

LIBERTAD EN EL MERCADO DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA EN CHILE. DE LA TEORÍA A LA REALIDAD

BLANCA PALUMBO OSSA
Abogada - Gener

Para iniciar mi exposición, que trata, como se señala en el título, sobre la inmensa distancia que hay entre la doctrina de la libertad en el mercado de generación eléctrica y la realidad de su aplicación en la administración chilena, parece conveniente e ilustrativo tener en consideración los dos siguientes hechos:

- a) Existe un ordenamiento –dado desde el nivel de la Constitución hasta el de los reglamentos– que “teóricamente” es inductivo a la inversión en el sector de la generación de energía, y que, también en el plano teórico, es considerado como un sector rentable dentro de una economía libre.
- b) Sin embargo, para nadie es un misterio la renuencia, resistencia y desconfianza a invertir en el sector eléctrico.

¿Por qué ha llegado a ocurrir esto? Intentaré dar una respuesta.

LAS BASES ORIGINALES

En la década de los 80 se estimó como una herramienta estratégica fundamental para el desarrollo del sector eléctrico la adecuación del ordenamiento legal hasta entonces existente. Sus objetivos fundamentales fueron:

- Establecer un conjunto de reglas claras y objetivas, que constituyeran el marco adecuado para la instalación y funcionamiento de las empresas eléctricas. Este objetivo estaba expresamente referido a lograr un desarrollo eficiente y estable del sector e incentivar la participación del capital privado, incentivando la competitividad en todos aquellos aspectos en que tal competencia fuere posible.
- Otorgar a la autoridad los instrumentos de control necesarios para permitir un funcionamiento racional y equilibrado del sector eléctrico.
- Desburocratizar el sector, eliminando controles y regulaciones excesivas, que entraba-

ran innecesariamente su funcionamiento y desarrollo.

El criterio básico fue propender, a través de la Ley Eléctrica, al establecimiento de condiciones de competencia en el ámbito energético, reservando la acción reguladora del Estado solo para aquellas actividades que revistieran características de monopolio natural. Esta acción reguladora, sin embargo, debía efectuarse a través de mecanismos de la más alta objetividad y eficiencia en cuanto a la asignación de recursos.

Hubo una gran convicción en la posibilidad de crear condiciones de competencia a nivel de la generación de electricidad y a tal efecto se crearon mecanismos para la operación coordinada de los generadores y para el uso compartido de los sistemas de transmisión, con el objeto de originar un mercado para la comercialización de bloques de energía entre empresas generadoras, y entre estas y los grandes consumidores de los sistemas interconectados.

A nivel de distribución eléctrica, en cambio, en la cual se abastece a un gran número de pequeños consumidores, generalmente ubicados en áreas de alta densidad poblacional, existen condiciones que impiden o dificultan la creación de un mercado competitivo, por lo que se regularon las condiciones de suministro (precio y calidad del servicio) en esta área del negocio eléctrico. Por ello, se estimó conveniente delimitar las zonas de concesión de distribución y los derechos y obligaciones de las empresas distribuidoras.

Sin embargo, aún dentro de una zona de concesión, se posibilitó la libertad de contratación respecto de condiciones especiales de suministro que no cabe regular: tal es el caso del suministro a grandes consumidores, de los suministros temporales y de aquellos que requieren condiciones especiales de seguridad o de calidad. En cualquier caso, la liberalización de las condiciones de suministro para estos clientes debía ir acompañada de disposiciones destinadas a facilitarles un abastecimiento alternativo. A modo de ejemplo, puedo citar un criterio inspirador de los principios que se creyó con-

veniente aplicar: en la distribución eléctrica fuera de zonas de concesión (clientes aislados o ubicados lejos de zonas electrificadas) no tiene sentido regular las condiciones de suministro; pero si el cliente "se acerca" a una zona de concesión a través de líneas propias o de terceros, debe tener acceso a un suministro regulado tal como si estuviera ubicado en la zona de concesión.

La regulación de precios en el ámbito de la distribución eléctrica en zonas de concesión, conllevaba la necesidad de regular los precios de compras de energía que las distribuidoras hacen a las generadoras.

En síntesis, los criterios generales de la nueva legislación fueron los siguientes:

- Funcionamiento libre en el campo de la generación y la transmisión, excepto en el precio de venta de la energía a empresas concesionarias de distribución. Las disposiciones de la nueva ley debían tender a facilitar la competencia.
- Funcionamiento regulado sobre la base de normas objetivas y eficientes en el campo de la distribución eléctrica en zonas de concesión. Las disposiciones de la ley establecieron expresamente las obligaciones y derechos de las empresas concesionarias.

DIAGNÓSTICO E HIPÓTESIS

DIAGNÓSTICO:

En mi opinión, no cuesta demasiado, a partir de la observación del estado actual del sector productor de energía eléctrica, del estado de situación y de resultados de las empresas que lo conforman, emitir un diagnóstico del sector:

- a) La retracción de la inversión en el negocio eléctrico indica que las previsiones del nuevo ordenamiento legal y reglamentario, implementado en los años 80, no han dado en los últimos años el resultado esperado en orden a incentivar la entrada de capital privado a nuevos proyectos de generación eléctrica.
- b) La situación habitual y permanente de conflictividad entre empresas generadoras indica que el ambiente de competencia que se intentó crear tiene profundas deficiencias.
- c) El recurrente enfrentamiento entre autoridad y productores, que discrepan desde los principios aplicables hasta la forma de ejercer la potestad regulatoria, indican que el ambiente de libertad económica deseado originalmente se ha desvirtuado.

HIPÓTESIS:

Con la experiencia de más de diez años en el sector, aventuro la siguiente hipótesis acerca de las causas que han generado la situación que he señalado como diagnóstico en los puntos precedentes:

- La interpretación y aplicación reglamentaria por parte de la autoridad pública, particularmente la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, así como la concepción del ejercicio de sus facultades, se ha apartado de la concepción libremercadista de la ley y se ha orientado en un sentido de intervencionismo que excede y se desvía del ordenamiento eléctrico instaurado en la ley eléctrica y sus disposiciones complementarias.
- Esta desviación se ha visto inducida por una errónea apreciación de los efectos "políticos" de un mayor intervencionismo estatal en las actividades del sector empresarial privado. Dicha errónea apreciación se relaciona, también, con la designación de autoridades no dotadas de conocimientos técnicos, sino que designadas con criterios de cuoteo político, y cuyas decisiones carecen de rigor y visión de largo plazo.
- A su vez, esa desviación ha sido favorecida por la falta de cohesión de las empresas generadoras, más preocupadas de una falsa competencia entre ellas mismas -derivada a su vez de condicionantes impuestas por la autoridad- que de evitar el proceso creciente de intervención estatal desmedida.

Intentaré demostrar, con la exposición de ciertas situaciones concretas, la efectividad de estas hipótesis.

CASOS

1.- En la segunda mitad de la década de los noventa, la autoridad administrativa intervino inadecuadamente en la fijación del precio de nudo, llevando dicho precio a niveles artificialmente bajos. Lo anterior es reconocido hoy en día como una de las causas principales de la insuficiencia de abastecimiento eléctrico que se avizora para los próximos años. En dicho período, la autoridad utilizó diversos mecanismos para inducir el precio de nudo a la baja. Entre estos podemos citar la manipulación del plan de obras, por la vía de considerar dentro de este como centrales en construcción unidades generadoras que realmente no estaban en tal situa-

ción: desconocer las que sí estaban en ejecución, cuando la modalidad de su construcción y época de puesta en marcha no se ajustaba al nivel tarifario buscado por la autoridad. Igualmente, en dicho período se efectuaron cambios intempestivos en los criterios y en las bases de cálculo de las tarifas, con el objeto, o al menos el resultado, de bajar sustancialmente las tarifas. Así, por ejemplo, el costo de transporte de gas pasó de ser un costo variable —en la época de análisis de la inversión en las centrales de ciclo combinado del SIC— a ser tratado como costo fijo, luego de terminada la construcción de dichas centrales. Ello disminuyó fuertemente la rentabilidad de esos proyectos, demorando más de lo aconsejable la recuperación de la inversión. Podrá decirse que corresponde que dicho costo sea considerado como fijo, podrá tenerse la posición contraria. Sin embargo, hay un hecho cierto, y es que la autoridad indujo a una inversión sobre la base de un criterio y luego, ya efectuada tal inversión, modificó dicho criterio generando una rebaja tarifaria artificial. No debemos olvidar que la autoridad sectorial de esa época exhibía la rebaja tarifaria como uno de sus principales logros. Sin embargo, en la medida que la administración dejó de lado las bases libertarias del régimen de fijación tarifaria, esto es, la aplicación de las normas y realidades del mercado para determinar dichas tarifas, provocó una crisis de inversión que ya se prolonga por demasiado tiempo.

2.— Otro ejemplo que demuestra la falta de apego de la autoridad a la legislación vigente y a los principios de libertad económica es la dictación, en plena crisis de abastecimiento, de una ley que estableció el racionamiento parejo en casos de escasez eléctrica. Sabemos que la materia ha sido objeto de varias presentaciones en este seminario, por lo que solo abundaremos en ella en cuanto dicha normativa muestra también un desconocimiento de los principios de libertad económica, alterando las bases mismas de la libertad contractual. Así, el productor de energía que había asumido una decisión económica determinada, cual es, por ejemplo, producir energía de respaldo para venderla como tal a cierto tipo de clientes libres, ve coartada su libertad empresarial cuando se le impide ejercer ese comercio y se le obliga a racionar a los clientes con quienes había contratado anterior y libremente.

No solo ello, la autoridad administrativa encargada en aquella época de aplicar la normativa eléctrica, con prescindencia del texto legal, de la interpretación del organismo contralor y forzando todo principio de derecho, pretendió, bajo

amenaza de millonarias sanciones, obligar a los generadores no deficitarios —que habían aumentado su producción durante la crisis— al pago de compensaciones por déficit inexistentes y no correspondientes a cortes efectivos de suministro, todo ello con evidente desprecio de la libertad empresarial y con miras a la obtención de resultados políticos de corto plazo.

La actual situación de inversión en generación eléctrica y la renuencia de las empresas generadoras a comprometer abastecimiento con distribuidoras son, también, consecuencia de las medidas antes referidas, que denotan una falta de compromiso de las autoridades del sector con los principios de libertad empresarial contenidos en la legislación eléctrica.

3.— Recientemente, una Resolución del Ministerio de Economía, resolviendo una divergencia entre las compañías generadoras —divergencias que, como he señalado, son el producto del imperfecto sistema de competitividad que se ha ido profundizando— ha determinado que las empresas generadoras, tengan o no contrato de abastecimiento con empresas distribuidoras, están obligadas a vender electricidad a estas a precio regulado. E insólitamente, la autoridad administrativa extiende dicha obligación de venta a los clientes libres de las empresas reguladas.

Bajo el pretexto de velar por la seguridad y continuidad del suministro eléctrico, la autoridad administrativa emite disposiciones que objetivamente constituyen una limitación al libre derecho de las empresas generadoras en orden a comprometer o no comprometer su producción, libremente, con cualquier cliente, teniendo para ello en consideración razones comerciales de su propia decisión y conveniencia, las que forman parte de un conjunto de derechos a la libertad empresarial y de comercio que garantiza la Constitución.

Cualquier empresa generadora es libre y autónoma para decidir su política comercial. Puede optar por vender toda su producción en el mercado *spot*, en cuyo caso la propia ley le garantiza como precio el “costo marginal instantáneo”; o bien vender a empresas distribuidoras, a “precio de nudo”; o bien comprometer su producción con clientes libres, con precio también libre o bien, finalmente, emplear una combinación de una o más de las modalidades anteriores.

No obstante lo anterior, que refleja la doctrina de libertad y competitividad del mercado que inspiró la reforma legal eléctrica en los años 80, y sin que haya habido modificaciones legales en el intertanto, la autoridad administrativa hace aplicación a esa producción de energía, esencial-

mente no regulada por voluntad expresa del legislador, una determinada calificación a efectos de establecer un precio fijado.

Cierto es que, en el caso que comento, la decisión administrativa se cuidó de señalar que su alcance es administrativo y que no afecta lo que resuelvan los órganos jurisdiccionales correspondientes respecto de las responsabilidades o perjuicios que se causen a las empresas generadoras. Pero todos sabemos que por el estado de nuestro aparato judicial, el tiempo que lleve obtener algún pronunciamiento reparador de los excesos de la interpretación administrativa corre a favor de esta. Más adelante haré algún comentario sobre cómo la judicatura ha contribuido a las carencias, insuficiencias y limitantes que afectan al mercado eléctrico al punto de paralizar su desarrollo.

4.- Otro caso que quisiera señalar, porque me parece paradigmático, consistió en una resolución de la autoridad administrativa que sostuvo que ciertas normas administrativas, específicamente del reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, eran aplicables a contratos privados celebrados por una empresa generadora, en materia que afectaba a clientes no regulados, de lo cual resultaba que actos comerciales privados no eran regidos por el derecho común civil, sino por el derecho público.

La autoridad fiscalizadora fundamentó su intervención en tales contratos privados en que, no obstante vincular a empresas y clientes no regulados, resultaban sujetos a la fiscalización pública porque la actividad de generación de energía es una actividad regulada por la ley en un sentido lato, y que por operar la empresa en un sistema interconectado, no es posible distinguir entre la energía que suministran los distintos generadores, por lo cual las normas sobre calidad del servicio serían razonables y no podrían ser calificadas de arbitrarias.

Este caso, que tuvo una instancia judicial que resultó confirmatoria de la tesis de la administración, dejó en evidencia los siguientes problemas de fondo:

- a) La actividad de generación eléctrica no es una actividad de servicio público, por expresa disposición de la ley. Sin embargo, la interpretación aplicada en el caso, llevó tanto a la autoridad como a la judicatura a estimar que, a pesar del texto expreso de la ley, se daban circunstancias justificatorias de la intervención estatal.
- b) La exclusión de las normas del derecho privado común, no obstante tratarse de activi-

dades empresariales ejercidas por privados y dirigidas a privados, que están actuando como clientes libres o contractuales, no sujetos a regulación.

EL GRAN TEMA: LA CULTURA DE LA LIBERTAD Y LA LIBERTAD ECONOMICA

A mi parecer, los principios doctrinarios de libertad empresarial, de subsidiaridad del Estado, de libre comercio y de libre competencia, establecidos en el ordenamiento jurídico chileno a partir de los preceptos constitucionales correspondientes y de un complejo normativo de nivel legal, han ido desperfilándose por obra de prácticas administrativas que, evidentemente, reflejan no tener compatibilidad con aquellos.

La autoridad administrativa, más atenta a los efectos políticos inmediatos de sus medidas — que sin duda tienen un ámbito de repercusión casi instantáneo en los consumidores— no ha tenido la capacidad de mirar con una proyección mayor, los efectos que ellas habrían de tener en el desarrollo de la industria.

Pero me parece que es injusto atribuir toda la responsabilidad a la autoridad administrativa. Creo que hay un gran trasfondo cultural, del que no son ajenos otros estamentos de la sociedad, incluidos los propios empresarios del sector privado, que todavía no ha sido capaz de asumir en toda su integridad los conceptos de libertad empresarial, de comercio y de competencia.

La autoridad administrativa ha creído actuar bien, al efectuar lo que ella estima "corrección estatal" al régimen de libertad y no intervención estatal; la burocracia, incluida la judicial, con el peso de su inercia, aporta lo suyo; los consumidores, obviamente, quieren pagar lo menos posible porque, además de considerar que no tienen por qué enriquecer a las empresas eléctricas, entienden que al pagar sus impuestos tienen el derecho que el Estado los defienda. Finalmente, los propios actores económicos del sector, las empresas de generación, transmisión y distribución, han preferido entregar a manos del Estado el poder de resolver sus conflictos; es cierto que las regulaciones facilitan esa tendencia, pero no es menos cierto que la capacidad de reacción del sector se ha perdido y que también se ve influida por el inmediatismo predominante.

Todo esto conduce a una ceguera colectiva respecto de las causas del estancamiento de este sector y, si se examina el panorama con una visión más amplia, de muchas otras áreas de la actividad económica nacional. Esto es falta y

deficiencia de la cultura de la libertad, de creer en ella y de ejercerla.

LA COMPLICIDAD DE LA JUDICATURA

La inveterada tendencia de la administración de extender sus facultades a ámbitos que le están vedados por la ley es, en materia pública y a falta de los procedimientos y tribunales de lo contencioso administrativo, una de las causas de procedencia más evidentes y necesarias que cohonoran el ejercicio de acciones constitucionales contra la administración estatal. Su debida contención requiere esencialmente un estricto control de la legalidad de los actos de la administración, que si no se produce por la vía de la toma de razón (por la extendida práctica de los actos administrativos exentos de la misma), es de obligatoria enmienda por parte de los Tribunales de Justicia.

La correcta doctrina de actividades empresariales libres garantizadas constitucionalmente, se ha visto desmedrada y, al cabo del tiempo, por repetirse en la jurisprudencia criterios ambiguos a ese respecto, la judicatura ha contribuido a producir graves efectos en la confianza de los empresarios e inversionistas en el esquema de libertad económica.

Pienso que sería muy liviano afirmar que en la judicatura predomine una mentalidad estatista, tendiente a interpretar las leyes que reglan las actividades económicas con orientaciones favorables a la administración. Más bien tiendo a creer que hay desconocimiento e incomprensión de los jueces respecto de la naturaleza de la actividad económica libre; si es así, es un fenómeno que, en parte a lo menos, deriva de insuficiencias del propio ordenamiento jurídico, el que debe ser redefinido hoy, en el nivel legislativo, en el nivel administrativo y en el de las prácticas contractuales del negocio eléctrico.

CONCLUSIONES

Pueden ser muy discutibles mis afirmaciones precedentes, y espero que efectivamente se discutan. Pero hay un hecho claro: el sector eléctrico está paralizado, no obstante que las perspectivas de negocios respecto de un bien cada vez

más escaso en el mundo entero, como es la energía, debieran dar la señal contraria.

Me he esforzado por hacer en esta presentación un diagnóstico serio de las causas y efectos del fenómeno, desde mi visión y con base en la práctica legal en los últimos diez años, en que he sido testigo desde dentro del decaimiento del sector.

Mi contribución al análisis de estas materias, desde la perspectiva de las ciencias de la economía y del derecho, consiste en señalar las que, en mi opinión, serían líneas de reflexión útiles para determinar la efectividad de las hipótesis que he planteado y de las consecuencias previsiones para definir en el futuro cercano las correctas orientaciones para el desarrollo de la actividad energética:

A) TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA EMPÍRICA:

1. El examen de la naturaleza de los conflictos sometidos a la decisión de la autoridad administrativa, desde el comienzo de la vigencia de la legislación eléctrica.
2. El análisis de las sentencias judiciales dictadas en el mismo período, su categorización por materias y por la determinación de la parte gananciosa: administración versus empresas eléctricas. Tendencias jurisprudenciales a niveles de las diversas instancias.

B) INVESTIGACIÓN JURÍDICA DOCTRINAL:

3. Evolución legal y jurisprudencial de conceptos tales como "servicio público", "servicio de utilidad pública", "actividades reguladas" y otros análogos, y necesidad o conveniencia de su adecuación o redefinición en función de la doctrina de libertad de mercado.

C) INVESTIGACIÓN ECONÓMICA:

4. Volúmenes de recursos monetarios paralizados, y tiempo de la paralización, por la existencia de reclamaciones administrativas y procedimientos arbitrales o judiciales.
5. Encuestas en el sector de inversionistas, nacionales e internacionales, respecto de la confianza en la rentabilidad del sector eléctrico; de las condiciones de actividades reguladas; etc.