

Título: “De la deontología subyacente a la regulación del mercado del hidrógeno verde y de la necesidad de traslapar dimensiones regulativas para su desarrollo óptimo y justo”

Rodrigo I. Cortés Muñoz

Se intentará responder y desarrollar dos preguntas:

1.- ¿Es el Derecho un sistema de reglas que permite reglamentar el mercado del hidrógeno verde?

2.- ¿Resulta el sistema de adjudicación tradicional la vía idónea para resolver controversias que se produzcan con ocasión del mercado del hidrógeno verde?

- Dos prevenciones anteriores al desarrollo de las preguntas:

La primera: la cuestión normativa envuelta al tiempo de decidir regular, desde el Derecho, el mercado del hidrógeno verde.

La segunda: la concepción del Derecho como un sistema de reglas que se remiten a otras. (Cfr. Niklas Luhmann).

- Desarrollo de la primera pregunta: ¿Es el Derecho un sistema de reglas que permite reglamentar el mercado del hidrógeno verde?

1.- El Derecho es un sistema de reglas, y como tal —como conjunto de reglas— debiera utilizarse en la resolución de controversias y en la descripción de hipótesis.

2.- Eso significa que el hidrógeno verde, como dimensión, debiera ser aprehendido por el Derecho en su conjunto y no desde estancos o compartimentos.

3.- La especialización de la regulación sería una forma no jurídica de regular el hidrógeno verde.

4.- Al especializarse, el Derecho no solo se vuelve instrumental sino pierde su componente normativo (Cfr. Heidegger).

5.- El Derecho al tiempo de regular el hidrógeno verde, por su importancia y radicalidad para la vida, debiera concebirse como una dimensión en la que tienen lugar acuerdos privados. Ello importa entender que los intereses privados contraprestacionales no son los únicos pertinentes en un contrato.

6.- Desde el momento en que hay un interés común que es condición de posibilidad del acuerdo privado, es éste el que determina y funcionaliza los demás relativizando intangibilidades contractuales.

- Segunda pregunta: ¿Resulta el sistema de adjudicación tradicional la vía idónea para resolver controversias que se produzcan con ocasión del mercado del hidrógeno verde?

1.- Estructura Project Finance / Tolling & Sale and purchase: take or pay o take and pay. Es decir, hay una dimensión contractual pública que coexiste a una privada.

2.- Multiplicidad de riesgos (sobre todo, financieros) asociados a la estructura jurídica que posibilita el desarrollo del hidrógeno verde.

3.- El modelo de adjudicación especializada resulta instrumentalizado por la dimensión financiera. Ejemplos.

4.- Se propone, entonces, un modo diferente de adjudicar controversias que surjan con ocasión del mercado del hidrógeno verde: una suerte de “súper Hércules” dworkiniano.

Conclusiones:

1.- La regulación del hidrógeno verde exige, por su objeto, un nuevo Derecho.

2.- Exige, además, una nueva forma de adjudicar.

3.- Exige, al menos (si lo anterior no fuera posible), reconocer que existen dimensiones diferentes al Derecho que intentan instrumentalizar al sistema jurídico y funcionalizar su interés. El Derecho, en definitiva, debe aceptar o consentir.

De la deontología subyacente a la regulación del mercado del hidrógeno verde y de la necesidad de traslapar dimensiones regulativas para su desarrollo óptimo y justo

[CAMBIO ppt]

Son dos las preguntas que se plantean con ocasión de la regulación eventual del mercado, del hidrógeno verde en Chile. Las dos serán argumentadas desde la teoría de sistemas, sosteniendo de manera enérgica que el Derecho debe desplazar irritaciones cuya racionalidad subyacente intenta permear la lógica legal.

Las preguntas son: 1.- ¿Es el Derecho un sistema de reglas que permite reglamentar el mercado del hidrógeno verde? 2.- ¿Resulta el sistema de adjudicación tradicional la vía idónea para resolver controversias que se produzcan con ocasión del mercado del hidrógeno verde?

[CAMBIO ppt]

Dos cuestiones previas a la respuesta de las interrogantes mencionadas.

La primera: la cuestión normativa.

Pareciera un error obliterar en la discusión acerca de cómo regular el mercado del hidrógeno verde que esa regulación debe necesariamente tomar vereda acerca de si tal se desarrolla desde una perspectiva normativa o no. Un ejemplo y que se utilizará a lo largo de la ponencia: en un sitio de internet especializado en esta materia se cita, quizás de manera descontextualizada, buscando justificar la pertinencia del desarrollo del hidrógeno verde en Chile, a un profesor de ingeniería de la Universidad Católica quien argumenta o ejemplifica como beneficio del hidrógeno verde el siguiente. En la minería, sostiene él, los camiones no pueden utilizar baterías eléctricas toda vez que esa batería, eventualmente, sería tan pesada como el vehículo de carga. De utilizarse el hidrógeno como medio energético el beneficio resulta evidente. La imagen si bien pedestre resulta útil en lo que sigue. Si la regulación del mercado del hidrógeno verde intenta tener más camiones en la minería o igual número a un menor costo, aquello importa una definición normativa. Desde la teoría de sistemas, muy cerca de la tipología kelseniana, el contenido valorativo es una irritación ajena al sistema legal, sin embargo, exige desde éste una decisión. Es decir, antes de elucidar las cuestiones técnicas y específicas que implican la regulación del mercado del hidrógeno verde, resulta esencial determinar cuál será su contexto. En términos simples: ¿o queremos más camiones tolva para sacar lo antes posible todo el cobre que hay o lo “verde” en la expresión “hidrógeno verde” comporta un elemento que obliga a preguntarse si la mayor eficiencia y efectividad que abre, como posibilidad el hidrógeno verde es para agotar esa posibilidad? Insisto que desde la teoría de sistemas esa pregunta no es retórica, pero cualquier sea esa respuesta, trae consecuencias.

La segunda prevención: el Derecho como sistema.

Cuando nos referimos al Derecho como un sistema de reglas que se enderezan a estabilizar expectativas normativas la cita al distinguido profesor Niklas Luhmann es evidente. No resulta tan extendido su conocimiento e intentaré ir exponiendo sus ideas y el modo cómo tales resultan atinentes en esta materia con prudencia. El argumento en muchas de sus ideas coincide con la *summa divisio iuris* entre lo público y lo privado que ha sido expuesta por el

distinguido profesor Alejandro Vergara. Aunque el límite que se sitúa desde la teoría de sistemas no busca demarcar las dimensiones entre el interés público y el privado sino sobre los códigos de comunicaciones que se utilizan en el Derecho y que dejan de tener racionalidad en su entorno.

A continuación se busca ejemplificar las prevenciones antes referidas a través de una controversia suscitada ante la judicatura francesa y con ocasión de los acuerdos entre un productor de energía eléctrica y el distribuidor perimetral. Con fecha 19 de febrero de 2019, el tribunal de conflictos francés resolvió que “un accord de rattachement au périmètre d'équilibre” (en adelante “ARPE”) es un acuerdo regido por el derecho privado. Es decir, la relación sinalagmática entre un eventual productor de energía eléctrica y la empresa responsable de velar por el equilibrio de carga en el perímetro no se vuelve una relación jurídica pública ni por el interés comunitario que esa relación implica en términos fácticos ni porque ese interés resulte pública y jurídicamente relevante. De modo tal que las controversias entre las partes deben ser conocidas por un tribunal civil. Un ARPE abre la posibilidad de inyectar energía eléctrica a un sistema perimetral. En ese contexto, el comprador de energía es quien se encuentra obligado a mantener el equilibrio entre la energía eléctrica inyectada y aquella consumida en el perímetro asignado. En este caso, una sociedad productora solicitó al administrador perimetral eléctrico, la consideración y compra de la energía producida por una central fotovoltaica, negándose este último a dicha petición. La productora ocurrió ante el tribunal administrativo, y luego vía Consejo de Estado (“Conseil d'Etat) compareció a la corte de casación.

La descripción de los detalles de la controversia desborda esta ponencia, pero lo que se intenta traer a colación es que la decisión del tribunal de casación francés resuelve el conflicto pronunciándose sobre el elemento jurisdiccional y utilizando como base los artículos 321-10 y 15 del Código de Energía francés. Y dando aplicación al principio de accesoriedad. Es decir, la controversia se resuelve de manera estratificada, como si el derecho no fuera un sistema de reglas, sino estancos con intereses diferentes y distanciados.

Se propone seguir a Luhmann, entonces, en su forma de concebir el Derecho. En esa gramática, el sistema jurídico es un acervo que se diferencia indefectiblemente de su entorno y que se dirige a estabilizar expectativas normativas, sea que ese gesto —la estabilización— intente maximizar la protección de un interés privado o público. Colofón de lo anterior, además, es la distancia que el mismo sistema jurídico impone a otros sistemas de comunicaciones, tales como la Economía o los negocios. No es que se sostenga una suerte de estatus moral del Derecho frente a dimensiones vecinas, sino que se enfatiza su diferente racionalidad. .

En tal sentido, el Derecho debiera desentenderse de cualquier uso instrumental. De nuevo, si lo que se intenta al tiempo de regular el hidrógeno verde es aumentar la cantidad de camiones tolva en la minería, eso pareciera una meta ajena al sistema jurídico, legítimo, en todo caso, pero excéntrico.

[CAMBIO ppt]

Primera pregunta: ¿Es el Derecho un sistema de reglas que permite reglamentar el mercado del hidrógeno verde?

Si la respuesta fuera negativa esta ponencia llegaría hasta aquí. El punto no es retórico, en todo caso. E intenta llamar la atención sobre la tecnicidad de las reglamentación no ya porque

las reglas en su atinencia no deban ser pertinentes para la resolución y regulación de las hipótesis fácticas y controversias que surgen en relación al mercado del hidrógeno verde, sino porque en esa especificidad, el Derecho pierde no sólo la forma de sistema al fraccionarse, sino que por esa vía, se intenta permear a la regulación de lógicas y contenidos normativos que son ajenos al sistema jurídico. En términos heideggerianos, el Derecho como estanco de reglas especiales resultaría ser aquello sometido a la funcionalidad técnica. En nuestro ejemplo: el acervo legal sería simple condición de posibilidad de camiones tolva. Heidegger utiliza la expresión *Ge-stell* para explicitar la violencia del mecanismo tecnológico. Y algo de esa opinión se trasunta en nuestra cita al ejemplo jurisprudencial francés.

Abro paréntesis.

Cabe referir que la referencia al “camión tolva” como *telos* del desarrollo del hidrógeno verde no es una hipérbole: así por ejemplo, “el gobierno chino intenta que entre los años 2020 a 2030 se incorporen un millón de vehículos en base a pila de hidrógeno y se construyan 1.000 estaciones de recarga”.

Cierro paréntesis.

Cuando la corte de casación francesa cursa la declaración desde el código de energía, aplicando la regla pertinente, sin mayor disquisición normativa, el gesto pareciera más que jurídico, retórico. Es cierto que precave sobre el interés privado comprometido pero soslaya que el interés común no sólo es una variable epifenoménica sino condición de posibilidad de la vida.

Cabe destacar, además, que en el Derecho hay reacciones a tal forma mecánica y funcionalmente positiva de entender las reglas. La primera de tales reacciones es doctrinaria y corresponde al neoconstitucionalismo; y la segunda, jurisprudencial y latinoamericana: el así llamado bloque de constitucionalidad.

[CAMBIO ppt]

Lo que se intenta enfatizar son dos puntos: el primero, el Derecho, cualquiera sea su versión, debiera modificar su forma operativa. Aún siendo un sistema, y por la radicalidad de las externalidades derivadas de la regulación del hidrógeno verde, debiera siempre funcionalizar todo interés, estadual o privado a un interés abstracto y común, aún cuando tal fuera ajeno a la realidad sinalagmática. Ello importa, entender, que toda contraprestación deja de ser bilateral porque envuelve un contexto que lo posibilita, no sólo ontológicamente, sino fácticamente. En tal sentido, el interés privado no tiene como contrapartida otro interés privado o uno estadual, sino uno común. Esta tercera dimensión, no hace sino entender que las reglas convencionales se sitúan en una suerte de “espacio-tiempo” comunitario, al modo de la teoría de la relatividad. Ello implicaría, concretamente, por ejemplo, abrir la posibilidad de concebir a la naturaleza como un sujeto de Derecho, y entender cada vez que ese interés, ahora intersubjetivo, se vea abrogado o afectado, la legítima posibilidad de ajustar sin más, el interés privado aunque ello suponga la fractura de la intangibilidad bilateral. De ahí que se sostenga que la decisión de casación francesa sería un error. Y yerra no ya porque jurídicamente sea equivocada, sino porque la decisión en cuestión al no reconocer la externalidad común, aún más allá de la racionalidad positiva, se *hipertrofia*, de acuerdo al concepto del distinguido profesor Aldo Mascareño. El segundo punto. La primera de las ponencias de este bloque, me parece, acierta de manera decidida en lo que se propone aquí. Esa propuesta, interroga, acerca de si resulta posible que el Derecho haga una declaración en cuanto a la naturaleza del hidrógeno verde. Sin embargo, esa pregunta pareciera evidenciar ilocutivamente una más importante. ¿Puede el

Derecho y su andamiaje definir la realidad, o no debiera ser al revés? El sistema jurídico como conjunto de reglas no es sino una teoría sobre la sociedad y su dinámica. Por definición es funcional a ese objetivo, revelándose entonces que la naturaleza crítica del hidrógeno verde pareciera ordenar al Derecho una nueva tipología y no el proceso contrario.

[CAMBIO ppt]

Segunda pregunta: ¿Resulta el sistema de adjudicación tradicional la vía idónea para resolver controversias que se produzcan con ocasión del mercado del hidrógeno verde?

En este acápite, la exposición se vuelve técnica, con el perdón de Heidegger.

Una de las formas de desarrollar el mercado del hidrógeno, contractualmente, es a través de project finance. Es decir, hay una estructura jurídica-financiera que se espejea. Por un lado, aquélla que se requiere para la producción del hidrógeno verde, y en la que comparece como parte, el Estado —la mayoría de las veces—; y otra, que permite su comercialización y que se da entre particulares. En relación a esta última, tal como se indica por la doctrina, el mercado “offtake” del hidrógeno puede mirar al del LNG, en cuyo contexto se han desplegado dos mecanismos, principalmente. En inglés, “tolling” y “sale and purchase”. En uno y otro caso, el modelo “take-or-pay” o “take-and-pay”, que pudiere adoptar la forma contractual, exigen tener un grado de certidumbre sobre el flujo futuro. Y ese delta se vuelve determinante en ambas dimensiones.

Los riesgos asociados a dicha operatoria son múltiples y surgen en una y otra dimensión, agregando, además, que la incertidumbre en una de las dimensiones se externaliza en la otra. Y más en este escenario, al tratarse no sólo de un mercado nuevo, sino de una novedosa manera de generar energía. Así las cosas, la extensión del moral hazard (como concepto financiero ínsito en la relación contractual espejeada) se vuelve aún más laxa y difícil de describir y controlar.

La superposición de dimensiones jurídicas, las que muchas veces, se traslapan de manera estratégica no ayuda, tampoco. En ese contexto, entonces, la tarea de adjudicación se vuelve titánica. Exige un súper Hércules dworkiniano.

Empíricamente, la compartimentalización de la tarea de adjudicación ha sido contraria al bien común. El caso de Chevron por el desastre ecológico en Ecuador, y la controversia del pez espada entre Chile y la Unión Europea son epítomes de ese juicio. ¿Cómo entonces resolver las controversias que se susciten con ocasión del mercado del hidrógeno verde? Sostener que los mismos debieran someterse a un panel del ICSID, o eventualmente de la OMC, o ante un tribunal especial atinente a proyectos de inversión o ante la judicatura civil, no pareciera ser la fórmula. Por qué no. Porque está en juego el futuro de la humanidad. Y aunque parezca poesía, resulta empíricamente cierto.

Lo que se intenta decir es lo siguiente: 1.- Así como ha ocurrido en otras áreas, la financiarización del mercado del hidrógeno verde es condición para su desarrollo. 2.- La estructura jurídica del hidrógeno verde importaría la exposición a riesgos múltiples en todas las partes que comparecen a su composición. 3.- Empíricamente, entonces, el sector financiero intentará, como ha ocurrido, instrumentalizar al Derecho y especialmente, el momento de la adjudicación. En términos laxos, la justicia es una variable no bancable. 4.- La estructura contractual que posibilita al hidrógeno verde cruza al Derecho Público y Privado, nacional e

internacional, asentando reglas específicas para la resolución de controversias. Ese modelo es un error. Y es un error, porque en esa perspectiva, el moral hazard pareciera incentivar la sola obtención del contrato y su desarrollo, o el solo cumplimiento de la regla positiva: y eso como regla de parsimonia. Esa forma de entender el Derecho y la tarea de adjudicación, por la relevancia de la materia a regular y adjudicar, debiera ser desechada.

[CAMBIO ppt]

Conclusión:

1.- El desarrollo del hidrógeno verde, por la radicalidad que comporta para la vida humana, exige una forma nueva de regulación. Este modo nuevo implica aplicar el Derecho en su totalidad y como sistema, desplazando la especialización. Asimismo, pide que se conciban las relaciones jurídicas como siempre funcionalizadas y supeditadas a un interés común.

2.- El desarrollo del hidrógeno verde, por el carácter crítico que implica, exige, también una nueva forma de adjudicación de modo tal que en ese proceso, esa instanciación dé cuenta no solo de las reglas específicamente atinentes, sino del componente normativo que sirve de base al sistema jurídico.

Muchas gracias.