

Jornadas de Derecho de Energía

Institucionalidad y cambios

22 de agosto de 2019



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

**Jornadas de Derecho
de Energía**
Institucionalidad y cambios
22 de agosto de 2019

PRESENTACIÓN

El pasado jueves 22 de agosto, en el Salón de Honor de la Casa Central UC, se llevaron a cabo las Décimo Novenas Jornadas de Derecho de Energía, tituladas “Institucionalidad y cambios”, organizadas por el Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE), de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Desde el año 1998, el PDAE ha tenido una incesante actividad especializada organizando Jornadas, Seminarios, Diplomados, la publicación hace 20 años de la Revista de Derecho Administrativo Económico (ReDAE) hoy indexada en Scopus, y convocando el desarrollo de publicaciones académicas enfocadas en las distintas áreas del Derecho Administrativo Económico.

En este contexto, las Jornadas de Derecho de Energía, llevan ya diecinueve años en el seno de las actividades del Programa.

La Universidad ofrece a todos, académicos y representantes de las entidades públicas y privadas asociadas al sector de la energía, un espacio adecuado para el análisis y discusión de los temas más importantes del Derecho de Energía.

En esta oportunidad, las Jornadas se desarrollaron a través de cuatro paneles temáticos: los principales aspectos de la institucionalidad eléctrica y su relación con las empresas del sector; la situación actual de la distribución y los futuros cambios en el sector eléctrico chileno y argentino; los aspectos relevantes de las servidumbres eléctricas y de la transmisión; finalizando con ponencias sobre el derecho de la energía y el medioambiente.

A continuación se ofrece una crónica de dicho encuentro académico en la que se resaltan los principales temas expuestos y analizados.

I. PRIMER PANEL: INSTITUCIONALIDAD Y EMPRESAS



Francisco Brotfeld

Abogado de la Universidad de los Andes

Magister en Regulación de la Universidad Adolfo Ibañez

I. BARRERAS A LA LIBRE COMPETENCIA

El abogado presentó su ponencia titulada “Libre competencia en el sector de la energía”. En su exposición se dedicó a analizar si se promueve adecuadamente la competencia en el ámbito de la actividad energética, sosteniendo que parece inevitable no traer a discusión la existencia del artículo 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), pues significa una barrera regulatoria estructural a la libre competencia.

En primer lugar, hizo una introducción acerca de la promulgación de la Ley General de Servicios Eléctricos, la cual implicó una profunda transformación social en Chile, dado que se revisaron las relaciones entre el Estado y los particulares, pasando de lógicas estatistas a lógicas de libre mercado, de modo que el Estado pasó a asumir un rol regulador y fiscalizador.

II. RESTRICCIONES DE INTEGRACIÓN VERTICAL

También, realizó un análisis general sobre la figura de restricción de integración vertical, haciendo alusión a sus deficiencias normativas, el contexto en que fue dictada y

Libre competencia en el sector de la energía.

cómo la regulación actual ha superado y mitigado los riesgos en que se avizoraron en su oportunidad.

Luego reflexiona en el proceso de recomendación normativa que hubo al efecto durante el año 2018 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y las particularidades de su resolución, la cual no consideró que debiese modificarse o derogarse el art. 7° de la LGSE.

III. CONCLUSION

Finalmente, el expositor busca proponer una nueva regulación sobre la materia. En este sentido, las nuevas facultades del Coordinador Eléctrico Nacional en materia de libre competencia y el alto nivel de especialización de la Fiscalía Nacional Económica, parecen ser herramientas que, bien aplicadas, pueden ser importantes facilitadores en la implementación de esa nueva regulación, permitiendo como fin último crear un ambiente que promueva efectivamente la libre competencia en el sector eléctrico.



Daniel Gutiérrez Rivera

Abogado de la Universidad Católica de Concepción

I. NUEVOS TIEMPOS EN MATERIA ENERGÉTICA

El abogado Daniel Gutiérrez Rivera realizó la ponencia titulada “Reformas pendientes: Flexibilidad en el sistema y mercado eléctrico nacional.

En la referida ponencia, el autor parte haciendo un análisis sobre los nuevos tiempos en materia energética, señalando que las regulaciones deben estar vigilantes, atentas y alertas ante las grandes tendencias y procesos de cambios en materia energética.

Asimismo, esto se debe a que los cambios sociales, culturales y tecnológicos, generalmente, son previos a los cambios regulatorios. En ese sentido, la misión del legislador es abrazar, recoger, adaptar e incorporar estos elementos en su regulación interna.

II. ENERGÍAS RENOVABLES: FLEXIBILIDAD

Las tendencias y procesos de cambio a nivel global dicen relación con continuar con la transición energética y posibilitar la descarbonización de la economía. En ese sentido, y con independencia de las causas que impulsan el desarrollo de las energías renovables en los respectivos sistemas eléctricos, se constata que éstos transitan hacia una matriz de generación cada vez más renovable.

Reformas pendientes: Flexibilidad en el sistema y mercado eléctrico nacional

En el caso de Chile, sostiene el autor, las energías renovables variables tienen un rol cada vez más preponderante en nuestra matriz eléctrica. Asimismo, dada la naturaleza de las mismas y de los grados de incertidumbre de su fuente de energía primaria, su inserción en los sistemas eléctricos no está exenta de dificultades.

Por lo anterior, y en respuesta a éste fenómeno, surge la noción de la flexibilidad de los sistemas eléctricos como un elemento vital en su implementación. En ese sentido, la autoridad sectorial prepara incitativas legales relativas al concepto de flexibilidad, aplicables al sistema eléctrico nacional.

III. CONCLUSION

La ponencia concluye desarrollando el concepto de flexibilidad en cuanto a su alcance, características, aspectos regulatorios, flexibilidad sistemática y de mercado, entre otros.

Finalmente, el autor ofrece una reseña de la regulación comparada y da una serie de propuestas normativas en la materia.



Alejandro Vergara Blanco

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Chile
Director del Programa de Derecho Administrativo
Económico UC*

I. INSTITUCIONALIDAD ELÉCTRICA: RESEÑA HISTÓRICA

El profesor Vergara hace un análisis de la institucionalidad eléctrica, particularmente del Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC), sosteniendo que este mantiene una autonomía mesurada. Sostiene el autor que a la administración del estado le corresponde ordenar, regular fiscalizar, para evitar una anarquía de los actores sobre sus intereses, de modo que se observe el interés común y no el individual.

La ponencia continúa con una reseña histórica de la institucionalidad de la energía. El primer periodo comienza el año 1981, la institucionalidad de la energía se caracterizaba por ser una administración centralizada representada por la Comisión Nacional de Energía sin un Ministerio de Energía como lo hay hoy en día.

El segundo periodo nace el 2004, la administración centralizada está representada por el Ministerio de Economía, la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC). Junto con esto, el 2004 se crea una jurisdicción especializada en materia de energía: el Panel de Expertos.

El tercer periodo se enmarca entre el año 2016 a la actualidad, con una administración centralizada representada

Análisis de la institucionalidad eléctrica

por el Ministerio de Energía, la CNE y la SEC, manteniéndose la jurisdicción especializada.

II. COORDINADOR INDEPENDIENTE DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL

El autor hace un desarrollo acerca de la autonomía mesurada del coordinador independiente en relación con la administración centralizada, partiendo con una breve reseña histórico-normativa de su institucionalidad y potestades internas.

Agrega que, tanto la CNE como el Ministerio de Energía, mantienen facultades interventoras sobre el coordinador nacional, de modo que este se encuentra en una posición que lleva a dudar de su verdadera independencia en aspectos técnicos.

La fiscalización de la SEC sobre el CDEC va contra el principio de coordinación de la administración, por cuanto no se miran a estos órganos administrativos como autónomos entre sí, sino que se les da una jerarquización que resulta muy problemática en materia de responsabilidad.

III. CONCLUSION

Concluye la ponencia con una serie de interrogantes y propuestas para una revisión de la autonomía mesurada del CDEC en relación con los demás órganos administrativos.



Oscar Cuadros

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Administrativo, Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Economía (U.N.Cuyo). Profesor visitante de las Universidades de Oxford (2019) y París 2 (Phatheón-Assas) 2016.

I. SISTEMAS CENTRALIZADOS Y DESCENTRALIZADOS DE ELECTRICIDAD

El catedrático argentino, Oscar Cuadros, presentó su ponencia titulada “Fomento legislativo a la generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica pública en la Argentina”.

La ponencia parte afirmando que el paradigma de los sistemas centralizados de electricidad (según el modelo *top-down*) experimenta en la actualidad una evidente disrupción en razón de la existencia de niveles crecientes de generación distribuida, cuestión que suscita una confrontación entre enfoques proclives a la centralización de los sistemas y aquellos que apuntan a incrementar su descentralización mediante la incorporación de generación eléctrica conectada a la red de distribución, antes del medidor, en casos de usuarios industriales y residenciales que se comportan como consumidores.

Asimismo, la innovación tecnológica y la introducción de energías limpias, han creado un modelo de gestión que incide

Generación eléctrica distribuida (aspectos del régimen legal argentino)

sobre el diseño de diversas instituciones del derecho administrativo clásico.

II. GENERACIÓN DISTRIBUIDA

El catedrático desarrolla el concepto de generación distribuida definiéndola, destacando sus beneficios y señalando los factores que pueden influir en su desarrollo para con los sistemas eléctricos.

Agrega el autor que los factores se distinguen según su rango de certeza entre: a) Alto nivel de certeza, b) Nivel de certeza promedio, y c) Alto nivel de incertidumbre. Luego, hace un análisis de la ley argentina en relación con estos factores.

III. CONCLUSION

Finalmente, cierra señalando que la reducción de la falta de certidumbre en razón de pautas sociales, de política arquitectónica y de política regulatoria, es un imperativo de ejecución apto para determinar el éxito o fracaso de la relación de fomento que pretende instaurarse.

II. SEGUNDO PANEL: DISTRIBUCIÓN Y CAMBIOS



Óscar Guzmán Zepeda

Profesor instructor de la Universidad Santo Tomás, sede Talca.

Regulación económica acorde con los objetivos de la transición energética del sector eléctrico en Chile

I. NECESIDAD DE UN NUEVO SISTEMA

El profesor Guzmán desarrolló su ponencia en torno a la regulación económica acorde con los objetivos de la transición energética del sector eléctrico en Chile.

El expositor hace alusión a que la preocupación mundial que ha acusado el fenómeno del cambio climático ha significado repensar el sistema económico que requerimos para el progreso y subsistencia de la sociedad y conservación de patrimonio ambiental. En este sentido, es fundamental un cambio sustancial del sector eléctrico, por cuanto es una de las actividades económicas que más aportan gases de efecto invernadero a la atmósfera.

Para estos efectos, tanto del ámbito público como privado se han impulsado políticas que buscan cambiar la fisonomía del sector eléctrico, denominadas de transición energética, las que, en general, buscan un cambio de estado tanto del sistema como del mercado eléctrico, de manera de hacerlo sustentable, descentralizado, eficiente, seguro y participativo.

II. TRANSICIÓN ENERGÉTICA

En este sentido, la política energética Chile 2050 recoge y proyecta para el país un cambio del sector eléctrico que considera los objetivos de una transición energética, pero que en su implementación solo ha concentrado – con éxito – sus esfuerzos en un aspecto, el cambio progresivo de las fuentes de energía fósiles por las energías renovables, descuidando demás aspectos que demanda la transición energética, como son la descentralización, seguridad, resiliencia y la participación de la demanda en el mercado.

El logro de una implementación integral de la transición energética es plenamente compatible con un mercado eléctrico liberalizado y competitivo, cuya intervención estatal se materializa mediante regulación económica, pues las externalidades ambientales de la actividad también son una falla del mercado.

De este modo, consideramos que para lograr este objetivo el marco constitucional permite implementar una regulación económica que no distorsiona la competencia en el sector, mejora la eficiencia, da mayor seguridad al sistema, permite mayor participación de los consumidores, y, por supuesto, lo hace más sostenible.

III. CONCLUSION

Tomando en consideración lo anterior, el autor concluye que medidas legislativas orientadas a ampliar y dar preferencia a la generación distribuida permitirán no solo limpiar la matriz energética, sino también descentralizar la generación; asimismo, autorizar que todo consumidor pueda decidir cambiarse a un mercado spot de la electricidad – en un sistema con redes y medidores inteligentes – dará al consumidor la posibilidad de obtener ahorros del desplazamiento de la demanda, lo que además permitirá reducir los picos de consumo y dejar de lado plantas generadoras menos eficientes. Todas éstas son propuestas regulatorias que profundizan el mercado sin infringir los límites que fija la Constitución para la intervención estatal.



Rodrigo Moreno

Profesor Asistente, Departamento de Ing. Eléctrica de la Universidad de Chile e Investigador Titular del Instituto de Sistemas Complejos de Ingeniería. PhD del Imperial College de Londres.

I. REGULACIÓN TARIFARIA

El autor considera que en Chile, la regulación tarifaria de monopolios que se aplica a empresas de distribución eléctrica se basa en el concepto de empresa modelo. En este marco regulatorio, la tarifa busca remunerar solamente aquellos costos que son eficientes en la actividad de distribución, y no necesariamente los costos incurridos en la realidad por las empresas, los cuales pueden presentar ineficiencias. La justificación principal del actual marco es que los costos reales del sector debiesen, si es que dicho sector se comporta de manera 100% eficiente, ser iguales a aquellos observados en la empresa modelo. Este trabajo demuestra, utilizando evidencia objetiva y cuantitativa, que esta aseveración es falsa y que, por lo tanto, los costos de la empresa modelo no representan un benchmark adecuado de costos, que sea alcanzable (o replicable) por las empresas en la realidad.

II. PROBLEMAS DEL MARCO ACTUAL

En particular, el expositor indica que es posible demostrar que, por diseño, la empresa modelo sistemáticamente subdimensiona la infraestructura e inversiones reales del sector de distribución, incluso cuando éstas son óptimas y eficientes. El marco actual basado en la empresa modelo, de hecho, falla en:

- Reconocer el efecto de las economías de escala en la planificación de una red eléctrica que crece de forma paulatina en el tiempo.
- Reconocer la incertidumbre inherente en el problema de planificación de redes eléctricas en el largo plazo.
- Premiar/penalizar adecuadamente a las empresas en función a sus niveles de eficiencia.

Los problemas fundamentales del marco regulatorio por empresa modelo aplicado a las empresas monopólicas de distribución eléctrica en Chile

Esta subestimación sistemática de la infraestructura a remunerar lleva finalmente a que los inversionistas ahorren excesivamente en inversiones que son necesarias para expandir eficiente y suficientemente las redes de distribución, con niveles de seguridad de suministro a la altura de las expectativas del consumidor. Además, sostiene el autor, origina riesgos regulatorios que finalmente se reflejan en el costo de capital que los inversionistas exigen a los nuevos proyectos, lo que dificulta aún más la inversión. Este reporte muestra, además, que estas conclusiones, alcanzadas mediante modelos teóricos, cuentan también con extensa evidencia empírica en la práctica. Más aún, se discute la situación actual de los costos y de la calidad de suministro de las redes de distribución de Chile, a la luz de la experiencia internacional. Dicha discusión sugiere que las redes de distribución en Chile requieren de una mejora significativa, la cual no es posible realizar bajo un mecanismo tarifario que presenta los problemas identificados.

III. CONCLUSION

Finalmente, el expositor destaca que todos los problemas identificados en este trabajo, imponen una barrera importante a la evolución hacia un sistema económicamente eficiente, moderno, sustentable y confiable a futuro. Como se mencionó, la empresa modelo exacerba el ahorro en infraestructura, causando problemas importantes en términos de la calidad de suministro en el presente e hipotecando la eficiencia del sistema eléctrico en el largo plazo. Esto se traduce directamente en un alza del costo social, debido a una calidad de servicio pobre y a una falta de flexibilidad de la infraestructura necesaria para gestionar eficientemente la red. Esto último es especialmente importante en el actual contexto de descarbonización, donde se espera una modernización significativa de las redes eléctricas para así poder gestionar eficientemente una mayor integración con la generación renovable.



Eduardo Yáñez Rebolledo

Profesor de microeconomía y política económica en Escuela de Derecho, Universidad Mayor. Coautor del libro “Derecho y Regulación Económica de la Energía Eléctrica”.

I. CONTEXTO JURÍDICO DE LA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA

A través de la presente ponencia, el autor tiene por objeto alertar sobre la necesidad de sincerar el contexto jurídico en el cual se inserta la distribución eléctrica en nuestro país y, en particular, el negocio del suministro eléctrico para clientes regulados, pues el concepto, evolución y aplicación de las diferentes técnicas del orden público económico a dicho segmento, define la forma de relacionarse de los diversos agentes económicos, constituyéndose en un nuevo desafío para la técnica regulatoria administrativa, hasta el punto de proponer -quizás- la extinción de la “concesión de servicio público”, dada su obsolescencia.

II. REGULACIÓN ECONOMICA Y DERECHOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ELÉCTRICO

Basado en un esquema de preguntas y respuestas, el autor busca subsumir los conceptos teóricos básicos de la regulación económica (fallas de mercado y libre competencia) y el derecho constitucional-administrativo (libre iniciativa económica, reserva legal, principio de legalidad), en el ordenamiento jurídico eléctrico, revisando las controversias que han existido con motivo de su

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

aplicación, los vacíos normativos que subsisten, como asimismo las dudas y desafíos que enfrenta la reforma del sector.

Para tal efecto, el autor sostiene que se hace necesario analizar el concepto y los objetivos de la “nueva” regulación económica. El hecho de que seamos herederos a la vez de teorías económicas norteamericanas y de un derecho continental europeo petrificado ya por más de 35 años, nos obliga a revisar la vigencia de los conceptos “publicatio” y “concesión de servicio público” como instrumentos jurídicos inevitables y eficaces para participar en el negocio del suministro eléctrico y, en caso contrario, examinar nuevas soluciones de intervención administrativa de acuerdo a las tendencias actuales.

En ese contexto, el autor se realiza diversas pregunta, para luego proceder a la conclusión a la que arriba.

III. CONCLUSIONES

En fin, el autor concluye que, teniendo presente los objetivos entregados por la autoridad (valorización y expansión de las redes, prestación de servicios de gestión energética, acceso de la información, reconocimiento de nuevas tecnologías, entre otros) y con el objeto de asegurar el éxito de la reforma, se intentará dar respuestas a estos interrogantes, asumiendo como premisa que resulta imperioso que el Derecho aterrice las ideas, se adecue a los cambios y retome el lugar que le corresponde en el ámbito de la elaboración de las normas, pues si bien Chile fue pionero en regulación de servicios básicos, la contingencia ha logrado con los años opacar la evolución del ordenamiento jurídico, privilegiando la negociación en desmedro de la regulación.

III. TERCER PANEL: SERVIDUMBRES Y TRANSMISIÓN



Dr. José Luis Diez Schwerter.
*Profesor Titular Departamento de
Derecho Privado Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales Universidad de
Concepción*

Servidumbres y transmisión

I. DEBER DE SEGURIDAD

El autor comienza su exposición planteando que la energía genera riesgos posibles tanto para las personas como para las cosas, e identifica la normativa que interpela el deber de seguridad no solo para los propietarios concesionarios, sino que, para cualquier concesionario público de cualquier naturaleza. En este punto establece que el art. 139 de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) indica como norma esencial el deber del concesionario de mantener las instalaciones para evitar peligros para las personas.

II. FRANJA DE SEGURIDAD

La prohibición específica es la obligación de despejar la franja de seguridad en la línea eléctrica. El expositor resalta que se debe tener presente que las franjas fijarán una zona de función, de construcción, de plantaciones cuya distancia con construcciones y árboles está fijada por normativa técnica que está en proceso de reforma, puesto que con la nueva ley se está a la espera de que se introduzcan términos técnicos en la materia. Lo que nos rige hasta el momento, resalta el autor, es la norma 5, que contempla normas sobre la distancia entre construcciones y árboles. Respecto a la instalación, sostiene, hay que despejar la franja, distinguiendo por donde pasa (el predio por el que pasa). Esta obligación exige por un lado el corte de árboles ubicados a lo largo del trazado de la línea, dar los avisos pertinentes a la Municipalidad y solicitar las autorizaciones

de los propietarios afectados; como así también contar con un programa de mantenimiento de corta y poda de árboles.

III. BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

En los bienes nacionales de uso público, indica el autor, hay un sistema de permisos para no afectar bienes particulares; un mecanismo son las servidumbres eléctricas; porque en caso de instalación la servidumbre le dará título al concesionario para tender líneas superficiales y subterráneas. En caso de operación la existencia de servidumbre va a posibilitar el ingreso a estas operaciones para efectuar trabajos, en este punto, los artículos 56 y 57 de la LGSE establecen un sistema de obligaciones para el propietario del predio sirviente y el titular de la concesión. El propietario del predio sirviente tiene el deber de permitir la entrada y no perturbar el ejercicio a través de obras. Por otro lado, para el concesionario titular va a surgir la obligación de cortar o cuidar los árboles que podrían obstruir la servidumbre con o sin derecho a recompensa o reembolso. El titular de la servidumbre va a tener el derecho de ser reembolsado por las plantaciones que haga el titular del predio sirviente en la franja. Sin embargo, afirma el autor, no toda concesión eléctrica implica la existencia de una servidumbre. Una cosa es que exista técnicamente, y otra cosa es que efectivamente este comprendida a cabalidad en la franja. Por consiguiente, para cumplir eficazmente con la obligación de despejar, el

concesionario requiere: haber constituido servidumbres eléctricas y que éstas abarquen al menos la franja de seguridad. Cualquiera de estas hipótesis incumplidas puede generar problemas. La obligación de seguridad no justifica per sé que pueda afectar líneas ajenas.

IV.CONCLUSIÓN

Concluye el expositor planteando la hipótesis de que las servidumbres no coincidan con la franja de seguridad, en consecuencia, queda habilitada, cumpliendo los requisitos legales correspondientes, la opción de recurrir a la figura de la prescripción. Esta institución debe ser declarada judicialmente en un juicio de lato conocimiento. Cuando no hay servidumbres, cuando son menos, la solución ha sido el recurso de protección fundada en la titularidad de la concesión. Enfatiza el autor que debiesen existir servidumbres para cumplir a cabalidad con la concesión eléctrica.



Marcelo Mardones

Abogado, Doctor y Magíster en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Profesor Derecho Económico de la Universidad de los Andes

I. PLANIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN

El autor comienza su exposición afirmando que la naturaleza jurídica de la planificación de la transmisión es una manifestación de la potestad de planificación que se manifiesta por actos administrativos unilaterales que generan una relación jurídica administrativa de carácter estable, pero esta situación no llega a convertirse en un contrato administrativo. Para llegar a esta conclusión, hay que considerar tres temas esenciales indica, relativos a la estructura de la infraestructura en red, la planificación en general y la planificación como potestad.

II. INFRAESTRUCTURA

Respecto de la infraestructura en red, analiza, la misma comprende las instalaciones físicas y necesarias para una actividad o servicio. Es una red, una ordenación, una red de origen y llegado, puede ser física o virtual. Se pregunta el autor ¿Por qué son relevantes? Normalmente suelen generarse monopolios naturales, cuando pasa eso hay tendencia al abuso y la regulación intenta evitar ese abuso. Hay una relevancia casi económica de las estructuras. El Estado regula, en cuanto a la iniciativa si se necesita o no un título habilitante, como se puede, si se necesita licitación, los mecanismos de acceso, la operación, las exigencias de seguridad, tarifas y expansión de estas instalaciones. La planificación que es una técnica que se utiliza en la vida, ordena recursos para obtener fines

Naturaleza jurídica de la planificación de la transmisión

determinados. El plan es el instrumento a través del cual se materializa. Existe una gran tipología de planes. En este punto el autor indica que se reconocen dos modelos de planificación: uno tradicional, de disposición por parte del Estado de una planificación obligatoria; y uno indicativo, que orienta la actividad de los particulares de acuerdo al servicio que están prestando; se ha pasado desde la imperativa hacia una indicativa. En la transmisión se ha centralizado. Dentro de esta idea de la potestad, subyace el principio de intercambiabilidad de técnicas administrativas; para cumplir con el fin de la planificación el legislador puede utilizar los distintos métodos administrativos, tales como contratos o licitaciones.

III. ELEMENTOS DE LA PLANIFICACIÓN

El expositor considera que los hitos que dan cumplimiento a la hipótesis al inicio planteada son los elementos centrales de la planificación: primero su carácter centralizado y anual, preestablecida por el Estado; segundo que sea amplia, porque incluye obras de ampliación y nuevas; tercero porque se materializa en un procedimiento reglado, donde interviene la Comisión Nacional de Energía. Se inicia con una propuesta de obra de expansión; la Comisión recibe propuestas; hay discrepancias en el panel de expertos y todo esto finaliza en el plan de expansión. Demora más de 1 año y termina con una adjudicación, que no es propiamente tal, sino una cuasi designación de la mejor oferta. El artículo 121 LGSE reconoce el carácter creador de ese derecho, siendo un acto unilateral.

IV. CONCLUSIÓN

En consecuencia, concluye el autor, la planificación como tal, es una manifestación de una potestad del Estado, que se materializa a través de una seguidilla de

actos administrativos. Esta planificación es una planificación vinculante, es obligatoria y da origen a una relación jurídica estable. Es una institución que está en el origen mismo del derecho administrativo, en la base del derecho administrativo. Es lo que pasa normalmente en las autorizaciones de funcionamiento, en donde el

Estado vigila el cumplimiento, pero eso no convierte esta relación en un contrato administrativo. Las obras nuevas o ampliaciones no son del Estado, sino de quien se la adjudica; el Estado no paga, quien paga es quien demanda, por lo tanto no se dan los efectos de un contrato.



María Paz Pulgar y Eduardo Escalona

*Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile.,
Profesora de Derecho Minero en Programa de Derecho
Administrativo Económico.*

*Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile;
Profesor de Derecho Económico y de Derecho de la
Energía en la Universidad Diego Portales.*

I. DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

Los autores comienzan su exposición indicando que el objeto de análisis es el derecho real de servidumbre, partiendo de la base de que sin título de servidumbre no hay acceso al terreno. Sostienen que el legislador ha establecido la facultad de imponer servidumbres. Este derecho nace porque existe un interés público involucrado. Hay que contemplar la figura de acuerdo a la doctrina mayoritaria que sigue el principio del número clausus. Los derechos son únicamente creados por la legislación, por ende no se puede cambiar el sentido y alcance de los mismos.

II. LA REGULACIÓN

En cuanto a la regulación, manifiestan los expositores, la concesión eléctrica es el principal instrumento, puesto que permite establecer o constituir servidumbres. Para el derecho a imponer servidumbres no es obligatorio contar con instalación eléctrica, podemos tener concesiones sin servidumbres y servidumbres sin instalaciones. La realidad y la práctica han superado la legislación, la industria ha ido autorregulándose, porque la legislación se ha mantenido estática respecto a las heredades, tipos de obras y circunstancias, entre otros temas. La LGSE ocupa mucho la remisión interna, por lo tanto, esto permite que la regulación siga siendo muy estricta en cuanto a las actividades amparadas por esta figura. Tratándose de las

Requisitos de validez de las servidumbres eléctricas

líneas o subestaciones, éstas crean a favor del concesionario un listado determinado de servidumbres. Este listado es taxativo. En términos generales no es necesario tener concesión para realizar todas las actividades de la industria. Las servidumbres sostienen los autores, están establecidas en relación a una concesión, dejando muy poco espacio a la industria para ampliarse. La ley detalla el tipo de obra que necesita o puede necesitar una concesión eléctrica y las actividades cubiertas por la servidumbre.

III. LA PRÁCTICA

No obstante, los expositores se realizan una serie de preguntas: ¿qué sucede en la práctica? Existen tres grandes tipos de servidumbres. ¿Cuál es su alcance? que existen dos restricciones: los términos concretos y definidos de la concesión. Además, el listado taxativo de la legislación eléctrica, también establecerá el marco respecto del objeto. El objeto se limita a los tres grandes grupos. ¿Podríamos decir que la ley establece que el objeto es exclusivo y de interpretación restrictiva? Los autores responden diciendo que sí, pues no hay espacio para considerar otras actividades. Primero, existen las servidumbres constituidas de conformidad con el procedimiento concesional de la LGSE. En segundo lugar, existen servidumbres voluntarias existiendo una concesión eléctrica o con anterioridad a ella, que incluso permite el acuerdo de voluntades entre propietarios para el futuro ¿para qué solicitar adicionalmente una concesión eléctrica? Mejor

alcanzar acuerdos y permitir varias servidumbres. En tercer lugar, existe la servidumbre sin concesión. Cabe preguntarse si, ¿es válida una servidumbre eléctrica otorgada en beneficio de un titular? El derecho real de servidumbre está en beneficio de una cosa y no de una persona, entonces, sostienen los expositores, este asunto no está siendo tan cómodo. ¿Sería válida en el marco de una concesión, constituir una servidumbre eléctrica voluntaria en beneficio de las instalaciones? Se trata de una práctica autorregulada para satisfacer la necesidad.

¿Pueden las partes hacerlo para fines diferentes? No, sin embargo, la práctica ha superado a la legislación con creces. Cabría decir que la servidumbre sin concesión podría entenderse como ineficaz. En vez de constituirse

un derecho de servidumbre, serían derechos no oponibles respecto de terceros. Debido a que la ley eléctrica ha sido superada en los hechos por las necesidades de la industria, hay que asumir esa necesidad y de esa manera flexibilizar a la regulación para la servidumbre, sería conveniente mayor flexibilidad en la servidumbre, que sea más eficaz para la producción.

IV. CONCLUSIÓN

Concluyendo su exposición, los autores proponen que ante la contingencia, se podría interpretar la posibilidad de incorporar o establecer ciertas protecciones adicionales como, por ejemplo, una cláusula persecutoria: si el predio sirviente es enajenado el nuevo adquirente deba reconocer la servidumbre en los mismos términos y condiciones.

IV. CUARTO PANEL: ENERGÍA Y MEDIOAMBIENTE



Enrique Sepúlveda Rodríguez

Licenciado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho y Facultad de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. ACUERDOS REGULATORIOS

El autor centra su exposición en los acuerdos regulatorios sobre descarbonización y la calidad de la regulación.

Partiendo de la base de que el derecho eléctrico o sistema eléctrico es parte del derecho administrativo especial, se destacan tres temas de particular interés. Primero, el plan de descarbonización. Mediante este plan se encontró una solución mediante acuerdo entre varias empresas y el Ministerio de Energía, para lograr el retiro de plantas de carbón del sistema eléctrico nacional y estos acuerdos fueron la forma como se dio curso a medidas para colaborar con la lucha por el cambio climático. Finalmente, se logró tomar una decisión, plasmada en un acto administrativo sui generis, donde la Ministro ordenó a la planificación la desconexión de las Centrales. Segundo, los medidores inteligentes y su instalación en los domicilios de clientes regulados. Tercero, la planificación estratégica no vinculante, respecto a lo cual a largo plazo se considera que el estudio quinquenal determine los escenarios de nuestra planificación estratégica, cuyo principal objetivo es si tienen carácter vinculante o es meramente una planificación indicativa. A juicio de la Comisión Nacional de Energía tendría esa calidad, pero debería aclararse.

Acuerdos regulatorios sobre descarbonización y medidores inteligentes, planificación estratégica indicativa y otras formas de huida del derecho administrativo (calidad de la regulación).

II. REGULACIÓN DURA

Respecto a la regulación dura, sostiene el autor, desde el año 1982 la LGSE nos da instrumentos normativos para regular la conformación del sistema eléctrico y su operación. Hemos tenido regulaciones indicativas, como aquellas respecto de la transmisión, que las empresas podían aplicarlo o no. El fenómeno de la autoregulación es parte del fenómeno de escape mediante los acuerdos autoreglamentarios.

Por otro lado, menciona el expositor que hay doctrina que sostienen que los Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC) adoptaban acuerdos y que eso era autoregulación “regulada” en el sentido de que la ley les ordenaba que las empresas se coordinen para la operación. Cuando se acuerdan algunas medidas que implican la desconexión se está modificando, alternando, la integración del sistema eléctrico y afecta no solo a los firmantes, sino que a todos los coordinados. En el caso de los medidores a los clientes, se pueden ver reducidas las principales herramientas que tiene el derecho administrativo para la aplicación de la ley.

III. CONCLUSIONES

Finalmente, concluye el autor que tiene valor una convivencia de fuentes normativas diversas por la ley y normas softlaw pero esta convivencia debe ser selectiva. La coordinación es un área difícil de dar entrada a autorregulaciones.



Amelia Sagredo

Abogada de la Universidad de Chile.

Abogada en la Dirección Ejecutiva del SEA

I. SEIA Y PROYECTOS ENERGÉTICOS

Inicia su ponencia indicando aquellos proyectos que, conforme al artículo 8° de la Ley N°19.300 y listados en el artículo 10 de la misma ley, solo pueden ejecutarse o modificarse previo ingreso al SEIA, con el objetivo de determinar si sus impactos se ajustan a la normativa vigente. Señala que esto no quiere decir que los proyectos energéticos que no ingresan al SEIA no generan o presentan impactos ambientales, sino que se regularán de forma sectorial, de acuerdo con la normativa específica que les aplique, sin perjuicio de poder ingresar voluntariamente.

Por otra parte, dentro del listado del citado artículo 10, los proyectos energéticos pueden requerir ingresar por actividades ligadas directamente a su rubro como también por situaciones transversales a diferentes tipos de proyectos. No obstante, en este catálogo de proyectos no existe una categorización especial respecto de los proyectos de ERNC, los cuales deberán ingresar en caso de que correspondan a alguno de los literales del artículo 10 de la mencionada ley.

Una vez determinada la obligación de ingresar al SEIA, es preciso analizar cuál es la modalidad por la cual ingresará, aspecto que está vinculado con el nivel de los impactos que genere o presente. Tratándose de proyectos que generen los denominados “impactos significativos” deben ingresar al Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y en el caso de proyectos que no presenten impactos significativos deben ingresar a través de una Declaración de Impacto Ambiental.

En relación con lo anterior, si bien no todos los proyectos energéticos tienen los mismos impactos, ni existen impactos privativos de este tipo de actividades, sí es posible señalar

Los desafíos en la evaluación de impactos ambientales de proyectos energéticos

que ciertos tipos de afectaciones al medio ambiente suelen surgir de las características mismas de las instalaciones energéticas, por lo que es conveniente verificar cómo se identifican y qué tipo de medidas suelen ofrecerse para su mitigación, reparación o compensación, de ser necesarias.

II. IMPACTOS AMBIENTALES COMUNES

La autora, explica que, sin perjuicio de los impactos generales de los proyectos debido a la incorporación de nuevas obras en un sector, como podrían ser los impactos al componente aire por movimientos de tierra, la incorporación de mano de obra, etc. es importante destacar que existen ciertos impactos que son comunes en la ejecución de proyectos energéticos, debido a las características de estos y, por tanto, cobran particular relevancia durante su fase de operación.

A modo ejemplar, menciona el caso de líneas de transmisión eléctrica en que es relevante analizar el “riesgo de colisión y electrocución de las aves”; en el caso de las centrales de pasada, las cuales utilizan directamente el caudal de los cauces para generar energía, es relevante analizar el tipo de intervención sobre el curso de agua, ya que del mismo pueden derivarse diferentes impactos; caso de los proyectos geotérmicos de explotación un impacto común es la alteración de la geomorfología y geología (subsistencia) por las intervenciones que implican la extracción de fluidos desde el reservorio geotérmico, además de los impactos directos sobre dicho reservorio; estos son solo algunos de los casos invocados por la autora, aludiendo también a proyectos eólicos, proyectos energéticos que utilizan biomasa, carbón o petróleo, entre otros.

De esta forma, además de los impactos generales que puede presentar todo proyecto por su sola ejecución, es manifiesto que los proyectos energéticos tienen ciertos impactos comunes y específicos, los cuales requieren de análisis con metodologías particulares según el tipo de afectación, no sólo para determinar si se presentan, sino también para concluir cuál es su magnitud y duración y, por tanto, si es necesario presentar medidas ambientales.

III. EJEMPLOS DE MEDIDAS AMBIENTALES

En primer término, la determinación de medidas ambientales adecuadas frente a los impactos de proyectos energéticos no depende sólo del tipo de impacto o del tipo de proyecto, sino también de otros factores, como el sector donde se ubiquen las obras y la entidad de los impactos.

De esta forma, se hace presente que, frente a un mismo impacto, existen diversas medidas que pueden presentarse, las cuales pueden ser obligatorias, respecto de impactos significativos, o voluntarias, en caso de impactos no significativos. En cualquiera de los dos casos, es importante analizar que sean medidas adecuadas y suficientes respecto a la magnitud y duración de los impactos, además de contar con un seguimiento robusto, en caso de ser necesario, con el objetivo de asegurar su eficacia y corroborar que no se generen nuevos impactos ni se aumenten los existentes.

IV. DESAFÍOS EN LA EVALUACIÓN

El análisis de los impactos ambientales se muestra cada vez más tecnificado, publicándose por el SEA diversas guías que han propendido a uniformar los criterios de evaluación, recomendando metodologías, normativas o estándares internacionales, en aquellos casos donde no existe legislación nacional aplicable. Asimismo, otros organismos, como el SAG, han publicado guías particulares que pueden servir de apoyo en la generación de líneas de base o caracterización del medio ambiente.

Un desafío para los proyectos energéticos está en proponer medidas que sean pertinentes a sus impactos comunes y particulares, priorizando aquéllas que impliquen una mayor protección del medio ambiente en sí y no por equivalencia, como también verificar las recomendaciones del SEA y la experiencia comparada, sobre todo en aquellos casos de proyectos de ERNC que todavía no se han desarrollado en Chile de manera masificada.

V. CONCLUSIÓN

Por último, la experiencia nacional y comparada de proyectos energéticos nos demuestra la necesidad de realizar modificaciones a nivel legislativo y reglamentario, incorporando nuevas causales de ingreso al SEIA relativas a proyectos mareomotrices o geotérmicos, y reevaluando el criterio de ingreso de centrales generadoras de energía mayores a 3 MW para evitar posibles fraccionamientos o elusiones artificiales de ingreso al SEIA.



Francisco Muñoz

*Ingeniero Civil Mecánico de la Universidad de Chile.
Profesor asociado de la Universidad Adolfo Ibáñez.*

I. IMPUESTO A EMISIONES

El profesor expuso sobre su ponencia titulada “Un análisis de largo plazo del impuesto del artículo 8 de la Reforma Tributaria”. Sobre el mismo, explicó que este artículo incorpora un impuesto anual que grava las emisiones de dióxido de carbono en 5USD/Ton.

Sobre aquello, parte su ponencia señalando que, si bien la incorporación de este impuesto va en línea con la implementación de políticas de abatimiento de emisiones de CO₂ en países desarrollados, incluyendo instrumentos como el carbon tax o los programas de permisos transables, el Artículo 8 contiene dos indicaciones que lo hacen único en el mundo.

Por un lado, el Artículo 8 especifica que el impuesto no debe considerarse como parte del costo variable de las unidades de generación para el despacho económico de carga gestionado por el Coordinador Eléctrico Nacional.

Un análisis de largo plazo del impuesto a las emisiones de CO₂ del artículo 8 de la Reforma Tributaria

Por otro lado, el Artículo 8 incluye una regla de pagos compensatorios que permite que las pérdidas económicas de unidades que no pueden recuperar todos sus costos en el mercado spot, producto de la primera indicación, puedan ser prorrateadas entre todas las unidades del sistema en proporción a sus retiros.

II. EFECTOS ECONÓMICOS

En la presente ponencia se muestra además un análisis de los efectos económicos de largo plazo del impuesto del artículo 8 en un sistema de generación eléctrica utilizando un modelo de equilibrio, en que todas las inversiones en distintas tecnologías de generación son endógenas.

III. CONCLUSIÓN

Se concluye la ponencia, presentando una comparación de incentivos a la inversión en tecnologías renovables, en generación térmica convencional, además de los efectos del impuesto en emisiones anuales, precios promedio de la energía y recaudación fiscal.



Bárbara Orellana Lavoz

*Abogada de la Universidad de Chile.
Superintendencia del Medio Ambiente*

I. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL IMPUESTO A LA EMISIÓN DE FUENTES FIJAS

La autora, comienza su exposición señalando que con el propósito de hacer frente al cambio climático y a los problemas de contaminación atmosférica locales, identificados como uno de los más graves en nuestro país, la reforma tributaria contenida en la Ley N° 20.780 introdujo un impuesto ambiental en el artículo 8, asociado a las emisiones de fuentes móviles y fijas.

De esta manera, este impuesto se caracteriza por ser de aquellos llamados “pigouvianos” o “extra-fiscales”, puesto que busca cambiar una conducta a través de la imposición de un gravamen, buscando la internalización del costo social de la actividad industrial con emisiones contaminantes. Así, se establece un impuesto sobre un impacto negativo, cumpliendo una función destacada de la potestad tributaria y su sistema, que es la realización de fines del ordenamiento constitucional, entendiendo que el medio ambiente es un bien con inequívoco reconocimiento constitucional.

II. APLICACIÓN DEL IMPUESTO EN EL SEGMENTO DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA

La abogada señala ciertos problemas asociados con la aplicación del impuesto: (a) la determinación del impuesto gravado, indicando que éste se encuentra establecido en la ley y corresponde, en su dimensión objetiva, a las emisiones al aire de MP, NOx, SO2 y CO2, producidas por, en su aspecto subjetivo, establecimientos cuyas fuentes fijas, conformadas

Algunos problemas en la aplicación del impuesto a las emisiones de fuentes fijas en la generación.

por turbinas o calderas que, individualmente o en su conjunto, sumen una potencia térmica mayor o igual a 50 MWt. El problema que señala la autora consiste en el cambio de condiciones operacionales, siendo esto de toda relevancia pues implica determinar las hipótesis de hecho bajo las cuales se ejercerán las distintas potestades sancionatorias que concurren en este instrumento, esto es, tributaria y ambiental.

Para esto, ofrece ciertas respuestas : (i) la determinación queda entregada a la autoridad ambiental, como encargada de ejercer las competencias fiscalizadoras de las obligaciones de monitoreo, registro y reporte de las emisiones; (ii) la determinación debe ser efectuada por el Servicio de Impuestos Internos.

En segundo lugar, (b) menciona el pago de compensaciones que realizan las generadoras de ERNC. El pago de la compensación determinada en la norma, puede ser pagada tanto por las generadoras con emisiones contaminantes, como por las generadoras de ERNC, lo cual sería un contrasentido respecto de los fines del impuesto ambiental.

Al efecto, la autora propone que el impuesto debiera avanzar en la incorporación de metodologías de compensación en el sector eléctrico que sean coincidentes con los fines que se previeron con su incorporación en la gama de instrumentos de protección al medio ambiente. Así, debiera privilegiarse el uso de energías no contaminantes en el momento del despacho. De otra manera, el impuesto a las emisiones de fuentes fijas se vuelve meramente recaudatorio.

III. POSIBLES MEJORAS DEL IMPUESTO

El impuesto verde ha significado un gran avance en el desarrollo de las políticas ambientales. Al efecto, el objetivo

prioritario es reducir la contaminación atmosférica y mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero, para lo cual debiera considerarse (i) alcanzar dichos objetivos al menor costo posible, (ii) propender a generar condiciones con factibilidad de generar cambios tecnológicos, y (iii) lograr la adecuada contabilidad de la reducción de emisiones. Asimismo, la política ambiental debiera estar orientada a compatibilizar los instrumentos de mercado con los ya existentes en la contaminación atmosférica local, de igual manera, con aquellos aspectos relacionados con la estrategia de descarbonización de la matriz energética. Igualmente, se espera que el Estado asegure que quien paga los costos de la descontaminación sea efectivamente quien contamina.

Finaliza haciendo una propuesta de posibles tránsitos de profundización del impuesto verde, tales como (i) ampliación de fuentes contaminantes anexas, (ii) ampliación de tecnologías, (iii) incorporación de otros contaminantes, y

finalmente alude a (iv) un proyecto de reforma tributaria del impuesto.

IV. CONCLUSIONES

La abogada, finaliza su presentación indicando que el impuesto a las emisiones de fuentes presenta una innovación en la protección ambiental, en cuanto se introduce para hacer frente a las externalidades causadas por las actividades económicas gravadas. El sector de generación eléctrica representa una doble importancia para efectos de aplicar el impuesto a las emisiones de fuentes fijas. Por una parte, es la actividad económica que se encuentra mayormente gravada en cuanto a sus emisiones a la atmósfera, y, en segundo lugar, representa el mayor emisor de CO₂ debido a que gran parte de la matriz energética y de la potencia instalada en el sistema eléctrico, lo representa el uso de carbón y petróleo.

BOLETÍN

Mirada Administrativa Nº 13

Septiembre 2019

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340,

Santiago. Chile.

EDICIÓN GENERAL

Programa de Derecho

Administrativo Económico UC

(PDAE).

Cada transcripción es
responsabilidad de su autor
y no refleja necesariamente
la opinión del PDAE.