

XV Jornadas de Derecho de la Energía
Agosto 2015

P.U. Católica de Chile

Problemas de las Cláusulas Arbitrales en
Contratos de Suministro de Energía
Licitados para Clientes Regulados

Rodrigo Castillo M
Abogado

El dilema de los segmentos regulados

- La regulación de los mercados es una excepción a la regla general de libertad económica, y este carácter es en sí mismo una complejidad para nuestro sistema jurídico.
- Sin embargo, sus complejidades intrínsecas se maximizan cuando, en un mismo mercado, conviven segmentos regulados con otros sujetos al régimen general de libertad.
- En el sector energético Chileno convivimos a diario con esta complejidad, en los puntos de encuentro entre los segmentos regulados – distribución – transmisión – y el segmento libre – Generación.

Las Licitaciones de Suministro y su carácter jurídico (I)

- De acuerdo a la legislación eléctrica chilena, desde sus comienzos a principio de los años 80's, los precios que se cobran a clientes regulados tienen el carácter de regulados. Los mismos son fijados por el Estado a través de los decretos de precio de nudo que se dictan semestralmente.
- El sistema de Licitaciones de Suministro creado por la Ley Corta II no modificó el carácter de regulado de los precios a clientes finales, sino la manera en que los mismos se construyen. De hecho, los precios a ser transferidos a clientes finales siguen siendo fijados semestralmente por el Estado.

Las Licitaciones de Suministro y su carácter jurídico (II)

- Visto desde esta perspectiva, las licitaciones de suministros eran (con anterioridad a la última modificación legal) y son hoy de manera aun más explícita, un mecanismo regulado por el Estado para fijar el precio de compra de energía por parte de las empresas distribuidoras para sus clientes sujetos a regulación tarifaria.
- Las Licitaciones de suministro son, por lo tanto, de manera indubitada un mecanismo que forma parte del sistema de regulación de tarifas, desde la perspectiva del comprador, sin embargo, queda abierta la pregunta acerca de las consecuencias de este carácter regulado para los “oferentes” en este sistema de licitaciones de suministro.
- Un análisis armónico de la legislación, y de los principios que rigen el modelo regulatorio del sector nos indica que las empresas oferentes tienen amplia libertad para presentarse o no a las licitaciones de suministro para clientes regulados, sin embargo, una vez que se han adjudicado una parte de la energía ofrecida en el proceso, la relación que la vincula a las empresas distribuidoras “adquirentes” de la energía es una relación sujeta a regulación estatal y por lo tanto NO regida exclusivamente por las normas generales del derecho.

El Contrato de Suministro Licitado

- Para efectos de establecer la naturaleza jurídica exacta de la relación que vincula a una empresa distribuidora y una empresa generadora que participan de una licitación pública de suministro para clientes regulados, se debe estar “preferentemente” a la naturaleza jurídica del Contrato que las vinculará una vez adjudicados los bloques de energía y firmados los acuerdos respectivos.
- Parece indudable que estos contratos pueden ser descritos bajo la hipótesis de “Contratos Forzados” detallada por Lopez Santa María. Y que dentro de las dos categorías posibles que el autor distingue, se trataría de un **Contrato Forzoso Heterodoxo**, en cuanto existe, desde la perspectiva de al menos una de las partes, una pérdida completa de la libertad contractual. Esta naturaleza “forzosa heterodoxa” es reafirmada por las últimas modificaciones a la legislación sobre licitaciones de suministro, en cuanto deja en manos de la autoridad regulatoria la totalidad de los elementos propios de la decisión “contractual”.
- Desde la perspectiva de la empresa distribuidora, tanto la necesidad de contratar, como todos los elementos de la esencia e incluso accidentales de la relación contractual le son impuestas por la autoridad. Así, la empresa distribuidora contratará los suministros con aquellas empresas que resulten adjudicatarias de cada licitación, en los montos, a los precios y en las condiciones contractuales establecidas en la Ley, los reglamentos y las bases de Licitación. Lo anterior incluye, desde ya, el que el contrato mismo a ser celebrado es una parte integrante de las bases de licitación dictadas por la autoridad.
- Sin embargo, esta realidad que a la luz de las últimas modificaciones a la Ley se transforma en totalmente indiscutible, en la práctica era idéntica con la anterior legislación, pues si bien la responsabilidad explícita de las licitaciones NO recaía en la Comisión Nacional de Energía, en la práctica el hecho de que esta autoridad debía aprobar las bases propuestas por las empresas concesionarias transformaba, jurídica y prácticamente a las bases de licitación en un acto de autoridad.

Las Cláusulas Arbitrales en Contratos Licitados

- En honor al tiempo...

- Las cláusulas arbitrales en cualquier contrato forzoso, cuya naturaleza jurídica es la de dar lugar a una tarifa regulada, cual es el caso que nos ocupa, NO puede dejar al arbitrio de un tercero, mucho menos privado, la determinación de aquellos aspectos de la relación contractual que NO están disponibles para las partes.
- De esta manera, todos los aspectos relativos a la “fijación” definitiva de los precios de transferencia a los clientes finales, así como la determinación de la manera en que se establecen los volúmenes de energía y puntos de referencia de compra – todos estos aspectos sujetos a regulación – necesariamente deben quedar fuera de cualquier intervención arbitral, **pues los mismos NO afectan a las partes privadas contratantes sino justamente a aquellos sujetos que al NO ser parte de esta relación, pero ser afectados directamente por la misma, son representados en sus intereses por el Estado.**
- Sin embargo, y con miras igualmente a proteger el resultado de los procesos licitatorios en pos de mejores resultados, es bienvenido un mecanismo que – dentro de la regulación – y no por vía arbitral, permita dar certeza a la parte vendedora respecto de futuras modificaciones a la regulación que pudieren alterar los precios ofertados.

Muchas gracias