

Oficio N° 41 -2015

INFORME PROYECTO DE LEY 7-2015

Antecedente: Boletín N° 9890-08.

Santiago, 15 de abril de 2015.

Mediante Oficio N° 11.722, recibido el 4 de marzo de 2015, el Presidente de la H. Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley - iniciado por mensaje - que modifica la ley de servicios de gas y otras disposiciones legales que indica (Boletín N° 9890-08).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 10 del presente mes, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Hugo Dolmestch Urra, Patricio Valdés Aldunate, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Loebenfelter y Haroldo Brito Cruz, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, señor Carlos Aránguiz Zúñiga, señora Andrea Muñoz Sánchez y señor Carlos Cerda Fernández, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR PRESIDENTE
MARCO ANTONIO NÚÑEZ LOZANO
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO**

“Santiago, trece de abril de dos mil quince.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que por Oficio N° 11.722, recibido el 4 de marzo de 2015, el Presidente de la H. Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley - iniciado por mensaje - que modifica la ley de servicios de gas y otras disposiciones legales que indica (Boletín N° 9890-08);

Segundo: Que de acuerdo a lo consignado en el Mensaje, la iniciativa legal está orientada al logro de cuatro objetivos centrales, a saber, la modernización de la Ley General de Servicios de Gas, la integración de los actuales vacíos regulatorios, la corrección de deficiencias de la normativa, y la actualización, uniformidad y adecuación de la terminología y alcance de las normas vigentes.

Indica el Ejecutivo que los presupuestos básicos y generales para una eventual regulación tarifaria contenidos en el D.F.L. N° 323 de 1931, del Ministerio del Interior, son imperfectos e incompletos, principalmente producto de la inexistencia de la legislación delegada contemplada en la reforma al sector desarrollada en 1989.

Continúa explicando que las principales deficiencias o vacíos se relacionan con la inexistencia de una metodología y procedimientos para la fijación tarifaria, cuando ésta sea procedente. Asimismo, la institucionalidad y metodología aplicable al cálculo del chequeo de rentabilidad requiere de mejoras en su regulación. La norma que regula la tasa de costo anual del capital resulta insuficiente, y finalmente, no se contempla una instancia de resolución de controversias en materias tarifarias ante un órgano técnico e independiente, que cumpla con los mejores estándares de la regulación actual. Como se ve, el proyecto posee un carácter, principalmente, técnico económico;

Tercero: Que el proyecto consta de tres artículos y cinco disposiciones transitorias. El primer artículo contiene sesenta y cuatro modificaciones al D.F.L. N° 323 de 1931, del Ministerio del Interior, la Ley de Servicios de Gas; el artículo segundo, modifica cuatro artículos del D.F.L. N° 4 de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto de la Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica; y por último, el artículo tercero introduce una modificación al D.F.L. N° 1 de 1978, del Ministerio de Minería, que consagra un registro para personas que operen con combustibles.

De las disposiciones antedichas, este informe hará alusión a los artículos primero N° 2, 12, 14, 15, 23, 25, 27, 29, 33 y 35; y artículo segundo N° 1 y 4, por contener disposiciones orgánicas, procedimentales o de interés para el Poder Judicial, así como por haberse detectado algunas deficiencias formales en algunos de ellos;

Cuarto: Que el proyecto en estudio, en lo fundamental, se orienta a cambiar el sistema de regulación tarifaria del servicio público de distribución de gas, adecuando la regulación a las condiciones del mercado actualmente existente. En este contexto, la iniciativa, en su artículo primero N° 2 letra g), introduce algunas definiciones de relevancia jurídica para el ordenamiento jurídico que plantea. Así, como nuevo numeral 17, entrega una definición de servicios afines, que en lo fundamental se constituyen por aquellos asociados al servicio de distribución de gas. Respecto de ellos, el proyecto señala que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –a través de una resolución y previa solicitud de Superintendencia o cualquier interesado- podrá calificar como tales nuevos servicios afines y sujetarlos a fijación tarifaria.

Al respecto, cabe recordar cuáles son las competencias de un órgano jurisdiccional como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). En esta materia, el artículo 5° del D.L. N° 211, señala que -en términos generales y sin perjuicio de las misiones específicas contempladas en su artículo 18- la función del referido tribunal es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, en el marco de las regulaciones que el mismo cuerpo normativo identifica como faltas a dicho bien jurídico. Así, todas las competencias que con posterioridad se le entregan al TDLC se enmarcan en ese contexto.

En razón de lo anterior, llama la atención la nueva función que la iniciativa le otorga al TDLC, pues excede de aquellas que por su naturaleza le competen. Así, parecería más correcta y coherente con la institucionalidad la atribución de dichas funcionalidades a organismos como la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) o la Comisión Nacional de Energía (CNE), cuyas leyes orgánicas forman un marco regulatorio más adecuado para emitir declaraciones de este tipo, reservándose la instancia del TDLC para materias de orden jurisdiccional, o que al menos versen sobre la protección de la libre competencia;

Quinto: Que con posterioridad, el numeral 12 del artículo primero del proyecto de ley, sustituye el órgano para conocer de las declaraciones de incumplimiento grave de las obligaciones impuestas por un contrato de concesión.

Tal competencia pasaría –en el entendido del proyecto-, desde las Cortes de Apelaciones, a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

El conflicto jurídico sujeto a declaración en este caso, es el incumplimiento grave en el que alguna de las partes hubiere incurrido respecto de un contrato de concesión. La facultad propuesta se comprende en el contexto del ejercicio de las potestades exorbitantes de terminación del contrato. Estas potestades son expresiones del principio de preeminencia de la Administración y se orientan en el interés público que se encuentra comprometido en el aseguramiento de la continuidad del servicio.

Así, a través de la iniciativa se estaría suprimiendo la necesidad de declaración previa de la Corte de Apelaciones para producir los efectos de un incumplimiento de la naturaleza reseñada, dejándola en manos de la Administración. Este cambio, en función de las potestades que se le reconocen a la última - particularmente en el ámbito concesional -, podría no ser inadecuado, siempre que existiera una instancia de reclamación judicial a través de un contencioso administrativo especial, radicado en las cortes de apelaciones. Sin embargo, cabe resaltar que el legislador omite hacer referencia a la forma como podrá reclamar el particular que no se conforme con la declaración en cuestión, debiendo entenderse que ésta se producirá de acuerdo a las reglas generales. De esta manera, la revisión de la decisión se produciría en un juicio de lato conocimiento ante un tribunal de primera instancia, lo que no parece ser la solución más adecuada.

La misma conclusión anterior se debe entender reproducida para la norma introducida por el artículo primero numerales 15 y 35;

Sexto: Que en otro aspecto, la iniciativa introduce en el numeral 14 de su artículo primero la obligación de las empresas distribuidoras y suministradoras de gas, de proporcionar a los clientes o consumidores toda la información relativa a las condiciones de prestación de sus servicios y la información generada por la prestación de éstos, norma que reproduce el derecho a un acceso a información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos por un proveedor, contenida en el artículo 3° letra b) de la Ley N° 19.496;

Séptimo: Que por su parte, el numeral 23 de su artículo primero introduce una nueva competencia para el TDLC, consistente en la declaración de término del régimen de fijación tarifaria solicitado por una empresa concesionaria, en aquellos casos en que éste se hubiere hecho aplicable por haberse excedido de la rentabilidad económica calculada en el Informe Definitivo de Rentabilidad Anual.

Esta competencia, fuera de integrarse en el numeral 5° del artículo 18 del D.L. N° 211, es concordante con la facultad genérica establecida en el numeral 2° del mismo artículo, que en lo medular señala que será atribución y deber del TDLC conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.

Sin perjuicio de lo anterior, la parte final del artículo introducido hace procedente el recurso de reclamación contemplado por el artículo 27 del D.L. N° 211, en contra de la resolución del TDLC que ponga término al régimen de fijación tarifaria.

El referido artículo 27 establece los recursos que serán procedentes contra las resoluciones pronunciadas por el TDLC, distinguiendo entre recurso de reposición y de reclamación. El primero de ellos, será interpuesto en contra de cualquier resolución del tribunal, con excepción de la sentencia definitiva. El de reclamación –por su parte-, será interpuesto para ante la Corte Suprema sólo cuando la sentencia definitiva imponga alguna de las medidas contempladas por el artículo 26. De esta manera, la nueva norma estaría haciendo aplicable un recurso que por su naturaleza no sería procedente en términos generales. Así, sería más adecuado estudiar la posibilidad de hacer aplicable el mismo régimen de recursos que según las reglas generales concurren contra las sentencias definitivas del TDLC. En este sentido, la reclamación ante la Corte Suprema procedería sólo cuando estas sentencias impongan las medidas del artículo 26;

Octavo: Que en otra de las materias introducidas por la iniciativa del Ejecutivo, se encuentra la introducción y el fortalecimiento del Panel de Expertos que actualmente se desempeña en temas eléctricos.

La figura del Panel de Expertos en dicha materia surgió en el año 2004, a través de la dictación de la Ley N° 19.940. A partir de ella se ha señalado que “la competencia otorgada al Panel sería de doble naturaleza, pues por una parte este órgano resuelve controversias que se susciten entre las empresas eléctricas y la Administración, en cuyo caso ejercería funcionalmente una jurisdicción contencioso administrativa, como un verdadero tribunal especial determinado por la ley; por la otra, el Panel se dedica a resolver controversias entre las empresas eléctricas, caso en el que ejercería una jurisdicción arbitral.”. Cualquiera que sea la postura al respecto, lo cierto es que el Panel de Expertos “se reguló como un organismo

técnico llamado a resolver ciertos conflictos que se generaren en materia técnica y tarifaria.”;

Noveno: Que así las cosas, cabe analizar la naturaleza del Panel y los efectos que las decisiones adoptadas por éste tienen sobre el problema sometido a su conocimiento. Al respecto, el artículo segundo numeral 4° de la reforma propuesta provee de respuesta a una interrogante general. Indica esta norma que seis séptimos de los costos de funcionamiento del Panel serán de cargo de las empresas eléctricas de generación, transmisión y concesionarias de servicio público de distribución de energía eléctrica, mientras que el séptimo restante de dichos costos serán de cargo de las empresas distribuidoras de gas. Esta circunstancia demuestra que el Panel de Expertos dista mucho de gozar de la independencia que debe rodear a todo órgano jurisdiccional, precisamente porque éstos se caracterizan por ser terceros ajenos al conflicto –entendiéndose ajenos como sin vínculo de ningún tipo con los litigantes, al menos *a priori*-, situación que no se ve garantizada al existir una dependencia económica respecto de los entes cuyos intereses se resolverán. Esta conclusión se ve aseverada por el penúltimo inciso del numeral en cuestión, que señala que los integrantes del Panel, el Secretario y el personal auxiliar no tendrán carácter de personal de la Administración, a pesar de serles aplicables las normas sobre responsabilidad administrativa y delitos funcionarios. No siendo miembros de la Administración ni del Poder Judicial, y estando financiados por las empresas concesionarias, los integrantes del Panel difícilmente garantizan el requisito esencial de todo juez: su independencia;

Décimo: Que en la otra arista a analizar, a saber, los efectos que el pronunciamiento del Panel produce sobre el problema puesto en su conocimiento, la iniciativa - en su artículo primero numeral 25 - dispone que los concesionarios podrán presentar ante el Panel de Expertos las discrepancias que se susciten con la Comisión Nacional de Energía respecto de la tasa de costo de capital (TCC) que ésta fije, debiendo éste emitir dictamen dentro del plazo de 30 días hábiles. Posteriormente, el mismo artículo dispone que emitido el dictamen del Panel, la Comisión deberá fijar la tasa de costo de capital aplicable para determinar la rentabilidad económica máxima para el quadrienio siguiente. Del tenor de la norma, es posible extraer una conclusión: la obligación de fijar la TCC, antes y después del pronunciamiento del Panel, corresponde a la CNE. De esta manera, la intervención del Panel no constituye más que un antecedente técnico, económico y fidedigno que la Comisión tendrá en cuenta al fijar la tasa, pero que no le vincula bajo ningún punto de vista. De esta manera, los momentos jurisdiccionales –propios de la labor

de un tribunal- tampoco se encuentran presentes en la actividad del Panel, en tanto su eventual juzgamiento no podrá ser ejecutado, o compelido a su ejecución. En este caso, el Panel funciona como un órgano técnico consultivo;

Undécimo: Que el artículo segundo numeral 1°, incluye dentro de la Ley General de Servicios Eléctricos y en términos generales, una competencia al Panel de Expertos en materia Eléctrica: las discrepancias que se susciten a propósito de la aplicación de la Ley de Servicios de Gas y las demás que indique la ley;

Duodécimo: Que por su parte, el artículo primero, numeral 27, agrega un artículo 33 quáter a la Ley de Servicios de Gas, cuyo contenido radica en la emisión del Informe Preliminar de Rentabilidad de las empresas concesionarias, que debe ser confeccionado por la Comisión. En él se contempla un procedimiento para efectuar observaciones ante la misma Comisión, y en caso de subsistir las diferencias, se podrá recurrir ante el Panel de Expertos. En este nuevo caso, la conclusión arribada anteriormente se ratifica. El inciso siguiente del artículo indica que, resueltas las discrepancias, es la Comisión la que deberá emitir - mediante resolución exenta - su Informe Definitivo de Rentabilidad Anual de las empresas concesionarias de distribución de gas de red, aunque en este caso, dicho informe deberá incorporar lo resuelto por el Panel, sin señalar cómo.

El mismo artículo en su numeral 33, introdujo los nuevos artículos 40-M y 40-P, que en lo sustantivo disponen la competencia del Panel para dirimir las observaciones presentadas a las bases técnicas y administrativas preliminares del estudio de costos, y el informe técnico de costos. En ambos casos, la Comisión deberá formalizar las bases técnicas y administrativas definitivas, o enviar al Ministerio el informe técnico definitivo, proponiendo las fórmulas tarifarias para el período siguiente.

En el entendido propuesto anteriormente, a saber, que la misión del Panel de Expertos debe tenerse como una función consultiva del órgano administrativo responsable de dictar el acto correspondiente - con carácter técnico económico -, se descarta la posibilidad de considerarlo como un tribunal o un órgano que ejerce jurisdicción, en tanto no goza de la independencia necesaria para actuar como un tercero imparcial en un proceso, ni de los mecanismos para hacer prevalecer su decisión por sobre la voluntad de las partes que le presentan su conflicto. Por esta última razón, tampoco podría consagrarse la figura del Panel de Expertos como un órgano jurisdiccional, en tanto que en prácticamente todos los casos propuestos por la modificación, su función se limita a entregar una opinión técnica sobre los caracteres tarifarios que deben influir en una decisión administrativa en la industria

del gas. Esto último puede controvertirse ya que la ley no es clara a este respecto y eventualmente podría sostenerse que lo resuelto por el Panel es obligatorio para la autoridad administrativa, particularmente en la atribución de que da cuenta la letra c) de este punto.

Todo hace aconsejable que la legislación clarifique, de una vez por todas, la naturaleza de las funciones del denominado Panel de Expertos, para dotar de mayor certeza jurídica una materia de la importancia de la que se informa;

Decimotercero: Que configurada la naturaleza del Panel en conformidad a lo expuesto en los párrafos anteriores, ha de señalarse que las facultades entregadas a este órgano en materia de gas –así como todas las demás modificaciones propuestas por el Mensaje-, tienden a asimilar el tratamiento de la industria del gas al mercado de energía eléctrica, reproduciéndose las competencias eléctricas del Panel, esta vez, en el negocio gasífero. Esta conclusión se refleja, por ejemplo, en los siguientes artículos:

- Artículo 86 de la Ley General de Servicios Eléctricos en que el Panel tiene competencia para conocer de conflictos sobre las bases técnicas preliminares para la realización del estudio del respectivo sistema troncal;
- El artículo 91 del mismo cuerpo normativo le otorga competencia para resolver discrepancias respecto al informe técnico elaborado por la Comisión sobre la fijación de instalaciones del sistema troncal y las demás materias señaladas en la letra a);
- El artículo 99 le permite conocer de las discrepancias respecto al plan de expansión de infraestructura para los doce meses siguientes;
- En la misma línea, el artículo 107 le faculta a resolver las controversias sobre la regulación tarifaria del peaje a pagar por servicios de transmisión;
- El artículo 111, le concede competencia para conocer de discrepancias sobre las bases técnicas de los estudios para la determinación del valor anual de los sistemas de sub-transmisión;
- El artículo 131 ter, le habilita para conocer las discrepancias con el informe preliminar de licitaciones de la Comisión, que da inicio al proceso de licitaciones de suministro necesarias para abastecer, al menor costo de suministro, los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios;

- El artículo 134, le faculta para resolver las discrepancias surgidas entre la Comisión y cualquiera de las partes de un contrato de suministro cuando se haga efectivo el mecanismo de revisión de precios, en casos que por causas no imputables al suministrador, los costos de capital o de operación para la ejecución del contrato, hayan variado en una magnitud tal que produzca un excesivo desequilibrio económico en las prestaciones mutuas del contrato, respecto de las condiciones existentes en el momento de presentación de la oferta;
- El artículo 150 bis, le habilita para conocer de las controversias entre empresas sujetas a la obligación de inyectar al sistema el menos un 20% de energías renovables no convencionales, y la Dirección de Peajes del Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC), por la imposición de cargos y distribución de éstos entre los clientes finales, o las transferencias de dinero que a este respecto se susciten;
- El artículo 177 que le concede la resolución de las controversias sobre el informe técnico que contiene las observaciones y correcciones de la Comisión a los estudios de las empresas que operan en sistemas medianos, en que se identifiquen los planes de expansión de las instalaciones de generación y de transmisión del sistema correspondiente y los respectivos costos incrementales de desarrollo y costos totales de largo plazo para cada uno de los segmentos de generación, transmisión y distribución del sistema en cuestión. Todo esto con el fin de fijar las tarifas del siguiente período;
- El artículo 193 le permite decidir las discrepancias sobre las resoluciones de la Superintendencia que informa los costos de explotación para empresas distribuidoras;
- Por último, el artículo 195 le permite conocer de las discrepancias sobre el valor del Valor Nuevo de Reemplazo fijado por la Superintendencia y aquél comunicado por la empresa concesionaria;
- Mientras que el artículo 208, contempla una competencia genérica: Será competente para calificar las discrepancias que las empresas eléctricas tengan entre sí con motivo de la aplicación técnica o económica de la normativa del sector eléctrico. Además de los conflictos que se susciten al interior de un CDEC;

Decimocuarto: Que la incorporación de la instancia del Panel de Expertos en la iniciativa legal en estudio, con las particularidades antes indicadas, constituye un aspecto que suscita la preocupación de esta Corte pues se advierte que aquél ejerce verdaderas funciones jurisdiccionales, toda vez que se le entrega la resolución de los conflictos que se presenten no sólo entre las empresas concesionarias, sino también entre éstas y la autoridad. Esa configuración del Panel de Expertos, se erige como un órgano jurisdiccional especial que se extrae de la vertiente de los tribunales, empero que no cumple con los principios esenciales propios de éstos, circunstancia que derechamente pone en entredicho la constitucionalidad del proyecto de ley que se analiza en ese ámbito;

Decimoquinto: Que la modificación propuesta por el artículo primero N° 29 elimina el artículo 35 de la ley, que establece la facultad de recurrir a los tribunales para reclamar indemnización de perjuicios cuando la empresa concesionaria considere que las tarifas fijadas por la autoridad “causen perjuicios a sus legítimos derechos”, norma que no se justifica atendido que hoy la responsabilidad del Estado se encuentra plenamente establecida en la ley y la jurisprudencia;

Decimosexto: Que el proyecto no contempla, en cambio, modificación al artículo 58 de la ley, que establece un plazo de 7 días hábiles para solicitar reposición de las “órdenes y sanciones aplicadas por la Superintendencia”, y que señala que de la resolución que la deniegue “podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva”, lo que constituye una impropiedad como ha señalado esta Corte Suprema en informes anteriores. Establece también este artículo, que no se modifica en el proyecto, la facultad de la Corte de Apelaciones para disponer la ejecución de obras para el funcionamiento del servicio y la fijación de plazos para ello, todo lo cual puede resultar discutible que debiera ser asumido por los tribunales de justicia.

Finalmente, el proyecto adolece de ciertas dificultades formales y de coherencia normativa que se producen, por ejemplo, en la letra a) del numeral 12 del artículo primero, que propone intercalar “a continuación de la expresión Ministerio de Energía”, en circunstancias que la norma actual no contempla una disposición de dicho carácter; o la letra b) del mismo numeral, en que la eliminación de la palabra “respec-tiva” [sic], término no utilizado (en esas condiciones) dentro del texto legal actual.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918,

Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **desfavorablemente** el proyecto de ley que modifica la ley de servicios de gas y otras disposiciones legales que indica. Ofíciense.

PL-7-2015”.

Saluda atentamente a V.S.

Sergio Muñoz Gajardo
Presidente

Rubén Donoso Paredes
Prosecretario