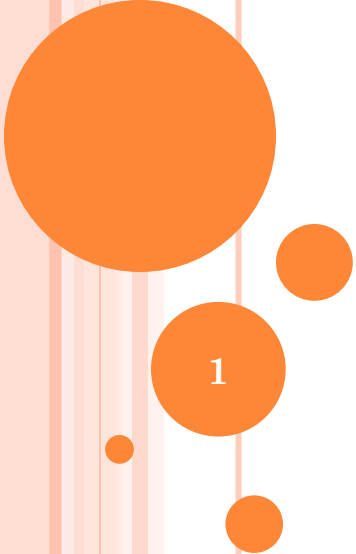


EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS SERVICIOS DE GAS, EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y LA LIBRE COMPETENCIA.



1

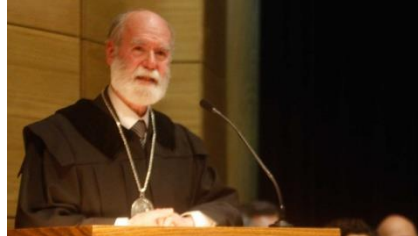
Felipe Lizama Allende.
Facultad de Derecho
UDD.

CUESTIONES PREVIAS.

- Proyecto de ley que modifica la ley de Servicios de Gas y otras disposiciones legales que indica (Legislatura N° 362, Bol. 9098-08)
- El proyecto de ley que pretende modificar la actual normativa en materia de servicio de gas por red, encuentra su origen en un objetivo concreto, cual es llenar los vacíos legales que se observaron durante el proceso de chequeo de rentabilidad llevado a cabo por la Comisión Nacional de Energía bajo la actual legislación, respecto de las concesionarias de gas por red para el período 2012-2013.
- TDLC, parte resolutive NC N° 426-14: “No es posible verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para solicitar, al Ministerio de Energía, la fijación de las tarifas de suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de la zona de concesión de Metrogas S.A. que individualmente consume menos de cien Gigajoule”.



PREMISAS DE ESTA PONENCIA



- La técnica concesional de gas por red es previa a la actual institucionalidad conocida como Orden Público Económico. (DFL 323)
- A nuestro juicio constituye una “autorización”, más que una “concesión”.
- “Hoy el Derecho Administrativo ya no es sólo el derecho del Estado Administración de antaño: hoy es además el derecho administrativo del principio de subsidiariedad y de la Libertad de acceso a las actividades económicas por los particulares: ya no puede ser comprendido como el derecho de la discrecionalidad administrativa, o de la voluntad del agente administrativo, por bien intencionada que parezca ante los fines sociales, sino que el derecho administrativo de hoy, de frente a los servicios públicos, es el de los procedimientos reglados, con discrecionalidad reducida a cero; con unos “derechos subjetivos públicos” que ha diseñado la Constitución y que intenta recoger la legislación y la doctrina”.
- “El derecho reconocido en el artículo 19 N° 21 es de contenido tan vasto, como consecuencia de su recepción en el texto constitucional en términos amplios, que comprende la iniciativa y prosecución indefinida de “cualquiera” actividad económica, sea extractiva, productiva, comercial, de intercambio, financiera o de servicios, por ejemplo, y ello tanto dentro del país como en el ámbito internacional”

¿CÓMO OPERA LA CONCESIÓN?

- Teniendo existencia legal las empresas productoras y distribuidoras de gas para alumbrado y usos industriales, establecidas con anterioridad a esta ley, serán autorizadas por el Presidente de la República, quién dictará el decreto de concesión respectivo. (art. 3)
- El Presidente de la República resolverá acerca de las solicitudes de concesión de empresas nuevas, previo informe de la Superintendencia. (art. 7)
- **Importante:** Las concesiones a que se refiere el presente Título no constituyen monopolio.(art. 14)
- Ante incumplimiento, caducidad (art. 18), con un contencioso administrativo especial ante I.C.A.

ACTUAL RÉGIMEN TARIFARIO EN LA CONCESIÓN

- Las empresas de gas que realicen suministro de este producto a consumidores, o entre sí, fijarán los precios o tarifas del suministro de gas y de los servicios afines que correspondan. El esquema tarifario que establezca libremente cada empresa de servicio público de distribución deberá determinar sectores de distribución en los cuales los precios de venta a consumidores, con consumo de similares características, sean los mismos, de tal forma que no se produzca discriminación entre ellos. (art. 30)
- No obstante lo señalado en el artículo anterior, la Comisión Resolutiva, creada por decreto ley N° 211, de 1973, podrá emitir una resolución solicitando al Ministerio de Energía la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de una determinada zona de concesión de servicio público de distribución de gas que individualmente consuma mensualmente menos de 100 Gigajoule. (art. 31)
- Para los efectos de la aplicación de lo señalado en el artículo 31°, los bienes de una zona de concesión obtienen una tasa de rentabilidad económica superior en cinco puntos porcentuales a la tasa de costo anual de capital definida en el artículo 32°, si resulta superior a cero el flujo neto calculado para los suministros de gas efectuados mediante las instalaciones de distribución, en el año calendario inmediatamente anterior al que se realiza el chequeo de la rentabilidad. (art. 33)

¿QUÉ ESTABLECE EL ACTUAL PROYECTO DE LEY?

- 1. Mantiene tarifa libre (art. 30)
- 2. 25. Intercálase, a continuación del artículo 30, el artículo 30 bis:
 - “Artículo 30 bis. No obstante lo señalado en el artículo anterior, **las empresas concesionarias estarán sujetas a una tasa de rentabilidad económica máxima para una determinada zona de concesión equivalente a tres puntos porcentuales sobre la tasa de costo de capital definida en el artículo 32.** Esta tasa de rentabilidad se calculará como el promedio simple de las rentabilidades anuales obtenidas en los últimos tres años. **La Comisión deberá efectuar anualmente un chequeo de rentabilidad de las empresas concesionarias** por zonas de concesión a objeto de determinar si exceden el límite máximo de rentabilidad señalado en el inciso anterior”.
- 3. 26. Reemplázase el artículo 31 por el siguiente:
 - “Artículo 31. En caso que, de conformidad a los resultados del Informe Definitivo de Rentabilidad Anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, la rentabilidad económica promedio de los últimos tres años de una empresa concesionaria en una determinada zona de concesión **exceda la tasa máxima señalada en el artículo anterior, la Comisión deberá dar inicio, en el plazo señalado en el artículo 40-K, al proceso de fijación de tarifas** del servicio de gas y servicios afines aplicables a los consumidores o clientes de dicha empresa en una determinada zona de concesión (...) Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, en caso que la rentabilidad económica de una empresa concesionaria exceda en hasta cero coma dos puntos porcentuales la tasa máxima permitida a que hacer referencia el artículo 30 bis, **dicha empresa podrá mantenerse en un régimen de libertad tarifaria, siempre y cuando realice las devoluciones a las que se refiere el artículo 31 bis aumentadas en un cincuenta por ciento**, en el plazo que determine el reglamento. (...) La empresa concesionaria sujeta a fijación de tarifas podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...) el término del régimen de fijación tarifaria”.

¿QUÉ ESTABLECE EL ACTUAL PROYECTO DE LEY?

- 4. 28. Reemplázase el artículo 32 por el siguiente:
 - “Artículo 32. La tasa de costo anual de capital que deberá utilizarse para los fines establecidos en esta ley **será calculada por la Comisión cada cuatro años.** Para determinar esta tasa deberá considerarse el riesgo sistemático de las actividades propias de las empresas concesionarias de servicio público de distribución de gas en relación al mercado, la tasa de rentabilidad libre de riesgo, y el premio por riesgo de mercado ...”
- 5. 30. Intercálase, a continuación del artículo 33, los siguientes artículos 33 bis, 33 ter y 33 quáter:
 - “Artículo 33 bis. En el mismo plazo señalado en el inciso séptimo del artículo 32, la Comisión **deberá licitar el estudio cuatrienal al que se refiere el artículo anterior.**
 - Dentro de los quince días hábiles siguientes de finalizado dicho estudio, la Comisión emitirá un informe técnico preliminar con los bienes de la empresa concesionaria que serán considerados eficientes para efectos del chequeo de rentabilidad por zona de concesión, el plan de expansión eficiente en redes de distribución y la definición de los criterios mínimos de eficiencia que se utilizarán para la depuración de los costos de explotación de la empresa concesionaria, el que podrá ser observado por las empresas concesionarias y por las asociaciones de consumidores a que se refiere la ley N°19.496 dentro de los diez días hábiles siguientes al de su notificación. Vencido el plazo anterior, la Comisión dispondrá de quince días hábiles para emitir su Informe Definitivo.
 - En caso de subsistir discrepancias relativas a la determinación de los bienes de la empresa concesionaria que serán considerados en el chequeo de rentabilidad por zona de concesión, el plan de expansión eficiente en redes de distribución y los criterios mínimos de eficiencia que se utilizarán para la depuración de los costos de explotación de dicha empresa anualmente en dicho chequeo, **las empresas concesionarias y las asociaciones de consumidores a que se refiere la ley N°19.496 dispondrán de diez días hábiles para presentarlas ante el Panel,** el cual deberá emitir su dictamen dentro del plazo de treinta días hábiles contados desde la presentación de la o las discrepancias.
 - Si no se presentaren discrepancias o emitido el dictamen del Panel, en su caso, la Comisión deberá, antes del 31 de diciembre, mediante resolución exenta, fijar los bienes de la empresa concesionaria que serán considerados en el chequeo de rentabilidad por zona de concesión, el plan de expansión eficiente en redes de distribución y los criterios mínimos de eficiencia que se utilizarán para la depuración de los costos de explotación de dicha empresa para el cuatrienio siguiente.”

EFECTOS DE LA NUEVA PROPUESTA LEGISLATIVA

- **1.- Se introduce un sistema indirecto de fijación de precios y sanción a la utilidad.**
- El proyecto de ley en trámite, debía cumplir con un objetivo concreto, llenar los vacíos normativos para propender a un chequeo periódico de la rentabilidad experimentada por las concesionarias.
- El proyecto de ley optó por alejarse de dicho objetivo rediseñando el modelo institucional consagrado en el D.F.L. N° 323, sin que dicha cuestión hubiere sido definida por el TDLC como necesaria en su análisis de la actual legislación.
- Así, el proyecto de ley elimina la competencia del TDLC para conocer de una potencial vulneración a la libre competencia por parte de una concesionaria que excedió de la rentabilidad establecida legalmente.
- El proyecto dispone sancionar la rentabilidad obtenida por las concesionarias per se y sin ningún análisis en materia de competencia, estableciendo una verdadera presunción de derecho de que la concesionaria obtuvo dicha rentabilidad por la única y exclusiva razón de que vulneró la libre competencia, presunción que no puede ser revisada por el TDLC, lo cual se aleja del diseño institucional consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. Ello elimina la vulneración a la libre competencia como fundamento para establecer un proceso de fijación tarifaria, instituyéndose en cambio una sanción a la rentabilidad.
- Junto a lo anterior se le impone a las concesionarias la obligación legal de devolver el excedente de rentabilidad a los consumidores, sin que se hubiere consagrado una infracción a la normativa en materia de libre competencia.

EFECTOS DE LA NUEVA PROPUESTA LEGISLATIVA

- **2.- El Panel de Expertos no supe ni legitima eliminar la competencia del TDLC para pronunciarse sobre las condiciones de competencia en forma previa a la fijación tarifaria.**
- En el proyecto de ley en trámite se introduce al Panel de Expertos dentro de la regulación del servicio de distribución de gas por red, Panel que constituye un órgano propio de la ley general de servicios eléctricos (LGSE)

INTRODUCCIÓN PANEL DE EXPERTOS:

- Por otro lado, en cuanto las atribuciones de este Panel, se distinguen dependiendo del servicio (generación, transmisión, distribución y otros) de que se trate, por lo que **no constituye un órgano técnico diseñado para resolver problemas de vulneración a la libre competencia**, operando en cambio principalmente para resolver discrepancias tarifarias y de índole técnica en materia de servicios donde dicha competencia precisamente es inexistente por las características de monopolio natural de los servicios asociados a la energía eléctrica.
- Su competencia en materia de distribución de gas por red **no puede considerarse bajo ningún respecto como un sustituto o una alternativa al TDLC**.
- Sus competencias específicas se encuentran definidas en el artículo 208 de la ley general de servicios eléctricos, según la modificación propuesta por el proyecto de ley en trámite, que en esta materia extiende la competencia del Panel a la resolución de discrepancias que se produzcan en relación con:
 - a) La Tasa Anual de Costo Capital.
 - b) La determinación de los bienes de la empresa concesionaria que serán considerados en el chequeo de rentabilidad por zona de concesión, el plan de expansión eficiente en redes de distribución y los criterios mínimos de eficiencia que se utilizarán para la depuración de los costos de explotación de la empresa concesionaria anualmente en dicho chequeo de rentabilidad.
 - c) El Informe definitivo de rentabilidad.
 - d) El contenido de las bases técnicas y administrativas del estudio de costos que debe contener una fórmula de indexación para las tarifas fijadas.
 - e) Las discrepancias que se susciten en materia del informe técnico de costos, que se hubiere emitido conforme al procedimiento de fijación tarifa.

APROXIMACIONES FINALES

- ¿Hay implicancias constitucionales?. (Normas del “Orden Público Económico”) artículo 19 numerales 2, 21, 23 y 24.
- El mero análisis del exceso de rentabilidad y de su cálculo, así como la determinación de la tarifa que debe cobrarse una vez opera su fijación no constituye fundamento suficiente como para generar, por el solo ministerio de la ley, un procedimiento de fijación tarifaria respecto de una actividad -la distribución del gas por red- que no constituye monopolio natural, siendo este rediseño un claro debilitamiento del orden público económico basado en la libertad para desarrollar actividades económicas.

¿HAY TEMAS PENDIENTES? ALGUNAS PROPUESTAS

- **A.- Las inversiones en puesta en marcha.**

- Al no considerarse las inversiones de puesta en marcha, se aumenta artificialmente la rentabilidad de una concesionaria y se limita gravemente la posibilidad de recuperación legítima y en tiempo razonable de tales inversiones.

- **B.- Regulación de la integración horizontal y el interlocking.**

- Práctica observada en el mercado del gas por red, que afecta a la competencia y el desarrollo de la industria, por lo cual carece de sentido una normativa que propugna modificar los mecanismos para corregir precisamente los problemas de competencia en una industria, y por el otro lado no entra a regular y prevenir las potenciales causas de dicho problema, como lo es la integración horizontal de ciertas empresas de gas por red con combustibles sustitutos -particularmente GLP- y la práctica de interlocking a nivel de Directorios y Gerencias de tales concesionarias.

- **C.- Simetría regulatoria.**

- Estas modificaciones necesariamente deben ir de la mano con una regulación exhaustiva e integral del mercado de energéticos, que permita corregir y mejorar la absoluta desregulación en que se encuentran algunos combustibles, como lo es la leña.