulta ineludible la interconexión de los dos grandes sistemas eléctricos, de manera que la conexión sea desde Arica hasta Chiloé, que se vislumbra para el corto plazo (año 2018).

Por su parte, se propone una nueva institucionalidad de la coordinación del sistema eléctrico independiente de los actores del mercado y dotado de personalidad jurídica propia.

*2. Planificación energética y de la expansión de la transmisión*. Se redefinen los sistemas de transmisión de acuerdo a su funcionalidad y criterios técnicos estrictos, de manera que se incorporan: (i) Sistema de Transmisión Nacional (actual sistema de transmisión troncal); (ii) Sistema de Transmisión Zonal (actual sistema subtransmisión); (iii) Sistema de Transmisión Dedicados (actual sistema adicional); (iv) Sistema de Interconexión Internacional: aquel que facilita la exportación o importación de energía eléctrica desde o hacia el territorio nacional; y (v) Sistema de Transmisión para Polos de Desarrollo (hoy no existen): aquel que permite transportar la energía producida por medios de generación ubicados en polos de desarrollo hacia el sistema de transmisión, haciendo un uso eficiente del territorio nacional.

En cuanto a la planificación, se incorpora un nuevo procedimiento quinquenal de planificación energética de largo plazo, a cargo del Ministerio de Energía, para un horizonte de 30 años.

*3. Polos de desarrollo*. Para efectos de determinar las zonas con altos porcentajes de generación, aquellos polos serán determinados por el Ministerio de Energía en el contexto de la planificación energética quinquenal de largo plazo; en consistencia con el interés público asociado a la exportación eficiente de dichos polos.

*4. Definición de trazados*. Se formula una propuesta que busca lograr equilibrio económico, social y ambiental en la definición de trazados, de manera que en el sistema exista una mayor certeza para la realización de los proyectos, asignando al Estado un rol central en la evaluación de los trazados y se pretende otorgar legitimidad al desarrollo de proyectos de transmisión ante la opinión pública y las comunidades.

*5. Acceso abierto*. Se pretende extender el ámbito sobre régimen de acceso abiertos en todos los niveles de transmisión, así como de dotar al nuevo ente coordinador de los sistemas eléctricos interconectados la aplicación vinculante de reglas, procedimientos y etapas, para efectos de garantizar el acceso abierto.

*6. Remuneración del sistema*. Se unifica el proceso de calificación de las instalaciones de transmisión de cada segmento en un solo proceso, eliminando así la especulación en los distintos estudios tarifarios, sin desfases de tiempo que provocan barreras de entrada y competitivas en el mercado. Asimismo, se extiende la garantía de retorno a los inversionistas.

*7. Desarrollo normativo y regulación*. En el caso de la CNE, como regulador del mercado eléctrico, se requiere precisar su alcance en forma armónica con el fortalecimiento del rol de planificador, de manera que pueda dictar normas técnicas y económicas para todos los actores de la cadena eléctrica, de modo que la interpretación de esa facultad sea inequívoca por parte de todos los actores.

Por su parte, se entregan al Coordinador funciones de apoyo de la labor fiscalizadora de la SEC, y de promoción del cumplimiento de la normativa.

III. Estructura normativa del Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley integra un total de 80 artículos, más 28 modificaciones a artículos de la LGSE ya existentes, de acuerdo a la siguiente sistematización.

*1. Se introduce un nuevo Título II bis: de la coordinación y operación del sistema eléctrico nacional (arts 72-1 a 72-18).* En este título se regula la operación interconectada y coordinada del sistema eléctrico nacional especificando las atribuciones del Coordinador en la materia, regulando, además, las potestades del mismo en aquellas materias conexas a la operación interconectada como lo es en el nuevo régimen de acceso abierto, los servicios complementarios, el monitoreo por parte del Coordinador a la libre competencia y las cadenas de pagos, el régimen de responsabilidad de los coordinados y del Coordinador, y la construcción, interconexión, puesta en servicio, operación, retiro, modificación y desconexión de instalaciones.

*2. Se reemplaza el actual Titulo III, por uno nuevo: De los Sistemas de Transmisión Eléctrica (art. 73 a 122).* Se crean nuevas denominaciones a los subsistemas de transmisión eléctrica, añadiéndose dos categorías antes inexistentes (Polos de desarrollo y de interconexión internacional). Además, se determina el nuevo régimen de acceso abierto y se reemplazan todas las normas relativas a la planificación de la transmisión, desconcentrándose el actual Estudio de Transmisión Troncal en varios procesos diferentes según su objeto.

*3. Se incorpora un nuevo Título VI BIS: Del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (art. 212-1 a 212-13).* En este título se regulan los aspectos orgánicos del Coordinador, tales como su integración, financiamiento y el mecanismo de designación de sus directores.

*4. Otras disposiciones que modifican la LGSE.* Además de los títulos precedentemente expuestos que representan las mayores modificaciones a la LGSE, el proyecto de ley vienen en modificar las atribuciones y competencia del Panel de Expertos, junto con señalar además un nuevo régimen de compensaciones en el caso de corte o suspensión no autorizada de suministro, derogando el actual artículo 16B de la LSEC.

B. Análisis de modificaciones relevantes

Sin perjuicio de la gran extensión de disposiciones que modifica y agrega el Proyecto de Ley, en el presente trabajo acotamos nuestra opinión a las que consideramos más relevantes para los efectos de la regulación de la industria eléctrica, los sistemas interconectados y su régimen de coordinación, y las nuevas facultades que se pretenden introducir a la Administración del Estado en la materia.

De esta manera, nuestro análisis se concentra en los cambios relativos al organismo Coordinador, el Panel de Expertos, régimen de valorización de instalaciones eléctricas y las servidumbres, las novedades que se introducen respecto del régimen sobre acceso abierto y régimen de compensaciones a clientes regulados y, por último, la atribución que la ley (tanto actual como el proyecto) le otorga a la Administración de dictar actos o resoluciones exentas.

I. Sobre las nuevas facultades del Coordinador(CISEN)

*1. Cambios introducidos por el proyecto.* Dentro de estas nuevas facultades se encuentran:

a) Aprueba y fiscaliza sobre la capacidad disponible de las instalaciones, sobre las solicitudes de conexión a las mismas, dentro del régimen sobre acceso abierto (art. 72-5).

b) Monitorea sobre las condiciones de competencia en el sector e informa sobre lo mismo a la Fiscalía Nacional Económica (art. 72-9).

c) Monitoreo de la cadena de pagos, en el sentido que debe adoptar las medidas pertinentes que tiendan a garantizar la cadena de pagos y debe informar a la SEC (art. 72-10).

d) Elaboración de reportes técnicos de desempeño del sistema eléctrico, los que deben ser públicos y comunicados a la CNE y la SEC (art. 72-13). La elaboración deberá ser a lo menos anual.

e) En caso de indisponibilidad de suministro, debe informar a la SEC para efecto de las compensaciones (art. 72-18).

f) Estándares y deberes de transparencia que se le imponen (art. 212-2).

g) Obliga a interconectarse y a coordinarse a los “pequeños medios de generación distribuida”, PMGD (art.72-2)

h) Gestionar inspecciones, a lo menos anuales, a las instalaciones eléctricas coordinadas para velar por un adecuado funcionamiento de éstas (art. 72-2)

*2. Análisis*. Se observa una intención de otorgar al CISEN ciertas facultades de fiscalización, rol que actualmente le corresponde casi en su totalidad a la SEC.

Asimismo, se exigen niveles de transparencia similares a los regulados para las entidades públicas; y, por su parte, se le otorga un rol de informador a ciertas entidades fiscalizadoras sobre los aconteceres del mercado (el soplón).

II. Sobre régimen de responsabilidad del CISEN

*1. Regulación actual.* No está contemplado en la LGSE.

*2. Contenido del proyecto.* La SEC fiscaliza el cumplimiento de las funciones y obligaciones que la ley le asigna al CISEN ya sus consejeros, pudiendo ordenarle las modificaciones o rectificaciones a sus actos que correspondan y/o aplicar sanciones al CISEN o directamente a los miembros del Consejo Directivo. Se establece, además, la responsabilidad extracontractual del CISEN, de acuerdo a las reglas generales, por infracciones a la normativa vigente en que incurra (arts. 72-14 y 212-9). Por su parte, los consejeros del Consejo Directivo responden de sus actos por culpa leve y solidariamente, pudiendo tener exenciones de responsabilidad por votos disidentes de las decisiones que el mismo toma (al igual que en la administración de las S.A.).

*3. Análisis.* En primer lugar, esta norma innova en cuanto a sancionar de alguna manera al organismo coordinador, aunque sea a los miembros del consejo que lo componen. No tenemos claridad acerca de la (in)conveniencia de este tipo de normas, quizás pueda ser útil para ocasionar conductas preventivas en los miembros de dicho consejo.

,.

III. Sobre la Independencia del CISEN.

*1. Regulación actual.* Actualmente es un organismo creado por la LGSE, independiente y autónomo, tanto de los actores del mercado eléctrico, como de la Administración del Estado (no forma parte de ésta por no estar mencionado en el art.1 Ley 18.575), conformado por representantes de las empresas eléctricas y de los clientes libres que integran un sistema eléctrico en particular, los cuales, una vez electos gozan de absoluta independencia en sus decisiones respecto de las empresas de las que formaban parte. En fin, la independencia es uno de los principales bienes jurídicos que la LGSE y el DS N° 291/2008, -con las modificaciones introducidas por el DS N°155/2013- resguardan bajo la nueva composición de los CDEC.

*2. Contenido del Proyecto.* El proyecto de ley en comento hace las siguientes modificaciones que alteran la independencia del órgano Coordinador, CISEN.

a) La determinación de los procedimientos internos del CISEN, si bien le corresponden a este órgano, deberá adecuarse a las disposiciones de la ley, el *reglamento y a las normas técnicas que dicte la CNE* (Art.72-4).

b) En lo relativo al sistema de información pública con que debe cumplir el CISEN, dentro de todas las infromaciones que el proyecto de ley le obliga tener a disposición del público, se agrega aquella que sea determinada por el reglamento, la normativa técnica o que le sea solicitada incorporar por el Ministerio de Energía, la CNE o la SEC (Art.72-8 letra i)).

c) Le corresponde a la SEC fiscalizar el cumplimiento de las funciones y obligaciones que la ley le asigne al CISEN (art. 72-14). Pudiendo sancionar al órgano en particular o a cada uno o más de sus consejeros con multas con un tope de 30 UTA por consejero, las cuales podrán ser restadas de, a lo máximo, un 30% de la remuneración bruta mensual del infractor.

d) El proyecto de ley ordena a que se dicte un reglamento que regule todas las materias necesarias para la implementación de las disposiciones contenidas en el título de la “Coordinación del Sistema eléctrico nacional”, el “Reglamento de Coordinación” (Art.72-19).

e) En cuanto a la organización y composición del CISEN, éste se aparta de la autorregulación de la industria que se ha logrado con los CDEC; en el proyecto de ley el Consejo Directivo (símil del actual Directorio) está compuesto por 7 miembros, nombrados por un Comité Especial de Nominaciones, conformado por, Ministerio de Energía, CNE, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”), Panel de Expertos, Consejo de Alta Dirección Pública, decano universidad Consejo de Rectores (Arts.212-3 y 212-5).

f) La destitución o remoción de alguno de los miembros del Consejo Directivo será determinada por el Comité Especial de Nominaciones a solicitud de la SEC (Art. 212-5 inc. final).

*3. Análisis. Si bien la Ley habla de “Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional”, la aseveración parece ser del todo ilusoria al exacerbarse las potestades discrecionales de la Administración frente al órgano coordinador del sistema eléctrico, quien, ya ni siquiera tiene incidencia alguna de las empresas integrantes del mercado eléctrico y que, además, se encuentra conminado en su actuación a la potestad sancionatoria de la SEC y a la (dudosa) potestad normativa de la CNE.*

IV. Sobre las facultades adicionales que se le otorga a la CNE

*1. Cambios introducidos por el proyecto.* Dentro de estas nuevas facultades, se encuentran:

a) Incidir en la determinación de los Procedimientos del el CISEN, a través de su normativa técnica (art. 72-4).

b) Define cuales son los servicios complementarios mediante resolución exenta (art. 72-7), en vistas que en la LGSE es función del TDLC.

c) Los coordinados son responsables de las normas técnicas que dicte la CNE (art. 72-12), en la LGSE es sólo son responsables por incumplimiento de la ley y los reglamentos (art. 138 LGSE).

d) Declara cuando se encuentran las “obras en construcción” de las instalaciones eléctricas; en la LGSE es función de los CDEC (Art. 72-15).

e) Realiza la calificación de las instalaciones mediante resolución exenta (art. 100), en la LGSE lo debe hacer el Ministerio de Energía mediante Decreto tomado de razón.

f) Determina los cargos únicos por concepto de pagos de transmisión mediante resolución exenta (art.114).

*2. Análisis.* Demás está decir el excesivo empoderamiento de la CNE, que pretende con este proyecto de ley, inmiscuyéndose en organismo que en la LGSE y sus modificaciones se pretenden independientes; asimismo, dado el tipo de acto administrativo mediante el cual actúa, no estaría sujeto en esos casos al control de la toma de razón por parte de la CGR, lo que se analizará más adelante.

V. Sobre modificaciones que se introducen respecto del Panel de Expertos

*1. Regulación actual.* Se encuentra regulado actualmente en los artículos 208 y ss LGSE que dan cuenta, entre otras cosas, (i) de la alta especialización de esta instancia de resolución de controversias del sector eléctrico, tanto entre las mismas empresas integrantes de un CDEC como entre éstas y los órganos de la administración con competencia en el sector, principalmente la CNE; (ii) de la independencia de esta instancia de decisión respecto a las partes interesadas en el conflicto y respecto al resto de los órganos del Estado/Administración y (iii) De la vinculatoriedad de sus decisiones (dictámenes) para los participantes del proceso y de su inimpugnamibilidad a raíz de la improcedencia de recurso alguno contra ellas.

*2. Contenido del proyecto.* El proyecto de ley en comento hace las siguientes modificaciones relativas a la actuación del Panel de Expertos:

a) Se reemplaza el actual art. 208 LGSE que establece las materias específicas que son de competencia de este órgano, siendo establecido un artículo con remisiones genéricas a los casos establecidos en la misma LGSE, otras leyes en materia energética o en los reglamentos, además de mantener las causales actuales de controversias suscitadas dentro de un CDEC (Coordinador) y las discrepancias que sometan las empresas eléctricas de común acuerdo al conocimiento del Panel con motivo de la aplicación técnica o económica de la normativa del sector.

b) Se modifica el art.211 LGSE que establece las reglas básicas que rigen el procedimiento ante el Panel de Expertos y los efectos de sus dictámenes[[1]](#footnote-1). c) Por otra parte, la misma modificación al artículo antes citado dispone, además de que la CNE y la SEC tendrán siempre la calidad de interesados (cuestión que es así actualmente), que los dictámenes del Panel sólo serán vinculantes para aquellos que hayan participado en calidad de partes en el proceso respectivo.

d) Por último, se modifica la atribución del Ministerio de Energía otorgada por el inciso final del art. 211 que faculta al titular de la cartera, mediante resolución exenta fundada, declarar la inaplicabilidad del dictamen del Panel de Expertos, en caso a que se refiera a materias ajenas a las mencionadas en el art. 208, sin mencionar plazo o período de tiempo alguno durante el cual durará dicha inaplicabilidad o suspensión (actualmente, el vigente inciso final del art.211 dispone que la resolución del Ministerio de Energía deberá señalar el período durante el cual durará dicha inaplicabilidad).

*3. Análisis*

a) En lo que respecta a la modificación de las materias que son competencia del Panel a raíz del art.208 LGSE, cabe hacer mención que el proyecto de ley (al igual que el artículo actual) hace una remisión genérica hacia normas de rango reglamentario con la finalidad de atribuir competencia a un órgano del Estado, lo cual, en virtud del art.7 de la Constitución Política de la República (en adelante “CPR”) vulnera al principio de juridicidad de los actos de los órganos del Estado, debiendo solamente atribuírsele competencia a un órgano de naturaleza jurisdiccional a través de una norma de rango legal. Misma razón encontramos en la definición de competencia dada por el Código Orgánico de Tribunales en su art.108 que dispone que esta es *“la facultad que tiene cada tribunal de conocer y resolver los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”.*

b) En lo relativo al alcance de sus dictámenes, el proyecto ley está empapado de una actitud de deferencia excesiva hacia los órganos de la administración con competencia en el sector, ya que, junto con no poderse revisar la legalidad de sus actos, se estima que la CNE y la SEC siempre tendrán la calidad de interesados (no de parte) y que el dictamen sólo será vinculante para aquellos que participen en el proceso con calidad de partes.

Respecto a lo anterior, es necesario que se esclarezca por el legislador la calidad que han de tener los órganos de la administración en las discrepancias que se siguen ante el Panel, ya que procesalmente, todo interviniente en un juicio que se catalogue como “interesado” es considerado como parte en el mismo. Es independiente e irrelevante el hecho de que para ser catalogado como parte se haya iniciado la discrepancia (partes directas), sino que también son partes aquellos interesados que adhieren al proceso con posterioridad a su iniciación por tener un interés actual en los resultados del mismo.

Además, es necesario que se esclarezcan casos en que la CNE actúa ya no como “interesado” en la discrepancia en el sentido de adherirse a la misma con posterioridad a su iniciación, sino que es legitimado pasivo en la misma, es decir, un recurrido, como ocurre en los casos de la valorización de las instalaciones de transmisión y en los procedimientos tarifarios en el sector ¿En estos casos los dictámenes del Panel tampoco serán vinculantes para este órgano por estimarse que es sólo un “interesado”, en palabras del proyecto, en el proceso? Lo anterior, traería una grave incertidumbre en el sector.

Es por esto último, que debiese esclarecerse por el legislador si la calidad de interesados a la que alude el proyecto en modifcación es aquella que se señala en el art. 23 inc. 2° del CPC (acepción procesal del término), o bien, en el art. 21 LBPA (acepción administrativa del término).

c) Respecto a la última modificación, en lo relativo a la facultad del Minsitro de energía de declarar inaplicable un dictamen del Panel, no hace esto más que acrecentar la disminución de la independencia y potestad de este órgano al no exigirle el proyecto de ley a la resolución exenta que declara la inaplicabilidad señalar un plazo o período durante el cual durará este mismo hecho ¿Cuál es la gracia, entonces, de haberse establecido inicialmente un régimen de irrecurribilidad de sus dictámenes con la finalidad de pacificar el sector eléctrico? Al parecer, en este sector, si las cosas siguen así tal como está este proyecto, la Administración y no un órgano técnico, especializado e independiente, será quien tenga siempre la última palabra.

VI. Instalaciones, servidumbres y acceso abierto

*1. Tasa de descuento de las instalaciones eléctricas para aplicar al V.I*.

*a) Regulación actual.* Esta tasa se regula en el art. 165 LGSE, en donde, a propósito de la fijación de precios de nudo, señala una tasa de descuento de las instalaciones de un 10% real anual.

*b) Contenido del proyecto.* EL art. 118 señala que la tasa de descuento será calculada por la CNE cada cuatro años, la que será aplicada después de impuestos, para lo que se considerará: (i) el riesgo sistemático de las actividades propias de la empresa; (ii) la tasa de rentabilidad libre de riesgos (ésta ofrecida por el Banco Central); y (iii) el premio por riesgo de mercado.

El art. 119 establece el procedimiento de cálculo de la tasa de descuento, la que será calculada por un estudio que defina la metodología de cálculo, licitado por la CNE. Las discrepancias que se susciten en este procedimiento serán resueltas por el Panel de Expertos.

El art. 13 transitorio señala que la tasa de descuento no podrá ser inferior al 7,5% para el cuatrienio 2020-2024.

*c) Análisis.* No existe claridad en la norma acerca de los conceptos que componen el cálculo de la tasa de descuento de las instalaciones, en especial: (i) el riesgo sistemático de las actividades propias de la empresa; y (ii) el premio por riesgo de mercado.

Tampoco se entiende el sentido de que el procedimiento de fijación de la tasa sea discrepable ante el Panel de Expertos, ya que éste no puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos de la Administración, y sus dictámenes no son vinculantes a la misma, como se expone *infra*.

En cuanto a los porcentajes a aplicar a la tasa existe una disminución de estos, en comparación con la LGSE, lo cual, creemos, no tiene otro fin que bajar el monto de valorización de las instalaciones eléctricas, lo cual hace que el Valor Agregado de Transmisión por Tramo (en adelante “VATT”) que puedan percibir las empresas transmisoras sea inferior al actual, lo que produce una disminución de las tarifas a los clientes finales.

*2. Inclusión de las economías de ámbito en las bases técnicas para la realización de los estudios de valorización de instalaciones eléctricas*

*a) Regulación actual.* No están contempladas las economías de ámbito para la valorización de las instalaciones eléctricas en la LGSE.

*b) Contenido del proyecto.* El art. 107 establece el contenido de las bases técnicas de los estudios de valorización de las instalaciones, en donde se señala que estos deberán contener las economías de ámbito y escala para la determinación del Cosos de Operación Mantenimiento y Administración (en adelante “COMA”). Este art. hay que conjugarlo con el art. 103 y otras disposiciones del proyecto de ley, que establecen las normas de tarificación conforme a la valorización de instalaciones y cálculo del VATT.

Por su parte el art. 87 letra c) señala que la planificación de la transmisión deberá realizarse considerando las instalaciones que resulten económicamente eficientes y necesarias para el desarrollo del sistema eléctrico.

*c) Análisis.* En primer lugar señalar que la inclusión de economías de ámbito en la valorización, para efectos de la tarificación de los cobros por uso de instalaciones eléctricas, quiere decir que ésta contempla la integración vertical de las empresas propietarias; cuantificándose de esa manera los activos de las empresas relacionadas.

Al efecto, existe una total contradicción entre aquella norma con el resto del proyecto de ley y la LGSE, por cuanto lo que en todas las disposiciones siempre se habla de que la valorización será de las instalaciones eléctricas (es decir de ciertos activos de las empresas), dentro de la unidad de negocio que comprende la transmisión de energía; pero nunca se comprende (y creemos esto escapa del espíritu de la legislación) una tarificación en base a valorizaciones de empresas, y menos en base a una integración vertical (corporativa) de las mismas.

Las inconveniencias prácticas de la norma que considera las economías de ámbito para estas valorizaciones serían: (i) se contradice directamente con el contenido de la LGSE y con el propio proyecto de ley; (ii) supone la incorporación de elementos que son esencialmente variables y que dependen de la voluntad de los titulares de las respectivas propiedades; (iii) extiende el alcance del estudio respectivo a variables que no se relacionan con el uso de las instalaciones; (iv) es contrario al principio de la eficiencia económica que envuelve toda la normativa que regula el sector eléctrico, por cuanto éste se relaciona con la operación racional y con los menores costos de las instalaciones, y no de las relaciones jurídicas que tengan los propietarios u operadores en otros segmentos del sistema; y (v) es contrario a la cuantificación de costos en base al concepto de “empresa modelo”, el cual se sustenta en la necesidad de transformar, teóricamente, un monopolio natural en un mercado competitivo, lo cual supone una desvinculación de las empresas reguladas en relación a su estructura societaria, propiedades, y demás relaciones jurídicas y patrimoniales.

Adicionalmente ha de mencionarse que, bajo la actual normativa, no es primera vez que la Autoridad intenta efectuar los procedimientos de valorización en base a economías de ámbito, lo cual ha sido siempre rechazado por:

*i) El Panel de Expertos*. Al efecto se pueden mencionar los dictámenes 9-2005, 5-2006 y 14-2009, en que el Panel ha sido categórico en que los procesos de cuantificación deben comprender ciertas instalaciones de una sola empresa dentro de la unidad de negocios, y no pueden tales valorizaciones abarcar otros activos ni menos otras empresas relacionadas con la titular de dichas instalaciones.

*ii) La CGR*. En la última propuesta del reglamento de subtransmsión, elaborada por la Administración, se comprendía la inclusión de economías de ámbito para efecto de realizar los estudios de valorización de las instalaciones respectivas. Al respecto la CGR se abstuvo de tomar razón de dicho reglamento y lo rechazó con representación.

Así las cosas, ésta inclusión en el proyecto de ley no tiene otro fin que desconocer la autoridad que el tribunal hiperespecializado y el organismo contralor han ejercido en la materia, ya que mediante su inclusión en una ley: (i) no estaría bajo el control de tales organismos; (ii) lo habilita para dictar reglamentos que complementen y pormenoricen la valorización e instalaciones en base a economías de ámbito, teniendo ahora un sustento en norma legal para ello.

*3. Sobre las normas relativas al cálculo del valor de las servidumbres para efectos de su inclusión en el V.I.*

*a) Regulación actual.* Actualmente, los derechos relacionados con el uso del suelo, los gastos y las indemnizaciones pagadas para el establecimiento de servidumbres con la finalidad de poder llevar a cabo la construcción y operación de instalaciones para efectos de ser considerados dentro del Valor de Inversión de las mismas, se encuentran regulados en el art.82 inc.3 y 16 transitorio inc.3 *in fine* LGSE.

i) El primero dispone que estos gastos, correspondientes a activos fijos, “*para efectos de incluirlos en el V.I respectivo se considerará el valor efectivamente pagado* (por los derechos de uso del suelo o servidumbres*), indexado de acuerdo a la variación de que experimente el índice de precios al consumidor”.*

ii)El segundo, por su parte, se hace cargo de un problema de aplicación práctica al disponer que para la determinación del V.I *“se considerará como valor efectivamente pagado para el establecimiento de las servidumbres de las instalaciones existentes al 13 de marzo de 2004, el valor que por este concepto se encuentre incorporado en la valorización de las instalaciones empleada por la Dirección de Peajes del respectivo CDEC en sus informes vigentes al 6 de mayo de 2002”.*

*b) Contenido del proyecto.* El proyecto de ley en comento dispone en su art.103 inc.5 que, para determinar el V.I de una instalación de transmisión, respecto de los derechos relacionados con el uso del suelo, gastos e indemnizaciones pagadas para el establecimiento de servidumbres utilizadas, *“se considerará el valor efectivamente pagado por ellas, indexado de acuerdo a la variación que experimente el IPC”*, luego agrega, respecto a la valorización de estos derechos que *“sólo se valorizarán aquellas servidumbres en las que se acredite fehacientemente el valor efectivamente pagado por ellas.”*

*c) Análisis.* Desconocemos el motivo que inspiró al ejecutivo para redactar tal tipo de modificación a la LGSE, obviando el actual art. 16 transitorio que establece una eficaz solución a un problema tan básico como la imposibilidad práctica de recopilar antecedentes que puedan acreditar el valor efectivamente pagado por aquellas servidumbres establecidas con anterioridad al año 2004, así, esta modificación se comprende respecto de aquellas servidumbres constituidas con posterioridad al 2004, pero, con respecto a aquellas anteriores a ese año ¿Por qué ahora habría de exigírseles un estándar o una carga más alta que la anterior para poder hacer efectivos sus derechos, cuando, el mismo Estado ya les había garantizado a los particulares que estos valores serían determinados por el órgano coordinador mediante tasación? ¿No vulnera acaso esta disposición el principio de confianza legítima al haber establecido, desde el año 2004, la conciencia y persuasión a las empresas transmisoras de que los antecedentes en que consta el pago por las servidumbres no eran relevantes para estos efectos, producto de la misma presunción a que alude el art. 16 transitorio?

Se produce una imposibilidad práctica para las empresas transmisoras de nuestro país, tomando en consideración que actualmente existen instalaciones cuyas servidumbres fueron pagadas hace más de 70 años[[2]](#footnote-2) y cuyos registros o antecedentes de pago es altamente probable que no sea de fácil recopilación por estas, tomando aún en mayor consideración que ésta no era una carga exigida con la anterior legislación.

Aceptar una modificación así, obviando el tenor actual del artículo 16 transitorio de la LGSE, conllevaría una vulneración práctica del principio de mutabilidad/garantía del concesionario aplicable a todo servicio público, por el cual se espera que todo prestador del mismo, ajeno a la Administración, obtenga un equilibrio económico fruto de la actividad que desarrolla en pos de la satisfacción de necesidades públicas de manera regular y continua, en este caso, la transmisión de energía eléctrica.

*4. Sobre el nuevo régimen sobre acceso abierto*

*a) Cambios introducidos por el proyecto.* Es complementada en cuanto a la regulación contenida en la LGSE, respecto de las siguientes materias (arts. 79 y 80):

i) Se homologa las condiciones legales para acceso abierto en todos los sistemas de transmisión de la misma manera.

ii) La SEC fiscaliza el cumplimiento de las condiciones para que exista acceso abierto.

iii) CISEN regula y fiscaliza sobre la capacidad de las instalaciones para que se produzcan las conexiones.

iv) CISEN se encarga de la aprobación de las solicitudes de conexión a instalaciones de transmisión.

*b) Análisis.* Se extiende el régimen de acceso abierto, full a todo tipo de instalaciones eléctricas; y se regulariza de manera más completa aspectos técnicos, de conexión y de capacidad por parte de la CNE y el CISEN, lo que podría ocasionar un menor volumen de discrepancias dentro del Panel de Expertos.

VII. Normas relativas al régimen normativo en que se regulan las compensaciones a clientes finales

*1. Regulación actual.* El tema de la compensación a los clientes finales por suspensión de suministro eléctrico se encuentra actualmente regulado en el art.16 B de la ley 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles el cual establece la obligación a las concesionarias de servicio público de distribución a compensar a los clientes finales de su respectiva área de suministro que se vean afectados por una suspensión o interrupción no autorizada del mismo, sin perjuicio de las sanciones que pueda imponer la SEC al respecto e independientemente del derecho que asiste a las distribuidoras de repetir en contra de los terceros que resulten responsables de la suspensión o interrupción (transmisores o generadores, eventualmente).

*2. Contenido del proyecto.*  El proyecto de ley, junto con derogar el art.16B de la LSEC, establece el nuevo art.72-18 en la LGSE que dispone un régimen de compensaciones por suspensión o interrupción no autorizada de suministro en que se mantiene el deber de las distribuidoras de prácticar la compensación a los consumidores finales en las respectivas facturaciones. No obstante, el proyecto de ley faculta al Coordinador a requerir de pago a aquellos actores que la SEC individualice como responsables de la interrupción o suspensión del suministro, procediendo a descontar el monto de lo compensado del VATT, si se tratase de empresas de transmisión de energía eléctrica, o del pago anual de la potencia firme, si se trata de empresas generadoras.

*3. Análisis.*  Sin perjuicio de lo anteriormente explicado, el proyecto de ley resulta ser confuso en este aspecto, ya que en los diversos incisos del art.72-18 se mencionan reglas diversas y a ratos oscuras que impiden una comprensión cabal acerca de cómo sería este nuevo sistema de compensaciones.

Por otra parte, respecto a las facultades del Coordinador de descontar inmediatamente el monto compensado por las distribuidoras de los valores anteriormente señalados según si se trate de responsables transmisores o generadores, opinamos que esta potestad otorgada por la ley a este órgano vulnera las garantías del debido proceso, en especial, el derecho a un juez natural y a la presunción de inocencia encontrados en el art.19 n°3 CPR.

En efecto, la sola resolución de la SEC en que se establece por este órgano fiscalizador la responsabilidad por la interrupción o suspensión de suministro eléctrico no basta para dar este hecho por acreditado, el cual debe ser determinado judicialmente por los tribunales que establece la ley, pero, no obstante, el proyecto de ley en comento atribuye al Coordinador la facultad de dar inmediata ejecución a la resolución de la SEC sin, juicio previo, descontando el monto compensado de valores que son garantizados como derechos por la ley para los transmisores y generadores, incurriendo en un acto de autotutela al ejercer la potestad antedicha sin que previamente se haya declarado judicialmente la responsabilidad de las empresas involucradas. VI. Sobre la facultad de la Administración de dictar actos exentos.

*1. Casos de resoluciones exentas en la LGSE actual y en el proyecto*. Esta es una atribución de la Administración en materia energética que no resulta ajena a la actual LGSE vigente, ya que, como se puede apreciar en el anexo 2 a este documento, actualmente la ley faculta en ocho ocasiones a la CNE y al Ministerio a dictar resoluciones exentas del trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República (en adelante CGR).

En efecto, y tal como se señala en el anexo 2, el proyecto de ley establece once casos en que tanto la CNE como el Ministerio pueden ejercer la facultad antedicha, sin ser éstos controlados por el órgano contralor.

*2. Rango legal de las disposiciones que facultan a dictar Resoluciones Exentas*. La facultad de la CGR de tomar razón de los actos de la Administración del Estado proviene de la disposición constitucional del art. 99 CPR el cual reza que *“…el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deban tramitarse por la Contraloría…”*. Luego, el mismo artículo en su inciso final dispone que “*En lo demás, la organización, funcionamiento y las atribuciones de la CGR serán materia de una ley orgánica constitucional”.*

Es así como el trámite de Toma de Razón, el cual es una atribución de la CGR, por disposición constitucional abarca, por regla general, a todos los actos los actos y decretos que deban tramitarse ante la CGR en conformidad a la ley, y que esa ley que determina qué se sujeta a toma de razón y qué no, debe ser de rango orgánico constitucional por disposición del mismo artículo en su inciso final. A mayor abundamiento, la resolución n°1600 de CGR en la cual el Contralor determina qué actos están sujetos al trámite de toma de razón y qué actos están afectos, tiene su origen en la misma Ley Orgánica Constitucional de Contraloría (LOCCGR n°10.336) en su art. 10 inc.5, la cual faculta al Contralor a determinar qué actos estarán exentos del trámite de Toma de Razón. Es decir los únicos que pueden determinar qué actos estarán exentos de este trámite son:

a) *La CPR*, porque ella es la que crea al órgano CGR y le otorga sus atribuciones, por lo que bien puede declarar la exención de ciertos actos.

b) *Una Ley de rango orgánico constitucional*, por disposición de la misma CPR en el inc. final del art. 99.

c) *El mismo Contralor General de la República*, por estar facultado por el art.10 inc5° de la LOCCGR (de rango orgánico constitucional).

Por lo tanto, las disposiciones que contiene la actual LGSE y el proyecto de ley en comento que facultan a la CNE y al Ministerio a dictar resoluciones exentas del trámite de toma de razón, son disposiciones de rango orgánico constitucional, que deben alcanzar, para su aprobación o modificación, el quórum de las 4/7 partes de los Diputados y Senadores en ejercicio, so pena de adolecer de un vicio de inconstitucionalidad de forma, por no cumplir con los requisitos establecidos para su aprobación.

Conclusiones

1º Como se señaló en el principio de esta obra, se nota tanto en las ideas matrices y fundamentales de este proyecto, así como en el articulado del mismo, un gran trabajo en el diagnóstico participativo de deficiencias del sector dela transmisión de energía eléctrica y en la elaboración del presente proyecto de ley comentado.

2º Que, no obstante estar destinado este proyecto de ley a modificar el sistema de transmisión eléctrica y al órgano Coordinador, las modificaciones presentadas por el mismo a la LGSE exceden de estos dos ámbitos, alcanzando a órganos como al Panel de Expertos, a la CNE y la SEC.

3º De las modificaciones expuestas y analizadas en este trabajo, no queda más que señalar que, en su mayoría éstas suponen una clara vulneración de los pilares fundamentales del sector eléctrico nacional que hemos expuesto en el inicio del mismo.

a) Se verifican potestades de actuación exorbitantes para los órganos de la Administración del Estado, precisamente la CNE, que suponen un alto nivel de intervención en la dominación de los particulares y del autogobierno de los mismos en el desarrollo de la actividad eléctrica.

b) Precisamente, el autogobierno por parte de los particulares se ve virtualmente eliminado, ya que el órgano ahora establecido como Coordinador no estará conformado por representantes de las empresas eléctricas, es más, ellas ni siquiera tendrán grado de participación alguno en la designación de sus directores integrantes.

c) En lo que a la resolución de conflictos respecta, el proyecto de ley en comento disminuye a su mínima expresión la influencia del Panel de Expertos en el sector eléctrico, quitándole la vinculatoriedad a sus dictámenes respecto de los órganos de la Administración, además de proscribir la facultad de controlar la juridicidad de los actos de la misma. A esto último se añade la facultad del Ministro de Energía de declarar, mediante resolución exenta y sin expresión de período, la inaplicabilidad de un dictamen del Panel de Expertos, lo que, sumado a las modificaciones recientemente señaladas, da cuenta de una enorme deferencia hacia la Administración del Estado en materia eléctrica, vulnerando incluso, la independencia en el ejercicio de la jurisdicción de este órgano.

4º Existe, por parte del Ejecutivo en este proyecto de ley, una clara intención de no considerar la totalidad de valorización de instalaciones eléctricas, lo que afecta el VATT, lo que, si bien produciría una baja de tarifas a los clientes regulados, conlleva una vulneración al principio de mutabilidad/garantía del concesionario aplicable a todo servicio público, por el cual se espera que todo prestador del mismo, ajeno a la Administración, obtenga un equilibrio económico fruto de la actividad que desarrolla en pos de la satisfacción de necesidades públicas de manera regular y continua, en este caso, la transmisión de energía eléctrica.

5º En virtud de lo anterior, no se observa que las normas contenidas en el Proyecto de Ley tengan una estrecha coherencia con los objetivos indicados en el Mensaje del mismo.

1. En el proyecto original enviado por el Ejecutivo al Congreso, se le prohibía legalmente al Panel pronunciarse acerca de la legalidad de las actuaciones del Coordinador, la CNE o la SEC sometidas a su conocimiento, limitándose simplemente a conocer y resolver respecto a su oportunidad o méritos técnicos. [↑](#footnote-ref-1)
2. Recordemos que las primeras líneas de transmisión, y sus servidumbres, datan, a lo menos, del año 1943, año en que a través de la CORFO se crea la empresa nacional de transmisión eléctrica, TRANSELEC. [↑](#footnote-ref-2)