

Servicio público, regulación económica y reforma a la distribución: La técnica concesional en entredicho

Eduardo Yáñez Rebolledo

Abogado

yanez.eduardo@gmail.com

XIX Jornadas de Derecho de Energía
Pontificia Universidad Católica de Chile
Agosto 2019

OBJETIVO:

- Sincerar el contexto jurídico en el cual se inserta la distribución eléctrica, en particular, el negocio del suministro eléctrico para clientes regulados, pues el concepto, evolución y aplicación de las diferentes técnicas administrativas del orden público económico, define la forma de relacionarse de los diversos agentes del mercado, hasta el punto de proponer quizás la necesaria extinción de la concesión de servicio público de distribución (CSPD) -o, al menos, la modificación de su régimen-, dada su obsolescencia.
- Convencer a través de cuatro argumentos:
 - 1) Dogmático jurídico.
 - 2) Libre competencia.
 - 3) Histórico.
 - 4) Eficiencia administrativa.

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

1. Argumento dogmático jurídico:

a) La teoría del administrado y sus situaciones jurídicas:

- Ventaja: potestades, derechos subjetivos e intereses legítimos.
- Desventaja: sujeción, deber y obligación.
- Acto administrativo que opera como un **acto-condición**. Importancia de distinguir entre un acto o un contrato.
- La figura subjetiva activa es la del **derecho subjetivo**, pudiendo el administrado ser titular de derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares. Estos derechos individuales reclaman del Estado una abstención.
- En cuanto derecho fundamental, las libertades públicas están constitucionalmente garantizadas.
- La intervención de la Administración sobre la esfera jurídica de los particulares puede manifestarse mediante actos administrativos que generan en sus destinatarios derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes, o bien eliminan limitaciones que afectan a su extensión o a su desenvolvimiento.
- Distinción con el transcurso del tiempo derivó en actividad interventora, pronto en actividad prestacional y, luego, en la tradicional clasificación de *policía*, *fomento* y *servicio público*, a la que se le sumaría la *empresa pública*.

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

1. Argumento dogmático jurídico:

b) La técnica concesional y la crisis del servicio público.

- El servicio público es, antes de todo, una técnica de intervención.
- Escuela de Burdeos y el nuevo paradigma del Estado del Bienestar.
- Delimitación administrativa de derechos:
 - i. Configuración del contenido normal de los derechos privados (v. gr. planificación)
 - ii. Técnica concesional (v. gr. calificación dominio público y concesiones de servicio público)
- **En Chile NO existe un régimen concesional o un modelo de concesión**, pues no existe coherencia sobre la *publicatio*, el continente del acto administrativo concesional, duración, formalidades acerca de la transferencia o cesión, y sanciones frente al incumplimiento de ellas, su alcance, requisitos del adquirente, onerosidad y mecanismo de otorgamiento (vid art. 26 y 47 LGSE).

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

1. Argumento dogmático jurídico:

c) ¿Es la CSPD eléctrica una técnica autorizatoria?

- La técnica concesional ya es historia, dando paso al concepto de servicio de interés general o servicio universal.
- Limitaciones administrativas de derechos:
 - i. Prohibición incondicionada y absoluta de un modo de ejercicio concreto;
 - ii. Prohibición relativa, o con reserva de excepción a otorgar por la Administración (autorización o licencia);
 - iii. Permiso de ejercicio libre con reserva de excepción prohibitiva impuesta en casos concretos; y
 - iv. Obligación positiva de comunicar a la Administración, a efectos de control de los límites de su ejercicio lícito, determinados ejercicios de derechos.
- Obtención de una *autorización* “implica un derecho preexistente en el sujeto y cuyo ejercicio la Administración permite (“autoriza”) una vez comprobado por ella el cumplimiento de determinados requisitos que la ley ha impuesto a aquél para que pueda ser ejercido. Autorizar es permitir el ejercicio de un derecho preexistente, “conceder” -en cambio- es otorgar un derecho a un sujeto que no lo poseía, ampliando su esfera subjetiva” (SOTO KLOSS, 2002).

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

1. Argumento dogmático jurídico:

Concepto CSPD:

“Autorización de funcionamiento de naturaleza reglada, por cuanto, por una parte, responde con carácter general al esquema de los actos-condición, pues son títulos jurídicos que colocan al administrado en un situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas en cada caso aplicables y libremente modificables por ellas, cuyo contenido, en su doble vertiente, positiva y negativa (derechos y obligaciones), hay que referir en cada momento a la normativa en vigor y, por otra, la Administración no es libre para decidir si la otorga o no, ya que la ley y el respectivo reglamento de ejecución definen cuándo debe otorgarla y cuándo denegarla, sin que sea posible añadir requisitos o condiciones que la normativa no impone.”

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

2. Argumento de la libre competencia:

- El DL 211 tiene como una de sus finalidades salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, en igualdad de condiciones; es decir, protege el proceso competitivo.
- El monopolio natural no contraviene, *per se*, la normativa de libre competencia.
- La aceptación del monopolio natural es una limitación a la garantía del derecho a desarrollar cualquier actividad económica.
- Peligro consiste en que la autoridad dote al monopolio natural de exclusividad por la vía jurisprudencial o de la regulación.
- LGSE reconoce de manera implícita el principio de libre competencia al disponer en el artículo 17 la posibilidad de *superposición* de concesiones (teoría de los mercados contestables).

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

2. Argumento de la libre competencia:

“4.- A juicio de esta Comisión (...), debe concluirse que, en principio, la superposición de empresas eléctricas, en una misma zona geográfica, expresamente permitida por la ley, tiende necesariamente a fomentar la libre competencia, con beneficio para los usuarios, en la medida que ella puede traducirse en una rebaja de tarifas y/o en la prestación de un mejor servicio para los consumidores.

No obstante, lo anteriormente expresado, es preciso señalar que para que se dé esa libre competencia y con ella se beneficie a los usuarios, tal competencia debe respetar las normas del artículo 17 del D.F.L. N° 1, de 1982, que es el que admite la superposición de concesiones y que dispone que, si así ocurre, el nuevo concesionario tendrá las mismas obligaciones y derechos que el primero en el territorio compartido.

5.- En la especie, la igualdad de derechos y obligaciones tiene lugar si las empresas que compiten, en una misma área geográfica lo hacen con el mismo tipo de tarifas, no sucediendo así si una de ellas tiene un tipo de tarifas inferior al de la otra.

6.- Por ende, esta Comisión comparte el criterio de la H. Comisión Preventiva Central, en el sentido que lo que determina el tipo de tarifas que se aplique es la *densidad de población del área geográfica de que se trate*, y no el que la empresa que se superpone pueda tener en un área con distinta densidad poblacional.

De esta forma se logra que los competidores se encuentren en igualdad de condiciones para el desarrollo de sus actividades, sin perjuicio, como se ha destacado, que la competencia se manifieste en rebajas de tarifas a los usuarios o en la prestación de un mejor servicio para ellos” (Resolución N° 342/1990).

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

2. Argumento de la libre competencia:

- La interpretación de que el nuevo concesionario debe tener las mismas tarifas que las del concesionario original, hizo que las posibilidades de superposición fuesen **remotas** (VALDÉS 2001 y 2006), teniendo en cuenta las particularidades de la clasificación de las áreas típicas que en cada proceso tarifario del VAD se realiza.
- Mecanismos de equidad (PNP, cargo de transmisión, reconocimiento de generación local, equidad tarifaria), **distorsionan el costo real del suministro eléctrico** del cliente final; aspecto que el DFL 1/82 se propuso corregir.

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

3. Argumento histórico:

- Suele considerarse que antes del DFL N° 1/1982, hubo en Chile tres leyes eléctricas (1925, 1931 y 1959) durante las cuales los tres segmentos que conforman el ciclo eléctrico estaban completamente publicados, de modo que estas actividades no podían ser ejercidas por privados sin previa concesión.
- Ley N° 1.665, de 1904, que “Fija las prescripciones para la concesión de permisos i para hacer las instalaciones eléctricas en la República”:

“Artículo 1°.- La *concesión de permisos* para la instalación de empresas eléctricas destinadas al servicio del público, i la *autorización* para ocupar los bienes nacionales o fiscales con líneas eléctricas de cualquiera especie, corresponderá al Presidente de la República”.

“Artículo 2°.- Los *permisos* para instalaciones eléctricas subterráneas podrán otorgarse por un plazo de veinte años; i, para instalaciones eléctricas aéreas, no podrán exceder de diez años.”

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

3. Argumento histórico:

- En el actual esquema constitucional chileno las actividades de servicio público con carácter industrial o económico pueden y deben ser desarrolladas *ab initio* por los particulares, en aplicación del principio de subsidiariedad (VERGARA, 2004).
- Evidencia lo anterior, lo manifestado por SOTO KLOSS (2002): “respecto de la ley eléctrica (...) se ha reconocido expresamente que se trata de “autorizaciones” y no concesiones de servicio público, y que se dejó este término en la ley para no innovar tan drásticamente, tanto más que se trataba de modificaciones a la ley de servicios eléctricos vigente a esa época, como era el DFL/Hacienda N° 4, de 1959”.
- Se refiere a lo expresado por BERNSTEIN (1991): “La ley contempla la ‘Concesión de Servicio Público de Distribución’ (...) Bajo este concepto, **la concesión no es, como tradicionalmente se la concibe, una delegación de una actividad privativa del Estado en una empresa.** Lo que se pretende es facilitar la realización de una actividad que beneficia a un gran número de personas, a través de concederle a una empresa (privada o estatal) el uso de bienes nacionales de uso público o de franjas en propiedades privadas para el tendido de líneas. **No se trata entonces de conceder una actividad,** sino que de conceder espacios para la realización de una actividad de beneficio general”.

ARGUMENTOS PARA ABOLIR O MODIFICAR LA CSPD

4. Argumento de eficiencia administrativa:

- Procedimiento administrativo de otorgamiento de una CSPD (definitiva) **mera regularización de instalaciones puestas en servicio, comunicadas a la SEC previamente**, en virtud de lo dispuesto en los artículos 30, 32 y 223 LGSE.
- Formato tipo de decreto señala: **“Las obras correspondientes han sido ejecutadas y están en servicio, encontrándose concluidos los trabajos respectivos. Por lo anteriormente expuesto, no se consignan plazos de inicio, término y total de las obras”**.
- Dictación del decreto y trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República es un procedimiento administrativo innecesario.
- **Última representación: Decreto N° 33, de 2013** (previo a la modificación de la ley N° 20.701), mediante dictamen N° 30.984, de 17 de mayo de 2013.

CONCLUSIONES:

- Negociar con la industria, convocar a comisiones o mesas de trabajo **NO ES REGULAR.**
- “Regular una actividad es someterla al imperio de una **reglamentación** que indique cómo puede realizarse. Se refiere a **dictar normas** que permitan el libre pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo, obstaculizarlo, ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso, azaroso o difícil”. (Sentencias TC rol 146, c. 9 y rol 480, c. 8, entre otras).
- Sistemas eléctricos “flexibles” acompañada de regulación moldeable. Incorporación de nuevos agentes económicos ¿Rol de la FNE y el TDLC? ¿ex ante o ex post?
- En base los argumentos desarrollados, la figura de la CSPD debe ser revisada (anacrónico régimen concesional).
- Indicaciones al PDL relativas al giro único y a la contabilidad separada, ciertamente constituyen un avance ¿comercializadoras?

MUCHAS GRACIAS!

Eduardo Yáñez Rebolledo
Abogado
yanez.eduardo@gmail.com