

INFORME EN DERECHO

BARRERAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS A LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 20.571

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. ALCANCE DE LA LEY N° 20.571	3
a. Antecedentes de la ley N° 20.571	3
b. Contenido de la ley N° 20.571	6
III. EL ESTATUTO DE LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUAS.....	7
IV. BARRERAS LEGALES PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 20.571.....	10
a. Conflictos entre el generador residencial y la empresa distribuidora, no resueltos por la ley N° 20.571, relativos a acceso a la red de la distribuidora.....	11
b. Disputas relativas al financiamiento y precio de las obras para la conexión e inyección de los generadores residenciales a la red de la distribuidora.....	20
c. Agregación de clientes residenciales para constituirse como generadores residenciales	25
d. Barrera tributaria para las OUA.....	29
V. BARRERAS REGLAMENTARIAS. EL ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA LEY N° 20.571	33
a. La potestad reglamentaria.....	34
b. La potestad reglamentaria en la ley N° 20.571	37
c. La potestad del TDLC de dictar instrucciones.....	44
d. Potestad normativa del TDLC y regulación eléctrica.....	49
e. Potestad normativa del TDLC y aplicación de la ley N° 20.571	51

I. INTRODUCCIÓN

1. El Ministerio de Energía ha solicitado al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom)¹ un informe en derecho (el Informe) sobre las barreras legales y reglamentarias que podrían enfrentar las organizaciones de usuarios de aguas (OUA) en la aplicación de la ley N° 20.571, que regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales, también conocida como “Ley de Net Metering”, y que modifica la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE)².

2. Específicamente, el presente informe aborda las siguientes materias: (i) análisis del alcance de la ley N° 20.571, que modifica la LGSE, (ii) la regulación sobre OUA, (iii) la identificación de barreras regulatorias de las OUA en la aplicación e implementación de las normas sobre generación residencial.

3. Como dará cuenta el Informe, las barreras que se identifican son las siguientes:

- a. Problemas de acceso de la empresa de distribución, no resueltos por la ley N°20.571, por parte del generador residencial.
- b. Disputas relativas al costo y financiamiento de las obras para la conexión e inyección de los generadores residenciales a la red de la empresa distribuidora.
- c. Alcance de la generación residencial respecto de las OUA.
- d. Barreras tributarias.
- e. Conflictos en materias que sean del ámbito del contrato regulado en la LGSE y no puedan ser resueltas por medio de la potestad reglamentaria, en las que no se alcance un acuerdo entre el concesionario de distribución y el generador residencial.
- f. Asuntos que no puedan ser materia de la potestad reglamentaria indicada en la ley N° 20.571.

¹ El encargo se efectúa en el marco del Convenio de Cooperación y Transferencia de Recursos entre la Subsecretaría de Energía, el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Dirección General de Aguas, que consta en el Decreto N° 0551, de 28 de diciembre de 2011, del Ministerio de Energía.

² Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 2007, de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica.

II. ALCANCE DE LA LEY N° 20.571

4. La ley N° 20.571, que regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales, fue publicada en marzo de 2012, modifica el artículo 149 de la LGSE e incorpora los artículos 149° bis, 149° ter, 149° quáter y 149° quinquies a la LGSE. A continuación, expondremos los antecedentes de esta regulación así como su contenido, en forma somera.

a. Antecedentes de la ley N° 20.571

5. El proyecto de ley que motivó la ley N° 20.571 nace de una moción parlamentaria del Senador Antonio Horvath que proponía, en lo medular, regular los medidores de baja tensión y los de media tensión, para que éstos y aquéllos pudieran registrar consumo o generación residencial. A su vez, las empresas eléctricas deberían cobrar sólo la diferencia que resultara de la entrega del suministro, o bien pagar por la energía recibida. El proyecto de ley establecía un plazo para que las empresas distribuidoras de electricidad adecuaran los medidores, a requerimiento de los generadores residenciales. La propuesta regulatoria sostenía que el costo de la adecuación podría ser cobrado en cuotas mensuales, con los intereses de mercado. Finalmente, se regulaban multas por infracciones a la ley y por adulteraciones al sistema de medición³.

6. Como esta moción ha sido conocida como ley de *Net Metering* podemos, como ha señalado la literatura, expresar que el sistema de *Net Metering* (“medición neta”, literalmente) constituye una “política que permite a los usuarios comerciales y residenciales de electricidad, recibir créditos o utilidad en sus cuentas por la producción de energías renovables en exceso de su consumo, la que es transportada a la red energética estatal”⁴. Como se puede ver, el objetivo del proyecto de ley, y su resultado – la ley N° 20.571- coinciden con la definición citada.

³ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de Ley N° 20.571 que regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales* (2012), p. 9.

⁴ Steven Weissman y Nathaniel Johnson. *The Statewide Benefits Of Net-Metering In California & the Consequences of Changes to the Program* (Berkeley Law, University of California, 2012), p. 1. Disponible en: http://www.law.berkeley.edu/files/The_Statewide_Benefits_of_Net-Metering_in_CA_Weissman_and_Johnson.pdf (última vista: 30 de junio de 2012).

7. La definición anterior abarca los principales tópicos del *Net Metering*, aunque es necesario también considerar para el estudio de esta política pública cuáles son los motivos que inspiran su creación. Desde ya, se debe señalar que en Chile, de acuerdo a lo expresado en la historia de la ley N° 20.517, el motivo principal al que se atendió para la creación del sistema fue el de incentivar la generación de energía por medio de mecanismos renovables no convencionales, dentro de ellas, la generación residencial proveniente de fuentes hidráulicas. Así, se expuso en la parte considerativa de la moción parlamentaria:

que Chile tiene una alta diversidad y potencial para la generación de energía. Entre estas se destacan las renovables y entre ellas hay algunas que pueden generarse desde las propias residencias de las personas, como es el caso de la solar y la eólica, y además en los sectores rurales las microcentrales hidroeléctricas⁵.

8. Ahora bien, el proyecto de ley original fue motivo de significativas enmiendas por el Ejecutivo durante su tramitación, admitiendo que la generación *distribuida* de electricidad (es decir, la generación inyectada a la red de distribución) ya contaba con normas en la LGSE, a través de los denominados “pequeños medios de generación distribuida” (PMGD)⁶. De esta forma, la primera indicación sustitutiva, de noviembre de 2010⁷, presentada por el Ejecutivo :

se hacía cargo de la existencia de esta modalidad de inyección de energía y venía a *complementar* dicho mecanismo mediante la incorporación de una normativa específica que posibilitara ya la generación de energía eléctrica para autoconsumo y la inyección de los excedentes que se produjeran, en sincronía con el respectivo sistema. La diferencia que se quería establecer mediante la referida indicación era pues cualitativa: por un lado, se conservaba el esquema de generación distribuida asociado a un emprendimiento comercial, más complejo y sofisticado en su desarrollo, más orientado a la conexión en alta y media tensión, y destinado a todo tipo de

⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, n. 3, p. 4.

⁶ Destaquemos que la modificación que hace la ley N° 20.571 al artículo 149 busca excluir, precisamente, de las disposiciones de los PMGD a la generación residencial:

No se aplicarán las disposiciones del presente inciso a aquellas instalaciones de generación que cumplan con las condiciones y características indicadas en el artículo 149 bis, en cuyo caso deberán regirse por las disposiciones establecidas en él.

⁷ Para el detalle de la primera indicación del Ejecutivo, *cfr.* Biblioteca del Congreso Nacional, n. 3, pp. 41-42.

fuentes de generación; y por otro lado, se establecía un mecanismo sencillo de generación, orientado al consumidor final residencial, sin fines comerciales, con bajos costos de administración, destinado principalmente a la conexión en baja tensión y cuyas fuentes exclusivas fueran renovables no convencionales⁸.

9. Como puede apreciarse del párrafo citado, la indicación de noviembre de 2010 hacía un claro distinguo entre los PMGD (*“asociado a un emprendimiento comercial... destinado a todo tipo de fuente de generación”*) y la generación residencial, esta última orientada al consumidor final residencial, sin fines comerciales y con fuentes exclusivamente renovables no convencionales, y casi *“sin fines de lucro”*.

10. El tamaño relativo de un PMGD, confrontado al tamaño de un generador residencial implica mayores problemas de financiamiento para estos últimos. Como expuso la Sra. Sara Larraín durante el debate en el Congreso, los costos son una barrera de entrada, incluidos agricultores y cooperativas rurales:

Al respecto, destacó que según esta iniciativa, todos podrían inyectar electricidad al sistema. Sin embargo, el actual decreto N°244, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, aprobó el reglamento para medios de generación no convencionales y pequeños medios de generación, establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos, además, mandata los estándares de conexión que requieren de estudios, que cuestan entre 500.000 y 1 millón de dólares. Agregó que esta situación, constituye una barrera de entrada que deja afuera a los generadores pequeños, como con los agricultores, las Pymes y las cooperativas rurales⁹.

11. Pues bien, la indicación del Ejecutivo de junio de 2011 marca un quiebre respecto de la anterior, (*cfr.* ¶ 8-9), pues se admite que el generador residencial obtenga ingresos como resultado de la inyección de sus excedentes de energía, resolviendo aspectos tributarios para esos generadores:

Más aún, se facilita aquello por la vía de remover barreras que para un generador residencial o un pequeño comerciante significan trabas prácticamente insoslayables.

⁸ *Indicaciones al proyecto de ley que regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales* (Boletín N° 6.041-08), (Santiago, 28 de junio de 2011), N° 090-359, en Biblioteca del Congreso Nacional, n. 3, p. 70. Las cursivas son nuestras.

⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, n. 3, p. 81.

En este contexto, el proyecto dispone que aquellos clientes que, en tanto contribuyentes, no poseen el grado de sofisticación que demanda el desarrollar el giro comercial propio de la generación, no deban tributar por los ingresos percibidos en el desarrollo de su actividad de inyección, ello por la vía de considerar aquellos ingresos percibidos en la actividad de inyección, para este tipo de contribuyentes, como un ingreso no constitutivo de renta y una operación no gravada con el impuesto al valor agregado¹⁰.

12. De este modo, el texto legal finalmente aprobado -que no variaba sustancialmente de las indicaciones- reconoce que el generador residencial pueda ser un generador pequeño comerciante, permitiéndole “generar ingresos para las pequeñas empresas o para la economía doméstica de quienes instalen equipos de generación”¹¹.

b. Contenido de la ley N° 20.571

13. Expuestos los antecedentes de la ley N° 20.571, se puede señalar que la nueva normativa incorporada a la LGSE, dispone en esencia, lo siguiente:

- a. Excluye a la generación residencial del régimen normativo de los pequeños medios de generación distribuida (PMGD), contenido en el inciso final del artículo 149° de la LGSE.
- b. Establece el derecho de los usuarios finales sujetos a regulación de precios (en adelante, usuarios regulados) que puedan generar electricidad para su consumo propio, de inyectar la energía que no utilicen a la red de distribución, a través de los respectivos empalmes, siempre que dicha generación se haya realizado mediante medios de generación de energía eléctrica renovables no convencionales (ERNC) o de instalaciones de cogeneración eficiente.
- c. Dispone que la capacidad instalada permitida por cada usuario final o cliente no puede superar los 100 kilowatts (kW).
- d. Establece los deberes de las empresas concesionarias de servicio público respecto del acceso e inyección de la energía de la generación residencial a su red de distribución.
- e. Valoriza la energía inyectada por el generador residencial al precio que los concesionarios de servicio público de distribución

¹⁰ Idem., pp. 70-71.

¹¹ Idem., p. 71.

- traspasan a sus clientes regulados y señala la forma en que deberá hacerse para los sistemas medianos.
- f. Dispone el ámbito contractual y reglamentario para el desarrollo y complemento de la ley.
 - g. Vincula la generación residencial con la obligación contenida en el artículo 150° bis de la LGSE, relativa a la obligación de acreditar la inyección de ERNC, propia o contratada, por las empresas eléctricas que efectúen retiros de energía desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 megawatts (MW) para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios.
 - h. Regula el efecto tributario de los pagos, compensaciones o ingresos percibidos por los clientes finales en ejercicio de los derechos que les confieren los artículos 149 bis y 149 ter de la LGSE.
 - i. Finalmente, establece una *vacatio legis*, supeditando a la dictación de reglamentos la vigencia de la ley N° 20.571.

III. EL ESTATUTO DE LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUAS

14. Expuesta la regulación incorporada a la LGSE mediante la ley N° 20.571, en la presente sección exponemos brevemente el estatuto aplicable a las organizaciones de usuarios de aguas (OUA).

15. Las Organizaciones de Usuarios de Aguas están establecidas en el Código de Aguas, en especial en los artículos 257 y siguientes del mismo, referidos a las "Asociaciones de Canalistas y otras organizaciones de Usuarios". Son OUA las Asociaciones de Canalistas, las Juntas de Vigilancia y las Comunidades de Aguas.

16. Todas ellas tienen como factores comunes el ser organizaciones, creadas de manera voluntaria o involuntaria, que tienen por objeto la administración de las aguas de un cauce natural o artificial y la repartición de dichas aguas entre sus integrantes¹². Las OUA por tanto administran, siendo organizaciones de autogestión y carácter privado.¹³.

¹² Así lo reconoce Peralta, al expresar que "El manejo de las aguas en el río está en manos de organizaciones de usuarios de carácter privado, estas organizaciones son muy antiguas y constituyen una tradición dentro del país (...) Se caracterizan fundamentalmente por una

17. Las OUA son organizaciones de naturaleza jurídica indeterminada, en cuanto éstas no han sido expresamente establecidas en ningún cuerpo normativo, y sus funciones no responden plenamente a ninguna de las categorías generales de nuestra legislación, sino que sólo a su propia categoría especial establecida en el Código de Aguas. Además, si bien presentan algunas características y funciones públicas, poseen principalmente un carácter privado¹⁴.

18. Hasta antes de la modificación introducida al Código de Aguas el año 2005, la doctrina identificaba claramente los distintos tipos de OUA. En relación a las Juntas de Vigilancia, Manríquez afirma que su función es la distribución de las aguas entre los distintos canales que tienen derecho a extraerlas desde el cauce natural dentro de su jurisdicción, con un gobierno interno sin intervención de la autoridad pública y con un rol jurisdiccional entre sus miembros¹⁵. Como expresa Anguita, es “la entidad depositaria por

autogestión en la cual estas organizaciones de usuarios que tienen la función común que es sacar las aguas de un río para distribuirlas a través de sus canales y utilizarlas”, en Fernando Peralta Toro “Seminario Derecho de Agua, Las Modificaciones Pendientes”, (Santiago, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996), p. 1.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Al respecto, *vid.* Banco Interamericano de Desarrollo *Buenas Prácticas para la Creación, Mejoramiento y Operación Sostenible de Organismos y Organizaciones de Cuencas. Chile.* (2005), p. 22. Disponible en:

<http://www.eclac.cl/ilpes/noticias/paginas/1/35691/BIDBuenasPracticasAguaPJC.pdf> y José Luis Gutiérrez Moreno. *Las organizaciones de usuarios en el Código de Aguas de 1981*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, (Santiago, Universidad de Chile, 1988), p. 74. Expresa Gutiérrez que:

se trata de una persona jurídica de derecho privado por cuanto estas organizaciones: a) Se constituyen extrajudicialmente por iniciativa de los propios interesados y judicialmente a solicitud de los mismos o de la Dirección General de Aguas, pero sin que esta participe en forma activa en las gestiones posteriores. b) Se financian por medio del aporte de sus miembros. c) Cuentan con un directorio elegido por sus propios miembros, sin la intervención de autoridad pública. d) Tienen como finalidad, regularizar los derechos de aprovechamiento de sus propios miembros, vale decir se persigue una finalidad de interés particular y no de interés público. e) Se rigen por las disposiciones del Código de Aguas, pero supletoriamente le son aplicables las normas del título XXXIII del libro primero del Código Civil, que trata de las personas jurídicas de derecho privado

¹⁵ Gustavo Manríquez L. “Organizaciones de Usuarios de Aguas: Las Comunidades de Aguas, Las Asociaciones de Canalistas y las Juntas de Vigilancia”, en *Seminario Derecho de Agua, Las Modificaciones Pendientes* (Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad

ley de la administración del recurso hídrico a nivel de cuenca”¹⁶. Por su parte, Gutiérrez señala que:

Entre la Comunidad y la Asociación de Canalistas la diferencia fundamental radica en que las primeras no tienen personalidad jurídica en cambio las asociaciones cuentan con ella. Pero tienen en común la aplicación de disposiciones sobre comunidades a las asociaciones, con las limitaciones ya vistas.

Las Comunidades y las Juntas de Vigilancia difieren fundamentalmente, en que las primeras se constituyen en cauces artificiales, obras de embalse y captación de aguas subterráneas y además como ya dijimos no cuentan con personalidad jurídica, en cambio la segunda sólo se organiza en los cauces naturales y además cuentan con personalidad jurídica¹⁷.

19. De este modo, la principal diferencia entre los tres tipos de OUA era que las Asociaciones de Canalistas y las Juntas de Vigilancia contaban con personalidad jurídica, mientras que las Comunidades de Agua no.

20. Tras la modificación introducida en 2005 al artículo 196 del Código de Aguas, por la ley N° 20.017, las diferencias entre las distintas organizaciones, que eran menores, se han estrechado aún más y han quedado reducidas básicamente al “campo de aplicación” de las mismas, puesto que, desde entonces, las Comunidades de Aguas que se hayan registrado en la Dirección General de Aguas en conformidad a la ley: “gozarán de personalidad jurídica y les serán aplicables las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, con excepción de los artículos 560, 562, 563 y 564.”.

21. En consideración a lo anterior, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sobre el particular las consideran corporaciones de derecho privado, o al menos, organizaciones de derecho privado. Al respecto, señala Ojeda:

de Chile, 1996), p. 3. Al cotejar juntas de vigilancia y comunidades de aguas, este autor expresa que su diferencia principal radica en que las asociaciones gozan de personalidad jurídica y las comunidades de agua, no.

¹⁶ Pablo Anguita Salas. “El Uso del Agua en la agricultura- perspectiva del sector público”, en *Seminario Derecho de Agua, Las Modificaciones Pendientes*, (Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1996), p. 5.

¹⁷ Gutiérrez Moreno, n. 14 , p. 16.

este tipo de organizaciones podía ser clasificado, según la nomenclatura tradicional, como una corporación de derecho privado, cuya reglamentación común se encuentra en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil.

La personalidad jurídica de las asociaciones de canalistas nacía en virtud de la ley, que les reconocía tal carácter, previo cumplimiento de ciertos trámites que la misma ley exigía, por ejemplo la ley disponía que los estatutos de la asociación debían someterse a la aprobación del Presidente de la República¹⁸.

22. La más difundida opinión es que las OUA se asimilan a las corporaciones de derecho privado, pese a no serlo. Por su parte, esta visión también ha sido expresada por la Corte de Apelaciones de Temuco, que a propósito de la posibilidad de que estas organizaciones tengan fines de lucro, señaló:

La dependencia de la Dirección de Riego también es similar a la de los bancos, sociedades anónimas, o cooperativas respecto de las respectivas superintendencias. Pero ello no las transforma, por cierto, en corporaciones públicas o las priva de obtener lucro, ni les cambia su naturaleza jurídica...

La circunstancia que el Código de Aguas les haga aplicables las normas establecidas para las corporaciones o fundaciones en el Código Civil demuestra precisamente que no son corporaciones sin fines de lucro. De no ser así, no tendría porqué haberlo dicho expresamente el Código de Aguas.

En consecuencia, de lo antes expresado resulta forzoso concluir que las asociaciones de Canalistas no son corporaciones de derecho privado que no persiguen fines de lucro...¹⁹

IV. BARRERAS LEGALES PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 20.571

23. Enunciadas las características de la ley N° 20.571, así como las de las OUA, a continuación enunciamos las barreras que se detectan respecto de la implementación de esta norma legal y que derivan específicamente de su texto. Estas eventuales barreras se analizarán y desarrollarán, exponiendo, si

¹⁸ Mariza Ojeda. *Las organizaciones de usuarios de aguas en la legislación chilena y comparada*. (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2003). Disponible en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2003/fjo.39o/doc/fjo.39o.pdf> (última visita: 13 de septiembre de 2012), pp. 19-20.

¹⁹ CA de Temuco, 1ª Sala. 5 de mayo de 1986. Rol N° 20.472. *Weber Castillo Carlos y otros. Apelación protección*. FM N° 330 (1986) pp. 194-199.

corresponde, medidas para resolverlas. En una sección posterior, se abordan aquellas barreras que pueden tener un origen reglamentario (§ 100 *et seq.*).

24. Las barreras de origen legal que hemos podido identificar, y que desarrollamos a continuación, son las siguientes:

- a) Problemas del generador residencial de acceso a las redes de la empresa de distribución, no resueltos por la ley N° 20.571.
- b) Disputas relativas al costo y financiamiento de las obras para la conexión e inyección de los generadores residenciales a la red de la empresa distribuidora.
- c) Participación de una OUA como *generador residencial*.
- d) Barreras tributarias.

a. Conflictos entre el generador residencial y la empresa distribuidora, no resueltos por la ley N° 20.571, relativos a acceso a la red de la distribuidora

25. Como es sabido, la industria eléctrica se compone de cuatro etapas: generación, transmisión, distribución y comercialización²⁰. Hasta antes de los años ochenta, la organización predominante en el mercado eléctrico chileno era el monopolio verticalmente integrado, en el cual una sola empresa era dueña de empresas que operaban en las etapas de generación, transmisión y distribución²¹.

26. Antes de continuar con las características del mercado eléctrico, es necesario explicar brevemente qué se entiende por monopolio y por integración vertical. El monopolio es la estructura de mercado en la que un único vendedor de un producto que no tiene sustitutos cercanos abastece a todo el mercado²². Por su parte, la integración vertical se produce cuando dos o más organizaciones se encuentran relacionadas patrimonialmente en sus etapas insumo-producto²³. La integración vertical no puede ser calificada como negativa o dañina *per se*, ya que tiene aspectos que pueden ser vistos como positivos y negativos²⁴⁻²⁵.

²⁰ Alexander Galetovic, "Integración vertical en el sector eléctrico: una guía para el usuario", *Estudios Públicos* N° 91, (2003), p. 201.

²¹Ibidem.

²² Robert H. Frank, *Microeconomía y conducta*, Quinta Edición, (McGraw Hill, 2005), p.348.

²³ Ricardo Paredes, "Integración vertical: teoría e implicancias de política pública", *Estudios Públicos* N°66, (1997), p. 190.

²⁴ Paredes, n. 23, p.197.

27. Durante los años noventa hubo mucha discusión acerca de si era conveniente o no restringir o prohibir la integración vertical en la industria eléctrica. El argumento de quienes buscaban restringir o prohibir la integración vertical es que ella permite extender el poder monopólico hacia las etapas de generación y comercialización²⁶.

28. Sin embargo, en contra de esta postura se argumenta que aun cuando se prohíba la integración vertical, es muy probable que las prácticas monopólicas sigan ocurriendo, en atención a las características que tienen los activos de generación, transmisión y distribución²⁷. Por ello, se ha señalado que no resulta conveniente prohibir la integración vertical. En este sentido, y dado que no se pueden regular perfectamente los monopolios, una alternativa es mejorar la regulación de los monopolios de transmisión y distribución, y aumentar la competencia en las etapas de generación y comercialización²⁸.

29. La regulación de la industria es la alternativa que se siguió en nuestro país, a partir de lo señalado por la Comisión Resolutiva en la Resolución N° 488/1997. Así, en el año 2004 se modificó la LGSE, prohibiéndose la integración vertical entre generación, transmisión y distribución. De acuerdo a lo establecido en el actual inciso 5° del artículo 7° de la LGSE, las sociedades operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión troncal no pueden dedicarse a actividades relacionadas con los giros de generación o distribución de electricidad.

30. De este modo, hoy en día la LGSE consagra la separación vertical de la industria. En las etapas de generación y comercialización existe competencia, mientras que en las etapas de transmisión y distribución se establecen monopolios naturales²⁹, aunque regulados. En el caso de la transmisión, la ley prescribe reglas para acceder y remunerar el uso de transmisión, mientras que en el caso de la distribución la ley regula los

²⁵ Un aspecto positivo de la integración vertical es que permite evitar costos, especialmente costos de transacción, lo que puede contribuir a lograr una organización más eficiente. Un aspecto negativo de la integración vertical, en cambio, es que puede ser un mecanismo que cree un costo social. Paredes, n. 23, p.200.

²⁶ Galetovic, n. 20, p. 204.

²⁷ Idem., pp. 211, 216.

²⁸ Idem., p. 222.

²⁹ Aquéllos en los cuales una sola empresa puede abastecer a todo el mercado con un costo menor al que existiría en caso de que hubiera varias empresas compitiendo.

precios. En este sentido, aun cuando se trata de monopolios naturales, de todas maneras existe algún grado de regulación de la competencia en el mercado.

31. Lo anterior, sin embargo, no obsta a que puedan producirse abusos derivados de la posición monopólica de una empresa de transmisión o distribución. En el DL 211, de 1973 esto se denomina “abuso de posición dominante”, y está definido en el artículo 3° inciso 2° letra b), que dispone:

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: (...)

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes

32. Las características de la industria eléctrica, en la que conviven competencia y monopolios naturales, determinan que las empresas de generación y comercialización requieran tener acceso, por medio de la interconexión de las redes, a los segmentos monopólicos, a fin de poder llegar a sus clientes³⁰. Estos segmentos monopólicos se denominan “cuellos de botella” o “instalaciones esenciales”³¹. Las instalaciones de transmisión y distribución se consideran instalaciones esenciales puesto que las empresas de generación y de comercialización requieren de ellas para poder llegar a los clientes finales³².

33. Un primer ejemplo de abuso de posición dominante por parte de una empresa de transmisión o de distribución puede darse respecto de estas instalaciones esenciales. En este sentido, si bien la regulación puede permitir el acceso a la instalación esencial y fijar la tarifa para ello, la empresa monopolística puede, de todas formas, abusar de su posición dominante en

³⁰ Pablo Serra, *Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos*, Trabajo preparado para la Conferencia “Competition Policy in Infrastructure Services”, organizada por la División de Infraestructura y Mercados Financieros del Banco Interamericano de Desarrollo (2001), p. 3, en http://www.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/infraestructura/pub_104_esentialfacilitieschile.pdf (última consulta: 24 septiembre 2012).

³¹ *Ibidem*.

³² Galetovic, n. 20, p.202.

perjuicio de sus competidores, por medio del sabotaje³³. Así, por ejemplo, puede demorar o entorpecer la conexión por parte de las empresas generadoras o comercializadoras a las instalaciones de transmisión o distribución (instalaciones esenciales).

34. Un segundo ejemplo de abuso de posición dominante por parte de una empresa de transmisión o distribución es la negativa de venta. Sin embargo, no toda negativa de venta necesariamente es anticompetitiva; para serlo, debe presentar determinadas características. A partir de determinados fallos de la Suprema Corte de EE.UU. en materia de libre competencia, la teoría legal norteamericana ha desarrollado la doctrina de las instalaciones esenciales³⁴, que intenta dar respuesta a esta situación.

35. De conformidad a esta doctrina, una empresa estaría forzada a compartir el uso de un bien de su propiedad si un activo puede ser considerado una “instalación esencial” (*essential facility*). Las cuatro condiciones que deben cumplirse para que se esté en presencia de una instalación esencial son las siguientes: i) la supuesta instalación esencial debe ser controlada por un monopolio; ii) un competidor no puede, razonablemente, duplicar la instalación esencial; iii) se le debe haber negado a un competidor el acceso a la instalación esencial; y iv) debe ser posible el acceso a la instalación esencial por el monopolista³⁵. Si se cumplen estas condiciones y un tribunal estima que por la negativa a otorgar acceso a la instalación esencial se podría producir un daño a la competencia, dicho tribunal podría dar acceso a la instalación esencial a la empresa que lo solicita.

36. En el caso chileno, el TDLC también se ha referido a la negativa de venta o negativa a contratar que resulta contraria a la libre competencia³⁶, señalando cuáles son los elementos que deben concurrir para que ella se produzca. Al respecto, ha señalado que:

³³ Serra, n. 30, p. 3.

³⁴ Doctrina que se inicia en EEUU a partir del caso *United States v Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 US 383, del año 1912.

³⁵ *MCI Communications Corp. v. AT&T*. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983)) citado en OCDE, Policy Roundtables, The Essential Facilities Concept, 1996, p. 8 disponible en <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf> (última consulta, 20 de mayo de 2012).

³⁶ En el considerando 11° de la Resolución N° 64/2008, que se remite a la Resolución N° 19/2006, el Tribunal utiliza ambos conceptos.

para que se configure una conducta de “negativa de venta” contraria a la libre competencia, deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias generales:

-Que una persona vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;

-Que la causa que impida a esa persona acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y,

-Que la referida persona esté dispuesta a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente al proveedor la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita³⁷.

37. Una vez analizado lo que señala la doctrina, es necesario examinar los problemas que podría presentar la ley N° 20.571 a este respecto. De conformidad a lo establecido en el inciso 1° del artículo 149 bis, los usuarios finales sujetos a fijación de precios que dispongan de equipamiento de generación de energía eléctrica de determinadas características para su propio consumo, tienen derecho a inyectar, a través de sus empalmes, la energía que generen a la red de distribución. El inciso 8° del mismo artículo 149 bis establece que para la aplicación de este mecanismo, debe celebrarse un contrato entre la concesionaria de servicio público de distribución y el usuario final.

38. El análisis que se realizará a continuación se enfocará sólo en las etapas de generación y distribución, atendido que la ley N° 20.571 sólo se refiere al usuario final, que cumple un rol similar al de una empresa generadora, y a la empresa concesionaria de servicio público de distribución. Asimismo, y dado que la mencionada ley se aplica tanto a los sistemas de más de 200 MW como a los sistemas medianos (lo que se deduce de lo dispuesto en el inciso 6° del artículo 149 bis³⁸) el análisis se enfocará en ambos, comenzando por los problemas que podría presentar la ley en relación a los primeros, para luego continuar con los problemas específicos que se podrían presentar en relación a los segundos.

³⁷ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N° 19/2006, C. 7°.

³⁸Esta norma establece la regla general en materia de valorización de las inyecciones de energía, así como la remisión al reglamento para que éste fije los procedimientos de valorización de las inyecciones cuando los medios de generación se conecten a los sistemas establecidos en el artículo 173 de la LGSE (sistemas medianos).

39. Un primer problema que podría presentarse dice relación con el hecho de que los usuarios finales puedan generar energía eléctrica y que la distribución de energía eléctrica sea un monopolio natural, lo que es la regla general, salvo los aislados casos de redes de distribución superpuestas.

40. En este sentido, cuando un usuario final quiera hacer uso del derecho a inyectar energía eléctrica a la red de distribución, puede verse afecto al abuso de posición dominante que ejerza la empresa de distribución a su respecto, por medio de actos de sabotaje. Si bien el inciso 5° del artículo 149 bis establece que *“(...) En caso alguno podrá la concesionaria de servicio público de distribución sujetar la habilitación o modificación de las instalaciones a exigencias distintas de las dispuestas por el reglamento o por la normativa vigente”*, esta prohibición sólo se refiere a las exigencias técnicas de las instalaciones, pero no incluye otro tipo de conductas en las que puede incurrir la concesionaria.

41. En efecto, ante la solicitud de un usuario final de inyectar energía al sistema, la empresa concesionaria puede demorarse en el procesamiento de la solicitud, en la habilitación de la conexión, en la redacción y firma del respectivo contrato, entre otras, prácticas que pueden ser calificadas como sabotaje. Incluso más, la empresa puede llegar a negarse a contratar con el usuario final, lo que podría configurar un caso de negativa de venta que atenta contra la libre competencia, pues la red de distribución puede considerarse una facilidad esencial para el usuario final, a la cual la empresa de distribución le estaría negando el acceso.

42. El problema que surge en este caso es qué puede hacer el usuario final frente a este tipo de abusos por parte de la empresa de distribución. Si bien el inciso 5° del artículo 149 bis, en su parte final, establece que *“Corresponderá a la Superintendencia fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el presente artículo y resolver fundadamente los reclamos y las controversias suscitadas entre la concesionaria de servicio público de distribución y los usuarios finales que hagan o quieran hacer uso del derecho de inyección de excedentes”*, el ámbito de competencia de la Superintendencia sólo se reduciría a los reclamos y controversias que puedan surgir entre las partes, y no a los eventuales atentados contra la libre competencia. En este último caso, deben aplicarse las reglas generales; es decir, se trata de materias de competencia del TDLC.

43. Sin embargo, resulta difícil suponer que cada uno de los usuarios finales que estime que han sido afectados por algún hecho, acto o convención contrario a la libre competencia por parte de una empresa de distribución de energía eléctrica, tenga los recursos y la capacidad necesaria para demandar a dicha empresa ante el TDLC, considerando que es una persona natural que produce energía para su consumo propio. Por otra parte, si bien el usuario final podría interponer una denuncia al respecto ante la Fiscalía Nacional Económica (FNE), la instrucción de una investigación y la interposición del posterior requerimiento es una facultad discrecional que la ley le otorga al Fiscal Nacional Económico. Estas dificultades prácticas podrían tornar en irreal, o por lo menos, podrían afectar considerablemente la posibilidad de perseguir este tipo de atentados a la libre competencia.

44. A continuación, corresponde referirse a los problemas que podrían presentarse al aplicar las normas de la ley N° 20.571 en relación a los sistemas medianos. En virtud de lo dispuesto en el artículo 173 de la LGSE, los sistemas medianos son aquellos cuya capacidad instalada es inferior a 200 MW y superior a 1.500 kilowatts. En estos sistemas la integración vertical entre las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización no está prohibida, sino que incluso está fomentada por la legislación y los mecanismos tarifarios para dichos sistemas³⁹. Por lo tanto, y dado que en estos casos las empresas presentan las características de monopolio natural verticalmente integrado, a los problemas antes identificados para los sistemas grandes se agregan otros.

45. En primer lugar, y debido a que en este tipo de sistemas la empresa distribuidora también participa en la etapa de generación (por sí misma), podría tener incentivos para entorpecer la competencia que implica el que los usuarios finales hagan uso de su derecho a inyectar energía al sistema. Lo anterior, considerando que, dado que la capacidad instalada permitida para cada usuario final que quiera inyectar energía al sistema es de 100 kilowatts (inciso 4° del artículo 149 bis) y el sistema mediano comienza con una capacidad superior a los 1.500 kilowatts, con la inyección de quince usuarios finales se podría -teóricamente- copar la capacidad instalada del sistema en su rango inferior. De este modo, la empresa distribuidora podría realizar acciones destinadas a evitar el ingreso de nuevos generadores al mercado (los

³⁹Vid. Art. 174° LGSE.

usuarios finales), entorpeciendo la competencia y favoreciendo, así, la generación de energía que produce ella misma o sus empresas relacionadas.

46. A lo anterior, se añade que la legislación tarifaria de sistemas medianos expresamente promueve que se cubran los costos totales del sistema en el caso que la generación y transmisión sean mayores al 50% a una misma empresa, se deberá cubrir los costos totales globales de dicha firma:

La estructura general de tarifas se basará en el costo incremental de desarrollo de cada segmento. El nivel general de tarifas, por su parte, deberá ser suficiente para cubrir el costo total de largo plazo del segmento correspondiente. No obstante, en los casos en que las instalaciones de generación y transmisión, o una proporción de ellas mayor al 50%, pertenezca a una misma empresa con sistemas verticalmente integrados, el nivel de tarifas de las instalaciones correspondientes se fijará de modo de cubrir el costo total de largo plazo global de la empresa⁴⁰.

47. De esta disposición tarifaria se desprende que el generador incumbente claros incentivos regulatorios para que las instalaciones de generación residencial no excedan el 50% señalado en la norma de la LGSE, pues en dicho caso cambia el mecanismo de fijación de precios, pasando de un régimen de costos totales de largo plazo (CTLP) global para la empresa a uno aplicable al segmento (en este caso, generación).

48. Por lo mismo, existen posibles incentivos tarifarios para la negativa de venta u otras conductas exclusorias por parte de la empresa eléctrica que es dueña de la red de distribución (o bien, de competencia desleal⁴¹), y simultáneamente, generadora, respecto de los generadores residenciales.

49. Como ha demostrado la jurisprudencia del Panel de Expertos, la existencia en sistemas medianos de un generador distinto del integrado verticalmente produce problemas en el acceso de éstos, su remuneración como consecuencia de la regulación tarifaria, despacho de las instalaciones de generación, etc⁴². La jurisprudencia del TDLC, motivada por una consulta de

⁴⁰ Idem, inciso 2°. El destacado es nuestro.

⁴¹ Recordemos que el artículo 3°, N° 3 del DL 211 prescribe las prácticas de competencia desleal efectuadas con la intención de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado. A esta disposición se suma la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal.

⁴² Panel de Expertos: Dictamen N° 12-2009, *Discrepancias sobre las Bases Definitivas para la realización de los Estudios de los Sistemas Medianos*, 7 de octubre de 2009 y Dictamen N° 2-2010,

una empresa (HidroAysén) que quería generar energía en un sistema mediano da cuenta del problema tarifario con nitidez:

Excepcionalmente, cuando el sistema es operado en forma integrada por una sola empresa (como es actualmente el caso del SMA), o más del 50% de sus instalaciones de generación y transmisión pertenecen a una empresa que opera integrada (como sería en el escenario de entrada de las dos centrales hidráulicas materia de esta consulta), “*el nivel de tarifas de las instalaciones correspondientes se fijará de modo de cubrir el costo total de largo plazo global de la empresa*”, con una tasa de retorno igual al 10% real anual, como establecen los incisos 2° y 3° del artículo 174 de la LGSE, y no respecto de un sistema eficientemente dimensionado operado por una empresa modelo, como es la regla general⁴³.

50. A lo anterior, junto con el abuso exclusorio, se podrían dar situaciones de competencia desleal en contra de sus *rivales, los generadores residenciales*. En efecto, la generación residencial en sistemas medianos podría tener un efecto en disminuir los precios –además del cambio de forma de cálculo en las tarifas- lo que puede afectar al generador incumbente. Ahora bien, el efecto en tarifas finales puede ser ambiguo, como se concluyó en la Consulta de HidroAysén reseñada más arriba (y en la que la generación *sería a bajo costo*):

Sin embargo, la consultante no ha proveído información que respalde la magnitud de la disminución de costos que ha estimado, ni tampoco su impacto en los precios dada la excepcional regulación de estos, ya descrita. Por consiguiente, no se ha podido establecer en qué medida las eficiencias del proyecto objeto de la consulta se traspasarán efectivamente a los usuarios⁴⁴.

51. Otro aspecto al cual debe prestarse atención dice relación con la valorización de las inyecciones que realicen los usuarios finales. En primer lugar, y dado que en esta materia la ley le entrega al reglamento la fijación de los procedimientos para ello (inciso 6° artículo 149 bis), debe tenerse especial cuidado en la forma en que ello se regulará, puesto que si se deja un espacio para que la empresa pueda ejercer discrecionalidad en la determinación de la valorización o se establece que dicha valorización se hará por acuerdo de las partes, podría dar lugar a abusos de posición dominante por parte de la

Discrepancia: Informe Técnico CNE sobre Sistema Mediano Hornopirén. Artículo 177 LGSE, 1° de diciembre de 2010.

⁴³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N° 30/2009, p. 16.

⁴⁴ Idem., p. 20.

empresa distribuidora. En segundo lugar, una vez que el precio de las inyecciones pueda ser determinado y la empresa distribuidora sepa cuánto debería pagar a los usuarios finales que inyecten energía al sistema, podría realizar actos que obstaculicen o impidan dichas inyecciones argumentando que la energía así ingresada al sistema es más cara que la que ella o sus empresas relacionadas pueden producir.

52. Por lo expuesto, sin perjuicio de la posible denuncia de conductas contrarias a la libre competencia –con la salvedad efectuada en ¶ 43-, puede ser de utilidad abordar estos posibles problemas de libre competencia de los generadores residenciales mediante la potestad normativa del TDLC, como se explica más abajo en este Informe. Lo anterior, como técnica, puede efectuarse después de la dictación del reglamento que implemente la ley N° 20.571, y en el ínterin, detectar aquellas controversias que requieran una solución regulatoria como aquélla que se expone acá.

b. Disputas relativas al financiamiento y precio de las obras para la conexión e inyección de los generadores residenciales a la red de la distribuidora

53. Un segundo aspecto que puede motivar diferencias entre la empresa distribuidora y el interesado en constituirse como un generador residencial es el de los costos y financiamiento de la conexión de éste a la red del primero.

54. Sobre este tema, debemos recordar que la LGSE, en su artículo 149° bis dispone que es materia de un reglamento “*el mecanismo para determinar los costos de las adecuaciones que deban realizarse a la red*”. Adicionalmente, el inciso final del artículo 149° bis de la LGSE prescribe que las obras y adecuaciones por la conexión e inyección sean de cargo del generador residencial, sin poder afectar a los demás clientes:

Las obras adicionales y adecuaciones que sean necesarias para permitir la conexión y la inyección de excedentes de los medios de generación a que se refiere este artículo, deberán ser solventadas por cada propietario de tales instalaciones y no podrán significar costos adicionales a los demás clientes.

55. De este modo, la ley N° 20.571 explicita su rechazo al financiamiento de las adecuaciones por medio de subsidios cruzados de otros clientes, lo que se ha denominado también como el “principio de no afectación de terceros”⁴⁵.

56. Ahora bien, sin perjuicio del ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución sobre el particular, es del caso que el reglamento determinará cómo se *calculan* los costos, mas no cómo se *pagan* esos costos. Lo anterior, pensando en la realidad financiera de un generador residencial, puede terminar siendo una barrera legal y económica de consideración, que termine haciendo insuperable la inyección de electricidad a la red.

57. Es menester precisar que la moción parlamentaria expresamente contenía un artículo que abordaba el asunto, en el sentido que fuera la empresa distribuidora la que pudiera cobrar, en cuotas mensuales, al generador residencial, *cualquier costo* para adecuar los medidores, incluso con los intereses de mercado⁴⁶.

58. Sin embargo, como no existe una disposición en tal sentido en la ley N° 20.571, se aprecia un déficit regulatorio, el cual podría ser resuelto mediante el uso y divulgación de los llamados aportes de financiamiento reembolsables (AFR)⁴⁷. Este mecanismo de AFR explícitamente se aborda en la LGSE, en su artículo 126°, fundamentalmente, y en los artículos 136 a 144 del D.S. N° 327, de 1998, de Minería, Reglamento de la LGSE. En efecto, la norma de la LGSE alude a que:

Cualquier empresa eléctrica podrá exigir a los usuarios de cualquier naturaleza que soliciten servicio, o a aquéllos que amplíen su potencia conectada, aportes de financiamiento reembolsables para la ejecución de las ampliaciones de capacidad requeridas en generación, transporte y distribución de energía eléctrica....

⁴⁵ Así lo calificó durante el debate en el Congreso, el entonces Ministro de Energía Sr. Rodrigo Álvarez, *vid.* Biblioteca del Congreso Nacional, n.3, p. 107.

⁴⁶ La propuesta normativa era establecer un artículo del siguiente tenor:

Las empresas distribuidoras tendrán un plazo de 6 meses para adecuar los medidores a requerimiento de los generadores residenciales. Cualquier costo que esto signifique podrá ser cobrado en cuotas mensuales según los intereses del mercado.

⁴⁷ Los AFR pueden ser definidos como cantidades en dinero o infraestructura que los concesionarios pueden exigir a quienes soliciten ser incorporados como clientes o pidan una ampliación del servicio, y que tienen por objeto solventar infraestructura que es de cargo del concesionario.

59. Destacamos que esta disposición legal se coloca en dos hipótesis: usuarios que *soliciten* servicio a las empresas eléctricas o bien que amplíen su potencia conectada⁴⁸. Se ha entendido que la “solicitud de servicio” está referida a interesados en el suministro de servicio eléctrico para su consumo como clientes finales, como es el artículo 125° de la LGSE, que expresa el contenido de la obligación de servicio:

En su zona de concesión, las empresas distribuidoras de servicio público estarán obligadas a dar servicio a quien lo solicite, sea que el usuario esté ubicado en la zona de concesión, o bien se conecte a las instalaciones de la empresa mediante líneas propias o de terceros.

60. Ahora bien, el artículo 126° de la LGSE no se circunscribe solo a la distribución eléctrica, sino también alcanza a la ampliación de capacidad para *generación*, como sería el caso de la generación residencial.

61. Por otra parte, si bien el artículo 126° es facultativo para la empresa eléctrica (“*podrá*”), se refiere a que éstas puedan requerir de usuarios que soliciten *servicio*. Para el caso de los interesados en ser generadores residenciales, la contrapartida a su derecho a “*inyectar la energía que... generen a la red de distribución*” (Art. 149° bis, LGSE), es un servicio de transporte. Lo anterior se colige del artículo 115° de la LGSE, que precisamente alude al servicio de transporte en redes de distribuidoras, al referirse a los peajes de distribución:

Los concesionarios de servicio público de distribución de electricidad estarán obligados a prestar *el servicio de transporte*, permitiendo el acceso a sus instalaciones de distribución, tales como líneas aéreas o subterráneas, subestaciones y obras anexas, para que *terceros den suministro* a usuarios no sometidos a regulación de precios ubicados dentro de su zona de concesión. (las cursivas son nuestras)

62. Como se desprende de la norma citada, el servicio de transporte consiste precisamente en permitir que terceros –generadores- puedan acceder a la red de la empresa concesionaria con su energía y suministrarla a consumidores (no regulados en ese caso) dentro de la red de la distribuidora. Análogamente, entonces, el acceso por un generador residencial implica un

⁴⁸ La posible exigencia de AFR no se limita sólo a interesados en solicitar servicio sino, de acuerdo al artículo 124°, relativo al soterramiento forzoso de líneas de distribución.

servicio de transporte de un tercero distinto a la distribuidora, que accede a la red de ésta red con su generación.

63. Pues bien, es posible que hayan controversias entre el consumidor interesado en inyectar energía y el concesionario de servicio público sobre posibles AFR. A este respecto, la ley N° 20.571 incorporó una cláusula amplia para que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) resuelva controversias, cuál árbitro, entre aquéllos. La norma en comento - el artículo 149° bis - dispone que:

Corresponderá a la Superintendencia fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el presente artículo y resolver fundadamente los reclamos y las controversias suscitadas entre la concesionaria de servicio público de distribución y los usuarios finales que hagan o quieran hacer uso del derecho de inyección de excedentes.

64. Por lo demás, lo anterior es sin perjuicio del artículo 3° N° 17 de la ley N° 18.410, que considera una amplia competencia de la SEC para conocer reclamos sobre la normativa eléctrica, como son las distribuidoras y las generadoras residenciales (*“por, entre o en contra de particulares, consumidores y propietarios de instalaciones eléctricas”*).

65. Asimismo, la LGSE también contempla un rol expreso para la SEC respecto de conflictos entre la empresa eléctrica y a quien se le exige AFR, prescrita en su artículo 128, sobre la forma de devolución del AFR:

La elección de la forma de devolución corresponderá a la empresa concesionaria, pero el aportante podrá oponerse a ella cuando la devolución propuesta por la empresa no le significare un reembolso real. Si no hubiere acuerdo resolverá la Superintendencia, oyendo a las partes.

66. Por lo acá expuesto, estimamos factible que se aborde el problema del financiamiento de los costos de adecuación e implementación de un posible generador residencial utilizando el mecanismo de AFR, por parte de interesados en generación residencial.

67. A lo señalado, en el caso que hubiera constantes conflictos sobre el precio entre cliente interesado y empresa distribuidora, podría argüirse que la prestación por parte de la distribuidora es de características monopólicas, por lo que debe proceder a su calificación por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y un posterior cálculo y fijación de precios por la

Comisión Nacional de Energía y el Ministerio de Energía, de acuerdo a las normas de los denominados “servicios asociados”. En efecto, el artículo 147° de la LGSE, dispone que:

Están sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica y los servicios que a continuación se indican: ...

4.- Los servicios no consistentes en suministros de energía, prestados por las empresas sean o no concesionarias de servicio público que, mediante resolución del ... [TDLC], dictada a solicitud de la Superintendencia o de cualquier interesado, sean expresamente calificados como sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria.

68. La referencia a los “servicios no consistentes en suministros de energía”, del artículo 147° N° 4, debe interpretarse conjuntamente con el artículo 2° N° 5 de la LGSE, que se refiere al ámbito de la ley en materia de precios:

Artículo 2°.- Están comprendidas en las disposiciones de la presente ley:

...

5.- El régimen de precios a que están sometidas las ventas de energía eléctrica, el transporte de electricidad y *demás servicios asociados al suministro de electricidad o que se presten en mérito de la calidad de concesionario de servicio público.* (cursivas nuestras).

69. Destacamos que la LGSE no solo considera “servicios asociados” a aquellos relacionados con el suministro, sino también a aquéllos prestados por la calidad de concesionario de servicio público. En éstos, como señala la Resolución N° 592, de 2001, de la Comisión Resolutiva⁴⁹, caben servicios tales como los *peajes de distribución* (posteriormente regulados por la Ley N° 19.940), los cuáles eran indispensables para la competencia:

existen servicios cuyos precios deberán ser fijados con el objeto de promover la competencia en el mercado eléctrico, como es el caso de los peajes adicionales para clientes libres originados por la utilización de instalaciones de subtransmisión y de distribución⁵⁰.

⁴⁹ Esta fue la primera resolución dictada en aplicación del artículo 147° N° 4 de la LGSE. Posteriormente, bajo el imperio del TDLC, se ha dictado el Informe N° 1/2008.

⁵⁰ *Comisión Resolutiva*, Resolución N° 592, de 21 de marzo de 2001, C. 4°.

70. En este caso, la conexión del generador residencial a la red del distribuidor resulta indispensable para la competencia en el mercado de la generación, siendo aplicable una similar hipótesis a los peajes de distribución considerados en la Resolución N° 592/2001⁵¹. Finalmente, cabe agregar que estos servicios, calificados por el TDLC, son sometidos a la fijación de precios del artículo 148° de la LGSE.

71. De este modo, potenciales barreras que entorpezcan el autofinanciamiento de las adecuaciones necesarias para la inyección de generadores residenciales pueden ser abordadas (i) mediante el sistema de AFR, y (ii) mediante tarifas reguladas. En el primer caso, además, contemplando un sistema de solución de controversias, a través de la SEC.

c. Agregación de clientes residenciales para constituirse como generadores residenciales

72. Un problema regulatorio adicional a los ya esbozados, y aplicable a las OUA, es si ellas pueden aprovechar los beneficios de la ley N° 20.571, pasando a ser *generadores residenciales*.

73. Preliminarmente, claro está, si una OUA cumple las exigencias de la LGSE, no habría inconveniente para que goce del mecanismo incorporado por la *Ley de Net Metering*. En esta sección abordaremos las posibles dificultades para que una OUA, o un conjunto de clientes que se una para generar electricidad –a través de la OUA- reciban los beneficios de los generadores residenciales.

74. A este respecto, la hipótesis para la aplicación del beneficio del *Net Metering* está orientada a usuarios finales no sujetos a regulación de precios, es decir, a aquéllos que no sean clientes libres, como fluye del inciso primero del artículo 149° bis. Si la OUA, como consumidora de energía supera el umbral, no le son aplicables las normas de la generación residencial.

75. En la revisión de la historia de la ley N° 20.571 vemos que existen referencias a que la generación residencial pueda ser inyectada no sólo desde las residencias –finalmente, es una ley sobre *generación residencial*–, sino desde zonas rurales, como ocurre especialmente en materia de minicentrales

⁵¹ Al respecto, *cfr.* Francisco Agüero Vargas, *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Telecomunicaciones, Agua Potable, Electricidad y Gas* (Santiago, LexisNexis, 2003).

hidroeléctricas (*cfr.* ¶ 7). A tal efecto, la moción incorporaba una disposición que aclaraba que la ley era aplicable a las *residencias*, ya sea urbanas o rurales:

En *residencias urbanas y rurales* podrán realizarse instalaciones de generación eléctrica, como celdas fotovoltaicas o sistemas eólicos, en techos y patios⁵².

76. Ahora bien, y pese a su denominación (i.e., “*regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales*”), se puede concluir que el texto de la ley finalmente dictada no restringe su aplicación a generadores que inyecten su energía desde su *residencia*. En efecto, de los requisitos para la aplicación del régimen jurídico incorporado por la ley N° 20.571, no aparece que la inyección deba ser únicamente de origen *residencial*. Como se verá más abajo, los diversos requisitos legales no dan cuenta de dicha situación relativa al origen de la inyección desde una “*residencia*”.

77. Así las cosas, la ley N° 20.571 restringe la aplicación a los equipos que los usuarios finales sujetos a regulación de precios dispongan para generar energía eléctrica y que se destinen a su propio consumo, pero solamente para la inyección que ellos hagan “*a través de los respectivos empalmes*” (Art. 149 bis, inciso primero). El término *respectivo* no parece aludir sino a “*una persona o cosa determinada*”⁵³, por lo que la inyección de energía debiera efectuarse a través de empalmes de propiedad del mismo cliente.

78. La referencia al elemento físico del empalme no resulta irrelevante, siendo éste el interfaz entre el usuario y la empresa distribuidora. De conformidad a lo establecido en el Reglamento de la LGSE, el empalme es el:

Conjunto de elementos y equipos eléctricos que conectan el medidor de la instalación o sistema del cliente, a la red de suministro de energía eléctrica⁵⁴.

79. Pero, de acuerdo a la LGSE, las inyecciones de generadores residenciales no son ilimitadas. Ellas conocen un *techo*, especificado en 100 kilowatts, que corresponde a la capacidad de inyección *permitida* por cliente o usuario final, tal como reza el artículo 149° bis, en sus incisos tercero y cuarto:

⁵² Biblioteca del Congreso Nacional, n.3, p. 6. Las cursivas son nuestras.

⁵³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, *respectivo*: primera acepción. 22ª Ed. Online.

⁵⁴D.S. N° 327, de 1998, de Minería, Art. 330, N° 13.

Un reglamento determinará los requisitos que deberán cumplirse para conectar el medio de generación a las redes de distribución e inyectar los excedentes de energía a éstas. Asimismo, el reglamento contemplará ... la *capacidad instalada permitida por cada usuario final y por el conjunto de dichos usuarios en una misma red de distribución o en cierto sector de ésta.*

La capacidad instalada a que se refiere el inciso anterior se determinará tomando en cuenta la seguridad operacional y la configuración de la red de distribución o de ciertos sectores de ésta, entre otros criterios que determine el reglamento. *La capacidad instalada por cliente o usuario final no podrá superar los 100 kilowatts (cursivas nuestras)*

80. Por otra parte, debemos recordar que el beneficio a la generación residencial es económico, permitiendo primero el descuento en el pago de la cuenta de energía eléctrica, y, posteriormente, el pago al cliente. Esta franquicia se contiene en los artículos 149° bis y 149° ter de la LGSE, que la ley N° 20.571 agrega a la LGSE, que en lo que interesa disponen que:

*Las inyecciones de energía valorizadas conforme al inciso precedente deberán ser descontadas de la facturación correspondiente al mes en el cual se realizaron dichas inyecciones. De existir un remanente a favor del cliente, el mismo se imputará y descontará en la o las facturas subsiguientes. ...*⁵⁵

Los remanentes de inyecciones de energía valorizados conforme a lo indicado en el artículo precedente que, transcurrido el plazo señalado en el contrato, no hayan podido ser descontados de las facturaciones correspondientes, deberán ser *pagados al cliente* por la concesionaria de servicio público de distribución respectiva⁵⁶.

81. Podemos colegir de las normas citadas que la boleta o factura del cliente que inyecta la energía a la red de la distribuidora debe tener un descuento que es el resultado de la aplicación del artículo 149° bis. Por lo mismo, la aplicación del beneficio en tarifas eléctricas, contenido en la ley N° 20.571, es *precisamente* el descuento en la boleta o factura del cliente que inyecta. Tenemos así una relación directa entre el cliente que inyecta y, a su vez, recibe el descuento en precios, lo que ocurre en su facturación.

82. La boleta o factura de suministro eléctrico tiene un contenido señalado en la LGSE, como es el artículo 102°, inciso final⁵⁷, respecto a cobros

⁵⁵ Art. 149° bis, LGSE. Las cursivas son nuestras.

⁵⁶ Art. 149° ter, LGSE. Las cursivas son nuestras.

⁵⁷ Dicho inciso prescribe que:

y cargos; el artículo 151°, respecto de descuentos en la facturación por efecto de subsidios⁵⁸; los artículos 171° y 172°, sobre reliquidaciones por variaciones en los indexadores de precio de nudo; el artículo 192°, respecto a reliquidaciones sobre tarifas de distribución; entre otros.

83. Por otra parte, el artículo 149° bis de la LGSE también relaciona la aplicación de las normas sobre generación residencial con el equipo de generación del usuario final, vinculando jurídicamente a éste con la empresa distribuidora a través de un contrato cuyo contenido parcial está en la LGSE y en el reglamento que se dicte para la implementación de la ley N° 20.571:

Para efectos de la aplicación de lo establecido en este artículo las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer un contrato con las menciones mínimas establecidas por el reglamento, entre las que se deberán considerar, al menos, *el equipamiento de generación del usuario final* y sus características técnicas esenciales, la capacidad instalada de generación....

84. En el mismo sentido, debemos recordar que la propia LGSE, en su artículo 225°, entrega la definición *legal* de usuario o consumidor final y usuario o cliente, a saber:

k) Usuario o consumidor final: usuario que utiliza el suministro de energía eléctrica para consumirlo.

...

q) Usuario o cliente: es la persona natural o jurídica que acredite dominio sobre un inmueble o instalaciones que reciben servicio eléctrico. En este inmueble o instalación quedarán radicadas todas las obligaciones derivadas del servicio para con la empresa suministradora.

La boleta o factura que extienda el concesionario de un servicio de distribución a sus clientes deberá señalar separadamente los cobros por concepto de energía, potencia, transmisión troncal, subtransmisión, distribución y cualquier otro cargo que se efectúe en ella, en la forma y periodicidad que determine el reglamento.

⁵⁸ En lo que interesa, el artículo 151°, inciso tercero de la LGSE dispone que:

El subsidio a que se refiere el inciso anterior, será descontado por las empresas concesionarias de servicio público de distribución a sus respectivos clientes beneficiarios del subsidio. En la boleta que se extienda al usuario, deberá indicarse separadamente el precio total de las prestaciones, el monto subsidiado y la cantidad a pagar por el usuario.

85. Así las cosas, como puede desprenderse de lo expuesto en esta sección, el tenor literal de las normas introducidas por la ley N° 20.571 a la LGSE dan cuenta de una clara relación o correspondencia entre los usuarios finales no sometidos a regulación de precios, sus equipos destinados a la generación, sus *respectivos* empalmes, las inyecciones con una potencia limitada permitida por cada usuario final y su facturación.

86. De las exigencias señaladas en esta sección, si una OUA cumple con todas y cada una de los requisitos legales, gozará de los beneficios de la LGSE para la generación residencial. En caso contrario, no. Situación análoga sería la de una agrupación de consumidores residenciales que quisieran sumar esfuerzos, “agregando” sus consumos y sus inyecciones.

87. Lo expuesto más arriba parece constituir una barrera legal difícil de superar por una OUA que quisiera beneficiarse por la aplicación de la ley N° 20.571, atendidas las expresiones de la ley. Las dificultades más complejas de resolver serían dos: la necesidad de inyectar en un empalme del cliente beneficiado y el hecho que los descuentos se computen en la facturación del cliente.

d. Barrera tributaria para las OUA

88. Podría existir una barrera económica en lo relacionado al pago de impuestos por parte de las OUA, haciendo menos atractivo para ellas acogerse a este mecanismo, optando por otros (verbigracia: PMGD u otros mecanismos de generación de la LGSE). Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el artículo 149 quinquies de la LGSE:

Los pagos, compensaciones o ingresos percibidos por los clientes finales en ejercicio de los derechos que les confieren los artículos 149 bis y 149 ter, no constituirán renta para todos los efectos legales y, por su parte, las operaciones que tengan lugar conforme a lo señalado en tales disposiciones no se encontrarán afectas a Impuesto al Valor Agregado.

No podrán acogerse a lo dispuesto en el inciso precedente, aquellos contribuyentes del impuesto de Primera Categoría obligados a declarar su renta efectiva según contabilidad completa, con excepción de aquellos acogidos a los artículos 14 bis y 14 ter de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1° del decreto ley N° 824, de 1974.

Las concesionarias de servicio público de distribución deberán emitir las facturas que den cuenta de las inyecciones materializadas por aquellos

clientes finales que gocen de la exención de Impuesto al Valor Agregado señalada en el inciso precedente, siempre que dichos clientes finales no sean contribuyentes acogidos a lo dispuesto en los artículos 14 bis y 14 ter de la Ley sobre Impuesto a la Renta, caso en el cual éstos deberán emitir la correspondiente factura.

El Servicio de Impuestos Internos establecerá mediante resolución, la forma y plazo en que las concesionarias deberán emitir las facturas a que se refiere el inciso precedente.

89. La pregunta que cabe hacerse entonces es si las OUA están sujetas a tributar en primera categoría, a objeto de saber si pueden acogerse al beneficio establecido en el inciso primero del artículo 149° quinquies de la LGSE.

90. El impuesto de primera categoría es aquel que *“grava las rentas percibidas y devengadas de las empresas, personas naturales y jurídicas, en que predomina la explotación de un capital, aplicándose a la renta líquida imponible de primera categoría una tasa del 15% que será de 16.0% en 2002, 16,5% en 2003 y 17% en 2004”*⁵⁹⁻⁶⁰. Respecto del hecho gravado por el impuesto de primera categoría, Zavala señala que es tan amplio que *“cualquier devengo o percepción de cantidades que obtenga una persona podría configurar el hecho gravado renta, por lo cual el legislador vino a establecer taxativamente cuáles son los ingresos no constitutivos de renta”*⁶¹, tarea que asume el Artículo 17° de la Ley de Impuesto a la Renta (LIR), contenida en el Decreto Ley N° 824, y que afecta directamente a las OUA, del modo que se explicará posteriormente.

91. Las OUA, a pesar de tener una finalidad eminentemente de administración, pueden, en virtud del reconocimiento legal que el Código de Aguas da a sus estatutos, y del principio de autonomía privada, facultar a su Directorio para que celebre actos y contratos que signifiquen la obtención de rentas a partir del capital de que disponen. Ello se desprende del artículo 251⁶² - en el caso de las Comunidades de Aguas - y de los artículos 258° y

⁵⁹ José Luis Zavala Ortiz, *Manual de Derecho Tributario*. (Editorial Conosur, 5° Ed., Santiago, 2003), p. 227.

⁶⁰ Las tasas impositivas citadas por el autor no se encuentran vigentes.

⁶¹ Zavala, n.59, p. 231.

⁶² Código de Aguas, Artículo 251:

“Las comunidades de agua podrán establecer en sus estatutos disposiciones diferentes a las contenidas en los artículos 208; 220; 222, inciso 3°; 225; 228,

267º, todos del Código de Aguas, que hacen aplicable esta regla y otras normas de las Comunidades de Aguas a las Asociaciones de Canalistas y Juntas de Vigilancia.

92. Las actividades que lleven a cabo las OUA pueden ser de diversa naturaleza, estando algunas de ellas afectas al impuesto de primera categoría. Luego, de acuerdo a lo establecido en la LIR, el hecho de que una persona tengan que tributar en primera categoría no dice relación con el tipo de persona que sea sino que con el tipo de actividad que realice, y en ese sentido, no es posible determinar *a priori* si las OUA en general podrían verse afectadas por lo establecido en el artículo 149º quinquies de la LGSE o no.

93. En consecuencia, la situación tributaria particular de las OUA es una cuestión contingente, que debe analizarse caso a caso, sin que pueda establecerse *a priori* respecto de ninguna de ellas si debe o no pagar Impuesto a la Renta de Primera Categoría. Para esto debe verificarse la efectiva generación de rentas a partir de su capital en actividades comprendidas en el Artículo 20º de la LIR, excluyendo las posibles exenciones del Artículo 17º del mismo cuerpo legal.

94. En este mismo sentido se ha pronunciado el Servicio de Impuesto Internos (en adelante, e indistintamente SII) en su Oficio N° 4.030, del 03.11.1999, específicamente a propósito de una Asociación de Canalistas, pero asimilable a otras OUA. En primer lugar, el SII asimila en dicho oficio la actividad de las OUA con las de las Corporaciones de Derecho Privado, en el sentido que:

En consideración a lo antes expuesto, dichas asociaciones ante la ley tienen la calidad jurídica de una Corporación de Derecho Privado, respecto de las cuales este Servicio ha señalado en relación con las obligaciones frente a la Ley de la Renta, que todas las personas, sean naturales y jurídicas, revisten la calidad de “contribuyentes” en la medida que puedan estar sujetas a algunos de los tributos que en ella se establecen, lo cual ocurre en el caso que tales personas posean bienes o realicen actividades susceptibles de generar rentas que se clasifiquen en la Primera Categoría. En efecto, la Ley de la Renta, salvo excepciones taxativas, no atiende a la naturaleza o finalidad de las personas para gravarlas o no con impuesto, sino que considera las

inciso 2º; 233; 235, inciso 4º; 238, y 239, inciso 2º. Igual norma regirá en los casos en que expresamente se faculte para ello”

actividades que realizan, los actos y contratos que ejecutan y los beneficios económicos que puedan obtener.

...

Así, por ejemplo, si una corporación que en conformidad a sus estatutos no persigue fines de lucro, y que al margen de su actividad social percibe o devenga utilidades obtenidas de una explotación comercial u otras actividades, aún cuando destine esas rentas a sus fines para lo cual fue creada, debe tributar con el impuesto de Primera Categoría y demás obligaciones tributarias accesorias que contempla la ley del ramo. (...) Es importante considerar en este punto, que las cuotas que eroguen los asociados -entendiéndose por tales aquellas contribuciones periódicas, fijas o variables- a la persona jurídica respectiva (corporación), incluyendo las donaciones que pueda recibir de terceras personas, con el fin de afrontar gastos o a fines sociales, no constituyen renta para su receptora en virtud de lo dispuesto en los números 9 y 11 del artículo 17 de la Ley de la Renta⁶³

95. La aplicación práctica que el SII ha hecho de esta interpretación es observable, además, en la opción “Consultar situación tributaria de terceros”⁶⁴ de su página web, donde constatamos que aparecen OUA que tributan dentro de la primera categoría y otras que no lo hacen.

96. Es necesario considerar que no solo por el hecho de que la OUA tenga que tributar en primera categoría, necesariamente caerá en la hipótesis del artículo 149° quinquies de la LGSE, ya que existe el requisito copulativo de llevar contabilidad completa, cuestión que a pesar de ser la regla general, tiene variadas excepciones dependiendo del tipo de actividad que se realice.

97. Asimismo, es útil tener en consideración que el impuesto de primera categoría no se aplica respecto de las actividades de administración que normalmente realizan las OUA. Por otra parte, debe tenerse presente que el pago de cuotas de los asociados está además expresamente exceptuado de este impuesto, tal como establece el artículo 17° N° 11 de la LIR. Al respecto, señala Zavala:

⁶³ Servicio de Impuestos Internos. Sección Jurisprudencia Administrativa.

Disponible

<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/1999/otras/octubre12.htm>

visita: 12 de septiembre de 2012).

en:

(Última

⁶⁴ Servicio de Impuestos Internos. Sección de Consulta de Situación Tributaria de Terceros:

Disponible en: <https://zeus.sii.cl/cvc/stc/stc.html>

no son constitutivos de renta las cuotas que eroguen los asociados. Tratándose de las personas jurídicas como las corporaciones y fundaciones, los recursos que aportan las personas naturales que la conforman no constituyen renta⁶⁵.

98. En virtud de lo anteriormente señalado, aquellas OUA que no realizan actividades adicionales pueden no haber iniciado actividades ante el SII, por lo que no tendrían que tributar en primera categoría.

99. Con todo, la posibilidad de acogerse a este incentivo tributario deberá ser analizada caso a caso y dependerá de la calificación que, en los hechos, la OUA que quiera acogerse a él tenga en relación con lo interpretado por el SII.

V. BARRERAS REGLAMENTARIAS. EL ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA LEY N° 20.571

100. Una cuestión que permite flexibilidad, a la hora de desarrollar y complementar la ley N° 20.571, es el ámbito del reglamento. En efecto, dicha ley ha encargado expresamente diversas materias a la potestad reglamentaria, que a continuación pasamos a desarrollar.

101. La ley N° 20.571 señala que el reglamento deberá regular las siguientes materias: i) la conexión del medio de generación a las redes de distribución y la inyección de los excedentes de energía a éstas (inciso 3°, 4° y 5° del artículo 149° bis); ii) la valorización de las inyecciones realizadas por medios renovables no convencionales o instalaciones de cogeneración eficiente cuando ellos se conecten en los sistemas medianos a que se refiere el artículo 173° de la LGSE (inciso 6° del artículo 149° bis); iii) las menciones mínimas que debe tener el contrato que celebren el usuario final y la concesionaria del servicio público de distribución a fin de dar aplicación de las normas relativas a las inyecciones de energía al sistema (inciso 8° del artículo 149° bis); y iv) los procedimientos que deberán seguirse para el traspaso de los certificados que den cuenta de las inyecciones realizadas por los usuarios finales y la imputación de las inyecciones (inciso 3° artículo 149° quáter).

⁶⁵ Zavala, n. 59, p. 239.

a. La potestad reglamentaria

102. Antes de entrar a la revisión particular de las disposiciones antes señaladas, es necesario analizar el concepto de potestad reglamentaria, que es la atribución del Presidente de la República para dictar normas jurídicas generales o especiales. La potestad reglamentaria encuentra su fuente directa en el artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República (CPR), que dispone:

Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...)

6° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

103. En este numeral, el Constituyente estableció dos clases de potestad reglamentaria: i) la potestad reglamentaria autónoma, que es aquélla que ejerce el Jefe de Estado, que versa sobre materias que no sean propias del dominio legal, y que reconoce como fuente inmediata la Constitución, y ii) la potestad reglamentaria de ejecución, que es aquélla destinada a facilitar y dar debida aplicación a la ley, y que reconoce como fuente inmediata a la ley, siendo la Constitución su fuente mediata⁶⁶.

104. Dado que las normas relativas al desarrollo de actividades económicas deben estar establecidas por ley de conformidad a lo dispuesto en los artículos 63 N° 2 y 19 N° 21 de la Constitución⁶⁷, la potestad reglamentaria autónoma está excluida del ámbito de la regulación⁶⁸. De esta manera, las referencias que en este Informe se hagan a la potestad reglamentaria o al

⁶⁶ Tribunal Constitucional: Sentencia Rol N° 325/2001.

⁶⁷ En este sentido, "(...) el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas someterse" (considerando 11°), Tribunal Constitucional: Sentencia Rol N° 480/2006, citando a Tribunal Constitucional: Sentencia Rol N° 146/1992. En ese mismo fallo, el Tribunal señala "(...) las norma que establecen deberes a las empresas de generación o distribución eléctrica, deben estar contenidas en preceptos legales (...)" (C. 12°).

⁶⁸ El Tribunal Constitucional ha señalado que "(...) sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones" (considerando 19°), Sentencia Rol N° 480/2006.

reglamento deben entenderse hechas a la potestad reglamentaria de ejecución.

105. La posición más reciente del Tribunal Constitucional acerca de la relación que existe entre ley y reglamento, es que el reglamento es una técnica de colaboración en la ejecución de la ley⁶⁹. Dado que hay materias que el legislador no puede abordar, por ser complejas, de carácter técnico, mutables, etcétera, puede convocar al reglamento, fijándole los parámetros dentro de los cuales éste puede intervenir⁷⁰.

106. Es el propio Tribunal Constitucional el que ha señalado que el hecho que la actividad esté regulada por ley no excluye la colaboración del reglamento⁷¹. En este sentido ha establecido que afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda normar esa misma materia, dentro de los márgenes fijados por la Constitución⁷². Por lo demás, dado que la facultad de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes está concedida al Presidente de la República por la propia Constitución (artículo 32 N° 6), resulta evidente concluir que ésta acepta la regulación normativa subordinada de la administración en materias reservadas al dominio legal (salvo en aquellos casos en que no lo permita expresamente)⁷³.

107. Por su parte, la jurisprudencia judicial ha señalado que la actividad de generación, transporte y distribución de energía eléctrica es una actividad económica de servicio público regulada por ley, que convoca la actuación del poder público para su regulación⁷⁴. Asimismo, ha señalado que aun cuando la potestad reglamentaria tiene rango constitucional, puede ser la propia ley la que en determinados casos convoque al reglamento, fijando los criterios de su intervención⁷⁵.

⁶⁹ Carlos Carmona Santander, “El artículo 93 N° 18 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones”, *Revista de Derecho Público*, Volumen 72, (2010), p. 79.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Carmona, n. 69, p. 80.

⁷² Considerando 13°, Sentencia Rol N° 480/2006.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Corte Suprema: “*Empresa de Generación, Transmisión y Venta de Energía Eléctrica Norgener S.A. con Presidente de la República y otro*”, Rol N°2.472-99.

⁷⁵ Carlos Carmona Santander, “Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento”, *Revista de Derecho Público*, Volumen 63, (2001), p. 168-169.

108. Si bien hay consenso en la doctrina y jurisprudencia acerca de que el rol del reglamento de ejecución es cumplir y facilitar la implementación de las leyes, no lo hay en cuanto al límite de intervención que tiene el reglamento⁷⁶. Para unos, su rol central es la ejecución de ley, lo que implica no sólo desarrollar y detallar los aspectos de la ley, sino llevar adelante su aplicación; en este sentido, el reglamento tiene por propósito facilitar la implementación de la norma legal⁷⁷. Otros señalan que el reglamento sólo puede desarrollar lo ya legislado, no puede desarrollar, complementar o innovar, por lo que sólo puede abordar aspectos de detalle⁷⁸. Lo que ambas tesis intentan responder es cuál es el ámbito de regulación que le es permitido al reglamento⁷⁹. Para ello, se han esbozado teorías que intentan determinar el grado de intervención que le corresponde a éste último, dentro de las cuales se analizará la teoría del complemento indispensable, que es la que ha sido seguida fundamentalmente por el Tribunal Constitucional⁸⁰.

109. La teoría del complemento indispensable sostiene que, al ser la potestad reglamentaria una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, no supone una excepción a la reserva de ley, sino que una modalidad de su ejercicio⁸¹. En este sentido, la ley puede regular completamente una determinada materia o desarrollarla parcialmente, encomendando al reglamento que complete el régimen de la ley y desarrolle su contenido de acuerdo a las instrucciones que ésta le proporcione⁸². En este último caso, se requiere de dos elementos: en primer lugar, que la ley contenga los criterios y principios que el reglamento debe desarrollar y completar, y en segundo lugar, que el ámbito del decreto diga relación con todo aquello que sea necesario para realizar las disposiciones de la ley⁸³.

110. En este sentido, el contenido del reglamento no puede ser cualquiera⁸⁴:

⁷⁶ Carmona, n. 75, p.183.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Carmona, n. 75, p. 184.

⁸⁰ Carmona, n. 69, p. 52-107.

⁸¹ Carmona, n.75, p. 185.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, 1º edición (La Ley, 2006), p. 275.

El Reglamento ejecutivo debe ser siempre y solamente (...) el *complemento indispensable* de la Ley que desarrolla, y esto en el doble sentido siguiente: por un lado, el Reglamento ejecutivo debe incluir *todo lo indispensable* para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de la Ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar esos fines (*sólo lo indispensable*)⁸⁵⁻⁸⁶.

111. De este modo, en un sentido negativo, el reglamento no puede agravar cargas u obligaciones establecidas en la ley que desarrolla, ni tampoco ampliar su ámbito⁸⁷. En un sentido positivo, el reglamento puede incluir normas de organización y procedimiento que no afecten el contenido sustancial establecido en la ley, precisar los preceptos contenidos en la ley en lo que tengan de vago e incompleto, explicitar reglas que la ley enuncie sólo a nivel de principios, e incluso paliar deficiencias eventuales de la ley⁸⁸.

b. La potestad reglamentaria en la ley N° 20.571

112. Habiéndose explicado en qué consiste la potestad reglamentaria y cuál es su ámbito, es necesario analizar los casos en que la ley N° 20.571 se remite al reglamento y que fueron mencionados al inicio de esta sección⁸⁹.

113. El primer caso de remisión de la ley N° 20.571 al reglamento dice relación con la conexión del medio de generación a las redes de distribución y la inyección de los excedentes de energía a éstas. A este respecto, el inciso 3° del artículo 149 bis establece que el reglamento debe contemplar: i) los requisitos que deberán cumplirse para conectar el medio de generación a las redes de distribución e inyectar los excedentes de energía a éstas; ii) las medidas que deberán adoptarse para proteger la seguridad de las personas y de los bienes, así como la seguridad y continuidad del suministro; iii) las especificaciones técnicas y de seguridad que deberá cumplir el equipamiento requerido para efectuar las inyecciones a la red de distribución; iv) el mecanismo para determinar los costos de las adecuaciones que deban

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Este fue el argumento esgrimido por el Ejecutivo en el Informe del recurso de protección interpuesto por las empresas eléctricas en contra del D.S. N° 327, de 1998, del Ministerio de Minería (Reglamento Eléctrico). Informe de S.E. el Presidente de la República, "*Chilectra c. Presidente de la República y otros*", Rol 3859-98, (Santiago, 4 de noviembre de 1998), p. 11.

⁸⁷ García de Enterría y Fernández, n. 84, p. 276.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Lo anterior es sin perjuicio de la *vacatio legis* que considera la propia ley N° 20.571.

realizarse a la red; y v) la capacidad instalada permitida para cada usuario final y por el conjunto de usuarios finales en una misma red de distribución o en un sector de ésta.

114. Respecto de este último aspecto, el inciso 4° del artículo 149° bis señala que la capacidad instalada se determinará tomando en cuenta la seguridad operacional y la configuración de la red de distribución o de ciertos sectores de ésta, entre otros criterios que determine el reglamento. Lo anterior significa que el reglamento podrá establecer criterios adicionales a los señalados en la norma a fin de determinar la capacidad instalada permitida por cada usuario final y por el conjunto de usuarios en una misma red de distribución o en un sector de ésta.

115. Por otra parte, el inciso 5° del artículo 149° bis complementa lo dispuesto en el inciso 3° señalando que corresponderá al reglamento establecer las exigencias para la habilitación de las instalaciones para inyectar excedentes a la red de distribución y para realizar cualquier modificación que implique un cambio relevante en las magnitudes de inyección o en otras condiciones técnicas.

116. Otra materia que la ley N° 20.571 entrega al reglamento dice relación con la valorización de las inyecciones realizadas por medios renovables no convencionales o de instalaciones de cogeneración eficiente cuando ellos se conecten en los sistemas medianos a que se refiere el artículo 173° de la LGSE. En este caso, el inciso 6° del artículo 149° bis es el que se remite al reglamento, señalando que éste deberá fijar los procedimientos para dicha valorización⁹⁰.

117. Por último, la ley N° 20.571 se remite al reglamento en cuanto a la posibilidad de que las empresas eléctricas que efectúen retiros de energía desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 MW consideren la energía inyectada por medios de generación renovables no convencionales por los clientes regulados para cumplir con la obligación de inyectar al sistema una cantidad equivalente al 10% de sus retiros, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 150° bis de la LGSE.

⁹⁰ En los demás casos, las inyecciones deben ser valorizadas al precio que los concesionarios del servicio público de distribución traspasan a sus clientes regulados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 158 de la LGSE.

118. Para estos efectos, el artículo 149° quáter establece que la concesionaria de servicio público de distribución deberá remitir al cliente un certificado que dé cuenta de las inyecciones realizadas (inciso 2°), pudiendo el cliente convenir, directamente, a través de la distribuidora, o de un tercero, el traspaso de las inyecciones a cualquier empresa que efectúe retiros, en el mismo sistema o en otro (inciso 3°). La remisión al reglamento está contenida en el inciso 3° y dispone que éste establecerá los procedimientos que deberán seguirse para el traspaso de los certificados y la imputación de las inyecciones.

119. En los tres casos anteriores no parece haber dudas en cuanto al ámbito de intervención del reglamento: éste deberá regular todo aquello que sea necesario para realizar las disposiciones de la ley, de acuerdo a los criterios y principio que ésta contiene. Las dudas en cuanto al ámbito de intervención del reglamento pueden darse en el otro caso en que la ley N° 20.571 se remite a él, y que será analizado a continuación.

120. El inciso 8° del artículo 149° bis encarga al reglamento establecer las menciones mínimas que debe tener el contrato que celebren el usuario final y la concesionaria del servicio público de distribución a fin de dar aplicación a las normas relativas a inyecciones de energía al sistema. El texto de la norma es el siguiente:

Para efectos de la aplicación de lo establecido en este artículo las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer un contrato con las menciones mínimas establecidas por el reglamento, entre las que se deberán considerar, al menos, el equipamiento de generación del usuario final y sus características técnicas esenciales, la capacidad instalada de generación, la opción tarifaria, la propiedad del equipo medidor, el mecanismo de pago de los remanentes no descontados a que se refiere el artículo siguiente y su periodicidad, y demás conceptos básicos que establezca el reglamento.

121. Del texto de la norma citada precedentemente se pueden extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, el reglamento debe desarrollar los siguientes conceptos básicos: equipamiento de generación del usuario final y sus características técnicas esenciales, capacidad instalada de generación, opción tarifaria, propiedad del equipo medidor, mecanismo de pago de los remanentes no descontados y su periodicidad. Sin embargo, éstos no son los únicos conceptos que el reglamento puede desarrollar, ya que la frase final del inciso remite al reglamento el establecimiento de los “*demás conceptos*”

básicos”, frase que debe entenderse que se refiere a aquéllos que permitan la aplicación de las normas contenidas en el artículo 149° bis (el inciso 8° comienza señalado “Para efectos de la aplicación de lo establecido en este artículo”).

122. De este modo, el reglamento podrá incluir no sólo los aspectos señalados expresamente en la norma antes citada, sino que también otros conceptos básicos relativos al contrato que puedan celebrar los usuarios finales con las concesionarias de servicio público de distribución de energía eléctrica y que sean necesarios de precisar a fin de lograr una correcta aplicación y plena efectividad del artículo 149 bis.

123. En segundo lugar, y además de desarrollar los conceptos antes mencionados, el reglamento deberá determinar las menciones mínimas que deberán tener los contratos que se celebren entre los usuarios finales y las concesionarias de servicio público de distribución. El inciso 8° del artículo 149° bis señala algunas de estas menciones mínimas (el equipamiento de generación del usuario final y sus características técnicas esenciales, la capacidad instalada de generación, la opción tarifaria, la propiedad del equipo medidor, el mecanismo de pago de los remanentes no descontados a que se refiere el artículo siguiente y su periodicidad), pero la enumeración no es taxativa (puesto que expresamente señala “*las menciones mínimas establecidas por el reglamento, entre las que se deberán considerar, al menos*”), con lo que da a entender que las allí expresadas son sólo algunas de las menciones que el reglamento puede considerar.

124. Es en este aspecto donde se podrían establecer en el reglamento otras menciones mínimas que deban tener los contratos que se celebren entre usuarios finales y empresas concesionarias de servicio público de distribución, a fin de restringir al mínimo la posible discrecionalidad que pudiera existir en este ámbito. En este sentido, y de conformidad a lo señalado más arriba en relación a la teoría del complemento indispensable (*cfr.* ¶ 108-110), mientras en el reglamento no se impongan nuevas obligaciones ni se amplíe el ámbito de lo establecido en la ley (artículo 149° bis), podrían precisarse conceptos que estén vagos o incompletos, desarrollarse reglas que hayan sido expuestas sólo a nivel de principios, e incluso establecerse algunas normas relativas a procedimientos siempre que no afecten el contenido sustancial de la norma.

125. La Contraloría General de la República no se ha pronunciado específicamente respecto del ámbito de intervención que puede tener el reglamento en los contratos. Sin embargo, hay dos dictámenes que serán analizados debido a que tienen relación con la materia.

126. En el primero de ellos, los recurrentes solicitaron, entre otras cosas, el pronunciamiento de la Contraloría respecto de la supuesta falta de aplicación de un determinado artículo del Reglamento del Servicio Público Telefónico que establecía que sólo personal de la compañía podía intervenir en equipos o instalaciones de su propiedad, alegándose que la empresa en cuestión, en vez de utilizar a su personal para estos efectos, pretendía externalizar el servicio⁹¹.

127. La Contraloría rechaza el argumento de los recurrentes señalando que la norma sólo tiene por objeto establecer la responsabilidad de la compañía en caso de prestación del servicio, el que incluso puede ser prestado por personas externas, y que no puede entenderse en un sentido diverso toda vez que en virtud de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, no se puede obligar a las compañías a establecer relaciones contractuales determinadas (exigiéndoles que no externalicen el servicio y ocupen personal propio)⁹².

128. En lo que interesa al análisis aquí desarrollado, se puede concluir, por tanto, que la Contraloría establece un límite al ámbito de intervención del reglamento, señalando que éste no puede contener normas que obliguen a sus destinatarios a establecer determinadas relaciones contractuales, pues ello afectaría su libertad para desarrollar actividades económicas consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución.

129. El segundo dictamen tuvo su origen en la presentación de un grupo de empresas eléctricas en la cual señalaban que un decreto del Ministerio de Economía que fijaba las tarifas no consistentes en suministros de energía asociados a la distribución eléctrica no se ajustaba a derecho pues había sido dictado en una oportunidad y de acuerdo a un procedimiento diverso al establecido en la ley y no consideraba los costos de inversión en que había incurrido las empresas para la prestación de los servicios respectivos⁹³.

⁹¹ Contraloría General de la República: Dictamen N° 26.505/2002.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Contraloría General de la República: Dictamen N° 57.151/2005.

130. En lo que interesa para los efectos del presente Informe, la Contraloría, en primer lugar, señala que tanto la resolución exenta que dio origen al procedimiento de revisión de tarifas de los servicios como el decreto que fija las tarifas de los servicios no consistentes en suministros de energía asociados a la distribución eléctrica no se ajustan a derecho, entre otras razones, puesto que el órgano a cargo del proceso (Comisión Nacional de Energía) modificó el procedimiento de fijación tarifaria y los plazos de éste, careciendo de atribuciones legales para ello⁹⁴. En este sentido, señala que

el proceso de determinación de las tarifas de los servicios asociados a la distribución eléctrica constituye un procedimiento reglado, es decir, un conjunto de trámites y actos administrativos vinculados a una determinada decisión de la autoridad a cuyo respecto la ley establece reglas precisas que deben ser respetadas por el órgano emisor, el que en este ámbito carece de facultades discrecionales, sin que pueda apartarse de tales normas ni en lo concerniente a los requisitos de forma y fondo de cada uno de dichos actos, ni en cuanto a la secuencia procesal que los vincula⁹⁵.

131. Asimismo, la Contraloría objeta la legalidad de otras normas contenidas en el decreto impugnado y que se refieren a la obligación de la empresa prestadora del servicio de ofrecer al cliente el cobro en forma de cuotas mensuales, así como la regulación de los intereses que dichas empresas pueden cobrar por el otorgamiento de las cuotas. Afirma que no existe fuente jurídica que autorice a la Administración a regular aspectos propios del ámbito de la libertad contractual.

132. A partir de este dictamen de la Contraloría se puede concluir que otros límites al ámbito de intervención del reglamento serían que éste no puede contrariar los procedimientos y formas establecidos en la ley, que no puede ir más allá de lo que la norma legal autoriza, y que no puede regular aspectos propios del ámbito de la libertad contractual.

133. Por su parte, la jurisprudencia judicial tampoco se ha pronunciado específicamente acerca de cuál debe ser el ámbito de intervención que puede tener el reglamento en los contratos. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago en el fallo de un recurso de protección interpuesto por una empresa de generación, transmisión y venta de energía eléctrica en contra de

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

determinadas normas del Reglamento de la LGSE señala expresamente que las normas establecidas en el reglamento son obligatorias, aun cuando existan contratos celebrados entre las empresas de generación y los particulares que puedan verse afectados por dichas normas⁹⁶. Dicho fallo fue confirmado por la Corte Suprema⁹⁷.

134. La obligatoriedad del reglamento para los particulares se funda en que los reglamentos emanan de la potestad reglamentaria que la Constitución le reconoce al Presidente, que la fuerza del reglamento emana de la ley que ayudan a llevar a efecto, y que los reglamentos que regulan determinadas actividades económicas son de orden público, y por lo tanto, indisponibles para sus destinatarios y de incorporación *automática* a todo contrato⁹⁸.

135. El principal argumento de la empresa recurrente para interponer el recurso de protección era que las normas de calidad de servicios y de estándares de calidad del suministro contra las cuales recurría, le imponían requisitos para el desarrollo de su actividad no contenidos en la ley, afectando contratos en curso con sus clientes. Al respecto, la Corte de Apelaciones señaló que:

las leyes y reglamentos no pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por los particulares y la propiedad no puede significar infringir al ordenamiento jurídico; es por ello que no puede invocarse la propiedad para establecer una suerte de impunidad al ordenamiento jurídico. La relación jurídica en la

⁹⁶ Las normas objeto del recurso fueron los artículos 221 inciso 2° y 224 inciso 2° del Decreto Supremo N° 327 de 1997, del Ministerio de Minería, que fija el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. El artículo 221, inciso 2° establece:

“Todo aquel que proporcione suministro eléctrico, tanto en generación, transporte o distribución, sea concesionario o no, será responsable del cumplimiento de los estándares de calidad de suministro que establecen este reglamento y las normas técnicas pertinentes”.

Por su parte, el artículo 224, inciso 2°, dispone:

“La responsabilidad por el cumplimiento de la calidad del suministro será también exigible a cada propietario de instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o la distribución de electricidad, siempre que operen frente a sus clientes o usuarios, de la calidad del suministro que entrega, salvo aquellos casos en que la falla no sea imputable a la empresa y la Superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor”.

⁹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago: “*Empresa de Generación, Transmisión y Venta de Energía Eléctrica Norgener S.A. con Presidente de la República y otro*”, Rol N° 3.857-98, C. 7°, Confirmada por Corte Suprema, Rol N° 2.472-99

⁹⁸ Carmona, n. 75, p. 175.

producción de energía eléctrica es entre el órgano de la administración del Estado con la empresa generadora; luego no son sujetos de ella los terceros que se puedan vincular con las empresas. Es por ello que Norgener no puede oponer a la administración contratos que pactó con sus clientes⁹⁹.

136. Del fallo antes mencionado se puede concluir que existen determinadas materias, como son las normas de calidad de servicio y de estándares de calidad del suministro, que el reglamento sí puede regular y que resultan obligatorias para las empresas y los particulares, aún en sus relaciones contractuales, pues son materias de orden público.

137. Ahora bien, de lo expuesto se deduce que para la implementación efectiva de la ley N° 20.571 existen materias que probablemente no puedan ser reglamentadas. En estos casos, la deficiencia detectada puede resolverse de acuerdo a la forma que se propone a continuación.

c. La potestad del TDLC de dictar instrucciones¹⁰⁰

138. Para la regulación de aspectos contractuales que puedan afectar la competencia en los mercados, el Decreto Ley N° 211, de 1973, ley de la competencia, contempla un mecanismo de potestad normativa para el TDLC. Al respecto, el artículo 18 N° 3 del DL 211 establece que:

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

...

3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella

139. Esta potestad normativa para dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley existe en nuestra legislación desde el año 1959, con la ley N° 13.305¹⁰¹. Posteriormente, entre los años 1974 y 2004, esta potestad

⁹⁹ Idem., n. 97.

¹⁰⁰ Esta sección está parciamente basada en el Informe en Derecho *Alcances y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, elaborado por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en julio de 2011. Dicho informe fue acompañado ante el TDLC y es público. No se hará la cita en cada uno de dichos numerales a fin de no abultar las notas al pie de página.

¹⁰¹ De acuerdo a lo establecido en el artículo 175 de la ley N° 13.305, una de las atribuciones de la Comisión Antimonopolio era:

correspondió a la Comisión Resolutiva, la que en ejercicio de la misma dictó diversas instrucciones generales para el mercado de la telefonía, eléctrico, aéreo, entre otros¹⁰².

140. La doctrina ha reconocido el carácter *no jurisdiccional* de esta potestad regulatoria del TDLC, señalando que:

Se trata de una potestad de naturaleza extrajurisdiccional que comprende la dictación de disposiciones externas, generales y permanentes que (...) son vinculantes para quienes ejecuten o celebren actos o contratos determinados que tuvieren relación con la libre competencia en mercados específicos o pudieren atentar en contra de ella¹⁰³.

“d) Dictar pautas de carácter general a las cuales puedan ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren estar sujetos a las disposiciones de esta ley.”

¹⁰²Algunas de las resoluciones de la Comisión Resolutiva que contienen instrucciones son la Resolución N° 389 de 1993, establece condiciones o medidas para la participación de compañías telefónicas locales en el mercado de larga distancia nacional e internacional; Resolución N° 445 de 1993, establece instrucciones generales destinadas a otorgar transparencia al mercado aéreo nacional; Resolución N° 488, de 1997, establece instrucciones generales destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico.; Resolución N° 496 de 1997, establece instrucciones para el cumplimiento del plan de autorregulación tarifario para los mercados aéreos nacionales de pasajeros, presentado por LAN Chile S.A. y LADECO S.A.; Resolución N° 513 de 1998, establece instrucciones sobre fijación de tarifas por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor; Resolución N° 556 de 2000, establece instrucción sobre operaciones interbolsas y eliminación de “peaje interbolsas”; Resolución N° 620 de 2001, realiza una prevención sobre pago de primas en procesos de licitación de suministro eléctrico; Resolución N° 634 de 2001, establece instrucciones de carácter general sobre difusión de condiciones de comercialización para laboratorios de producción farmacéutica, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos; Resolución N° 650 de 2002, establece una instrucción general sobre publicación de tarifas de rellenos sanitarios y estaciones de transferencia-Región Metropolitana; Resolución N° 666 de 2002, establece instrucciones generales sobre información que deberá proporcionar toda persona que habitualmente conceda créditos al público en general o a un sector del mismo; Resolución N° 667 de 2002, establece instrucciones generales sobre contratación de suministro a empresas distribuidoras de electricidad; Resolución N° 692 de 2003, establece prevención respecto de compañías que operan en el mercado de transporte aéreo nacional de pasajeros.

¹⁰³ Javier Velozo y Daniela González “Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en AA.VV. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, (ed.). *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Thomson Reuters, Santiago, 2011), p. 46.

141. La potestad normativa del TDLC como órgano regulador del comercio es equivalente, en su naturaleza, a la potestad normativa de las agencias regulatorias, específicamente a la de las superintendencias.

142. Si se analiza la potestad normativa de las superintendencias en nuestro ordenamiento jurídico, se puede apreciar que ella presenta características que son comunes. En primer lugar, es una potestad establecida por ley; en segundo lugar, es obligatoria sólo para los sujetos regulados; en tercer lugar, presenta una consagración legal bastante amplia, por lo que su ámbito de competencia suele encontrarse limitado exclusivamente por el ámbito de competencia de la respectiva superintendencia; y por último, el incumplimiento de las normas dictadas en el ejercicio de esta potestad puede ser sancionado, lo que implica que éstas tienen fuerza coercitiva.

143. La potestad normativa del TDLC de dictar “instrucciones generales”, consagrada en el artículo 18° N° 3 del DL 211, es similar a la potestad normativa de las superintendencias, ya que comparte todas las características señaladas previamente. En primer lugar, ha sido establecida por ley (artículo 18° N° 3 del DL 211); en segundo lugar, sólo obliga a los particulares en los actos que ejecuten o celebren que tengan relación con la libre competencia; en tercer lugar, utiliza la misma voz usada generalmente al describir la potestad normativa de las superintendencias, esto es, “instrucción”, y se encuentra consagrada de manera general, de tal forma que su ámbito de competencia se encuentra delimitado por el ámbito de competencia del mismo tribunal, esto es, el resguardo de la libre competencia en los mercados en los términos del artículo 2° del DL 211; y finalmente, gozan de fuerza coercitiva, como lo ha reconocido la Corte Suprema¹⁰⁴.

144. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, es necesario acotar que la similitud de características entre la potestad normativa de las superintendencias y la potestad del TDLC no se basa solamente en el hecho de que compartan las mismas características, sino que especialmente en la función que ambos órganos cumplen como entes reguladores de la economía.

145. Además de las características antes mencionadas, la doctrina ha señalado que la potestad regulatoria del TDLC responde a la *amplitud* del ilícito anticompetitivo del DL 211; es decir, a una concepción amplia del

¹⁰⁴ Corte Suprema, Rol N° 6.359 de 2005.

mismo¹⁰⁵. Asimismo, se ha señalado que dicha potestad constituye una regulación directa a los particulares a quienes se dirige la instrucción:

las normas emitidas en ejercicio de la potestad en análisis *deben ser entendidas como una regulación directa y continua para los agentes económicos que participan en los mercados* donde, debido a su estructura y características, existen riesgos significativos de conductas anticompetitivas¹⁰⁶.

146. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, es necesario tener presente que las instrucciones de carácter general, como *regulación directa*, no necesariamente se refieren a conductas anticompetitivas en los términos establecidos en el DL 211, en consideración a las características del mercado.

147. En efecto, el artículo 18° N° 3 del DL 211, dispone que el TDLC puede dictar las instrucciones de carácter general “*que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*”. Ello significa que no es requisito *sine qua non* que la conducta regulada por el TDLC sea contraria a la competencia, o tenga esa potencialidad (“*pudiere*”), sino que incluso basta que ella *tenga relación* con la libre competencia. A este respecto, la doctrina ha señalado que:

No es una exigencia jurídica que los actos o convenciones que sean regulados en uso de esta potestad necesariamente constituyan infracciones en sí mismas, pues el tenor literal del artículo 18° N° 3 del D.L. N° 211 es claro cuando distingue que los actos o contratos objeto de la regulación pertinente deben tener “relación con la competencia” o bien la potencialidad de “atentar contra ella”¹⁰⁷.

148. Otra característica de las instrucciones de carácter general, que puede ser aplicable a las instrucciones del TDLC, es que ellas cumplen un rol de certeza jurídica, previsibilidad y eficiencia¹⁰⁸. Al respecto, se ha señalado que :

¹⁰⁵ Velozo y González, n. 103, p. 47.

¹⁰⁶ Idem. Las cursivas son nuestras.

¹⁰⁷ Idem., p. 48-49

¹⁰⁸ Jorge Streeter Prieto, Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia. Documento de Trabajo, (Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, Septiembre 2001), p. 27:

Hay actuaciones administrativas y judiciales que, si se realizan con respeto de los principios antes mencionados, son muy eficientes para crear ese grado de certidumbre o seguridad jurídica que es necesario para el buen funcionamiento del régimen económico. En el orden administrativo, la función consultiva y la emisión de instrucciones generales están en este caso;

Las instrucciones y las comunicaciones de carácter general presentan la indudable ventaja de que, mediante ellas, la autoridad administrativa hace ver a todas las personas la forma en que la propia autoridad procederá en el futuro, con lo cual hace previsible su conducta y, en virtud de la llamada doctrina de los actos propios, queda vedada, durante la vigencia de las instrucciones o comunicaciones de que se trate, de modificar su actuación en perjuicio de los administrados¹⁰⁹.

149. Determinada la naturaleza de la potestad normativa del TDLC, es necesario referirse a la relación entre estas instrucciones y las demás normas de nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, se ha discutido acerca de la conformidad de la potestad regulatoria del TDLC con la Constitución. Se ha señalado que esta potestad de dictar instrucciones generales infringiría la Constitución, al tratarse de un ámbito propio de ley (artículo 63, CPR) o bien que se trataría de una potestad reglamentaria propia del Presidente de la República (artículo 32 N° 6 CPR)¹¹⁰.

150. Sobre este tópico, el Tribunal Constitucional se pronunció al realizar el control de constitucionalidad del proyecto de ley que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y declaró la constitucionalidad del artículo 18 N° 3 (artículo 17 C, N° 3 del proyecto)¹¹¹.

151. De esta forma, un primer límite de las instrucciones del TDLC lo constituye el ámbito que la Constitución ha reservado a la ley. Esto es totalmente coherente con lo establecido en el mismo artículo 18 N° 3 del DL 211, el cual señala que las instrucciones deben ser dictadas “*de conformidad a la ley*”.

152. Por otra parte, las instrucciones del TDLC no pueden contradecir las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, es decir, son de rango inferior a éstas. Lo anterior, debido a que la norma habilitante de la potestad reglamentaria del Presidente es la

en el orden judicial, por cierto, miramos a una jurisprudencia razonablemente uniforme fundada en el respeto al precedente.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 30. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁰ El alegato sobre la inconstitucionalidad de la potestad otorgada al TDLC surgió durante la tramitación ley N° 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹¹¹ Tribunal Constitucional: Sentencia Rol N° 391 de 7 de octubre de 2003.

Constitución (artículo 32 N° 6), mientras que la norma que da origen a la potestad normativa del TDLC es la ley (artículo 18 N° 3 DL 211).

153. Luego, el hecho que el TDLC no pueda dejar sin efecto normas legales ni reglamentarias, sino sólo proponer su modificación al Presidente de la República (en conformidad a lo dispuesto en el artículo 18° N° 4, DL 211), pone en evidencia la subordinación de las instrucciones generales respecto de la potestad reglamentaria:

la potestad reglamentaria, de ejecución y autónoma, primará sobre las facultades normativas del TDLC, pues éste carece de atribuciones para modificar o dejar sin efecto por vía de Instrucciones Generales el marco normativo vigente¹¹².

154. A modo de resumen, se puede señalar que la potestad normativa del TDLC es una potestad equivalente a las de las superintendencias, que se encuentra establecida por ley, que obliga sólo a los particulares, cuyo ámbito de competencia se encuentra delimitado por el ámbito de competencia del TDLC, y que posee una jerarquía inferior a la ley y al reglamento.

d. Potestad normativa del TDLC y regulación eléctrica

155. Una vez analizados los elementos de la potestad normativa del TDLC, a continuación se examinará la relación que existe entre dos regulaciones sectoriales específicas -telecomunicaciones y eléctrica- y la dictación de instrucciones por parte de organismos de la libre competencia, a fin de determinar si la dictación de instrucciones de carácter general por parte del TDLC permitiría *complementar* la regulación sectorial existente, especialmente ante la imposibilidad de que el reglamento de ejecución de la ley N° 20.571 pueda abordar materias de carácter contractual no cubiertas por la LGSE.

156. En materia de telecomunicaciones, si bien de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), corresponde a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) determinar el sentido de las disposiciones que informan el marco regulatorio técnico de las telecomunicaciones¹¹³, existen otras materias que escapan a su ámbito de competencia. Así lo ha señalado la Contraloría General de la República:

¹¹² Velozo y González, n.103, p. 54.

¹¹³ Contraloría General de la República: Dictamen N° 26.505/2002.

en el evento de entender que las firmas a que se refiere [el artículo 35, Decreto N° 425, de 1996, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Reglamento del Servicio Público Telefónico] se encuentran obligadas a establecer relaciones contractuales determinadas, se vulneraría la garantía constitucional establecida en el N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por cuanto limitaría la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, al margen de que el cuerpo reglamentario citado tiene por objeto, de acuerdo a la letra e) de sus considerandos, "aclarar y precisar los derechos y obligaciones de los suscriptores del servicio público telefónico, respecto de las concesionarias de servicio público telefónico...", y no regular las relaciones contractuales que las empresas concesionarias para prestarlo, las cuales se sujetan a las normas generales¹¹⁴.

157. En este sentido, si bien la SUBTEL está habilitada legalmente para desarrollar el marco regulatorio técnico de las telecomunicaciones, no lo está para imponer el contenido de relaciones contractuales de empresas concesionarias. En cambio, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18° N° 3 del DL 211 y el artículo 6° de la LGT, el TDLC sí cuenta con habilitación normativa expresa para dictar regulaciones imperativas que *deben* considerarse por los particulares en los *actos o contratos* que ejecuten o celebren - típicamente una materia del 19° N° 21 de la Constitución-; mientras que carece de dicha atribución para establecer el marco regulatorio técnico de la industria de las telecomunicaciones.

158. Por otra parte, en materia eléctrica y en lo que respecta a la interacción de instrucciones generales y regulación sectorial específica, el TDLC ha dictado tres instrucciones a la fecha (Instrucción N° 1/2006, *Instrucción sobre Residuos Domiciliarios*; Instrucción N° 2/2012, *Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "Tarifas on-net / off-net" y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones*; Instrucción N° 3/2013, *Modificaciones a las Instrucciones de carácter general N°1/2006*), proviniendo la mayor parte de las instrucciones de la institucionalidad antecesora al TDLC.

159. Un análisis de las instrucciones de carácter general sobre licitaciones de suministro eléctrico emitidas por la Comisión Resolutiva¹¹⁵ demuestran que

¹¹⁴ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁵ Al respecto, ver las siguientes resoluciones de la Comisión Resolutiva: Resolución N° 488, de 1997, sobre *Integración Vertical en el SIC*; Resolución N° 620, de 2001, *Denuncia de Edelnor con Emelari y otros*; y Resolución N° 667, de 2003, sobre *Integración Vertical II*.

esta potestad normativa se ha ejercido por los órganos de la competencia: (i) ante ausencia de regulaciones que pudieran afectar la competencia; (ii) existiendo regulaciones sectoriales, las instrucciones preexistentes perviven en todo lo no cubierto por dicha norma reglamentaria, (iii) abarcando aspectos contractuales de quienes son regulados por la instrucción (verbigracia: compra de un insumo y modalidad de adquisición, pese a existir precios regulados, y el traspaso del menor precio en la compra al usuario), y (iv) finalmente, complementando las regulaciones dictadas incluso en cumplimiento de instrucciones previas.

160. Lo anterior es confirmado por la doctrina, la cual considera que, para el caso de mercados regulados, el espacio para la dictación de instrucciones de carácter general permite complementar la regulación sectorial existente. Al respecto, se ha señalado que

en lo tocante a los mercados regulados (...) las Instrucciones Generales pueden complementar la regulación reglamentaria en aquellos ámbitos que ésta última ha dejado para la libre actuación de los agentes económicos regulados¹¹⁶.

161. De este modo, se aprecia que, para los órganos de la competencia, las instrucciones de carácter general perviven en todo lo no sea incompatible con normas posteriores especiales y de jerarquía superior.

e. Potestad normativa del TDLC y aplicación de la ley N° 20.571

162. Analizada la potestad normativa del TDLC, es necesario considerar si ella tiene cabida en el marco de lo dispuesto en la ley N° 20.571, específicamente en su artículo 149° bis inciso 8°, referido a los contratos que se celebren entre los usuarios finales y las concesionarias de servicio público de distribución por las inyecciones de energía que los primeros realicen al sistema.

163. Si bien la norma antes mencionada no hace referencia a la materia, es posible sostener que los contratos que se celebren entre usuarios finales y empresas distribuidoras eléctricas concesionarias de servicio público, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149° bis, pueden quedar sujetos a la potestad normativa del TDLC. Lo anterior, dado que el ámbito de dicha

¹¹⁶ Velozo y González, n. 103, p. 55

potestad es amplio y se refiere no sólo a aquellas conductas que sean contrarias a la libre competencia, sino que también a todo acto o contrato que diga relación con ella.

164. Las instrucciones que al efecto dicte el TDLC en la materia deberían perseguir la promoción de la competencia y tener un rol preventivo general de posibles conductas contrarias al DL 211, más que un rol correctivo o represivo particular¹¹⁷. Asimismo, no podrían contrariar la ley (LGSE) ni el eventual reglamento que se dicte para ejecutarla y a cuyo contenido se hizo referencia en otra sección de este informe. Por último, tampoco podrían significar una invasión al ámbito propio de las competencias de la SEC y demás órganos a los que se refiere el artículo 9° de la LGSE.

165. Por otra parte, el problema regulatorio expuesto más arriba respecto del acceso por parte de las OUA a la red de las distribuidoras, y el beneficio para éstas que contempla la ley N° 20.571, podría abordarse como un tema de competencia, requiriendo el ejercicio de la potestad normativa del TDLC.

166. En efecto, además de los problemas potenciales en materia de acceso a la red ya señalados, una OUA, al agrupar a agentes económicos con derechos de agua, puede constituir un acuerdo de cooperación a la hora de inyectar a las redes de distribución. En otra escala, esto es lo que ocurrió con la consulta de Endesa y Colbún ante el TDLC (*cf.* Resolución N° 22/2007).

167. Además, es preciso destacar la constante preocupación de los órganos de libre competencia respecto al agua y los derechos de aprovechamiento como insumo necesario para la generación eléctrica de base, con costos variables bajos, *vis-a-vis* aquellas con costos más altos. Tal preocupación aparece, por ejemplo, en *Consulta Endesa y Colbún*¹¹⁸, aunque

¹¹⁷ El rol preventivo de la potestad normativa del TDLC se desprende de los artículos 1°, 2° y 3° del DL 211.

¹¹⁸ En la Resolución N° 22/2007, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia manifiesta que:

considerando la concentración en este mercado, las indivisibilidades en la inversión en generación y las eventuales barreras a la entrada en las tecnologías de menor costo variable -llamadas de base porque están en operación la mayor parte del tiempo-, persisten eventuales riesgos de sub-inversión o bien de retraso de inversión en estas tecnologías, con efectos similares a una restricción de la oferta. En efecto, cada vez que un generador con inversiones importantes en el sistema evalúe la construcción de una

también en forma general respecto del mercado de derechos de aguas no consuntivos, como ocurre en la Resolución N° 18/2006, *Consulta de la CNE sobre derechos de agua*, que es tributaria del Dictamen N° 992, de 1996, de la Comisión Preventiva Central:

Que, en síntesis, el actual sistema de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas, contenido en el nuevo Código de Aguas, si bien es un avance, no resuelve en plenitud los problemas de competencia que pueden originarse con el acaparamiento del recurso, especialmente cuando corresponde a un insumo esencial para la generación hidroeléctrica, y, en consecuencia, siguen existiendo barreras de entrada relevantes en ese sentido¹¹⁹.

168. Como hemos expuesto previamente, como ocurriera en su oportunidad con el mandato para efectuar licitaciones de suministro (Resolución N° 488/1997), el alcance de la potestad normativa del TDLC puede abordar vacíos regulatorios motivados en problemas de competencia en el sector eléctrico. En este caso, pudiera ser el acceso de las OUA a la red de la distribuidora como generadoras residenciales.

nueva planta, considerará, además de la rentabilidad de ésta por sí sola, la reducción en el precio de generación que conlleve tal inversión y, por tanto, la consiguiente disminución en utilidades de sus instalaciones ya existentes. ... Esta estrategia no será factible en la medida que las barreras a la entrada a la tecnología de base sean bajas y que, en consecuencia, la amenaza de que un competidor haga el proyecto lo enfrente a la posibilidad de asumir esas pérdidas sin obtener las utilidades del nuevo proyecto.

Por lo tanto, es relevante analizar las barreras a la entrada especialmente en el segmento de generación constituido por aquellas tecnologías que operan en la base del sistema, puesto que el mayor riesgo anticompetitivo del mercado de generación eléctrica es que se posterguen inversiones en las tecnologías de base. Para ilustrar este punto, se puede pensar en una situación en que existen dos tecnologías: una de altos costos variables y sin restricciones a la entrada, y otra de bajos costos variables con barreras a la entrada. En este escenario, cuando un generador con altas inversiones en el mercado desea evaluar si invertir o no en una central generadora de base, deberá comparar (a) las ganancias adicionales que obtendrá de esta nueva inversión con (b) las menores utilidades que podría obtener en el resto de sus plantas generadoras. En el caso en que sólo éste productor tenga acceso a la tecnología de bajo costo variable, decidirá construir su nueva planta sólo si la comparación señalada arroja utilidades; en caso contrario, postergará la inversión.

¹¹⁹Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N° 18/2006, C. 17°.

Es cuanto podemos informar. Quedamos a su disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe.

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas

Director
Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile

Ezio Costa Cordella

Investigador
Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile

Verónica García de Cortázar

Investigadora
Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile

Santiago, 31 de julio de 2013 