



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**FISCALIDAD DEL FINANCIAMIENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES
EN EL MERCADO ELÉCTRICO: AYUDAS ESTATALES**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR:

MARTIN NICOLAS CORONADO ATENAS

PROFESOR GUÍA:

CRISTIAN GARATE GONZALEZ

SANTIAGO DE CHILE

2015

DEDICATORIA

También vosotros, señores jueces, debéis abrigar buenas esperanzas frente a la muerte y tener por cierta una sola cosa en el pensamiento, y es que al hombre bueno no hay mal que lo alcance en la vida ni en la muerte, y que sus asuntos no son descuidados por los dioses.

Sócrates, en la Apología de Sócrates de Platón.

AGRADECIMIENTOS

Sin duda que la gratitud primordial va con mi núcleo familiar, ya que mis padres como hermanos han sido fundamentales a la hora de acompañar un rendimiento académico que culmina en la presentación de esta memoria.

La labor docente es esencial para la génesis del conocimiento y, en ese sentido, es inconmensurable el apoyo otorgado por el Profesor Cristián Gárate, en cuanto desde que lo conocí el año 2011 ha incentivado el desarrollo de mi acervo jurídico y el de tantos otros compañeros de Escuela, siempre brindando luz con sus lúcidos comentarios e idóneas exigencias académicas.

La labor profesional es formadora de carácter y criterio jurídico, por lo mismo es que mis agradecimientos también van dirigidos a la Fiscalía Nacional Económica, lugar que ha asentado las bases de mi sapiencia jurídica y ha dado sustento al desarrollo final de este trabajo. En particular, me gustaría agradecer a los abogados Nicolás Carrasco y Francisco Bórquez, en cuanto sus juicios me han permitido pulir ideas que estaban en las penumbras.

Finalmente, reconocer los diversos consejos entregados por amigos que nunca fallan, como lo fueron los de Carlos Pino en asuntos jurídicos y de Pablo Gutiérrez en materias económicas.

RESUMEN

En el último tiempo la discusión por la energía ha copado el debate público, con lo cual se ha transformado en un tema tanto nacional como internacional de suma relevancia. Ello se ha traducido especialmente en discusiones acerca del desarrollo sustentable y cómo enverdecer las fuentes y procesos productivos de energía. Así, se han propuesto tres vías para lograr dicho objetivo: i) innovación tecnológica; ii) eficiencia energética, y; iii) apoyo estatal a las energías renovables. Esta tesis centrará sus propuestas en la última opción mencionada.

En ese sentido es que este trabajo busca, en primer lugar, revelar las tendencias del mercado eléctrico internacional para, en segundo lugar, a la luz de recomendaciones OCDE sugerir modificaciones a nuestra normativa eléctrica nacional. Luego, adentrarse a describir el funcionamiento del mercado eléctrico nacional, particularmente la generación de precios, y con tales antecedentes sumado la experiencia internacional proponer, dada la inexistencia de aspectos fiscales en nuestra legislación salvo contadas excepciones, vías de inclusión de energías renovables.

Pues bien, una participación activa del Estado en el incentivo de las energías renovables reviste tal importancia que no puede concretarse sin más, es por tal razón que los últimos capítulos de este trabajo tienen por objetivo

ilustrar sobre las ayudas estatales en Europa y su relación con la libre competencia en los mercados, para luego hacer la debida extrapolación a Chile. En conclusión, la incursión del Estado con sus recursos en el mercado energético puede provocar efectos económicos nocivos, por lo mismo es de suma importancia la creación de una normativa específica que regule las ayudas estatales y un nuevo entendimiento de este concepto, tanto a nivel positivo como en la práctica jurídica.

ABREVIATURAS

OCDE / OECD: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

AIE / IEA: Agencia Internacional de Energía

ERNC: Energía renovable no convencional

CNE: Comisión Nacional de Energía

LGSE: Ley General de Servicios Eléctricos

CDEC: Centro de Despacho Económico de Carga

CDEC SIC: Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central

CDEC SING: Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado del Norte Grande

CC: Código Civil

CCom: Código de Comercio

D.L.: Decreto Ley

SEC: Superintendencia de Electricidad y Combustibles

CORFO: Corporación de Fomento de la Producción

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Lisboa

Comisión: Comisión Europea

CS: Corte Suprema

TDLC: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

FNE: Fiscalía Nacional Económica

MTT: Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

DEFINICIONES

Desarrollo sustentable: Es la administración y conservación de la base de recursos naturales y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales de tal forma que aseguren el logro y la satisfacción permanentes de las necesidades humanas para el presente y las futuras generaciones.

Energías renovables no convencionales: Aquella energía eléctrica generada por medios de generación renovables no convencionales (biomasa, hidráulica cuya potencia máxima sea inferior a 20.000 kilowatts, geotérmica, solar, eólica, mareomotriz y otros medios que utilicen energías renovables).

Energías fósiles: La que procede de compuestos producidos hace millones de años y que pasaron por grandes procesos de transformación, para hoy encontrarse como combustibles en forma de carbón, petróleo y gas principalmente.

Eficiencia energética: Es el conjunto de acciones que permiten optimizar la relación entre la cantidad de energía consumida y los productos y servicios finales obtenidos.

Ayuda estatal: Son todo tipo de auxilio otorgado por el Estado o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, los que al ser concedidos favorecen a determinados agentes económicos, sectores o actividades.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
RESUMEN	4
ABREVIATURAS	6
DEFINICIONES	7
INTRODUCCIÓN	12
1. CAPÍTULO I: COSTOS DE LA INACCIÓN	18
1.1 ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES	18
1.2 ASPECTOS ECONÓMICOS	21
1.3 RECAPITULACIÓN	25
2. CAPÍTULO II: EXORDIO DEL SISTEMA ELÉCTRICO MUNDIAL	27
2.1 MATRIZ ENERGÉTICA A ADOPTAR: SOBRE LAS ENERGÍAS A UTILIZAR	27
2.2 RECAPITULACIÓN	33
3. CAPÍTULO III: RECOMENDACIONES DE LA OECD A CHILE	34
3.1. OECD MAINTAINING MOMENTUM (2011): OECD PERSPECTIVES ON POLICY CHALLENGES IN CHILE	34
3.2 CHILE ENERGY POLICY REVIEW 2009	40
3.2.1 <i>DIVERSIFICACIÓN DE LA MATRIZ ENERGÉTICA NACIONAL</i>	40
3.2.2 <i>FORTALECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES RELACIONADAS AL SECTOR ENERGÉTICO</i>	47
3.3 RECAPITULACIÓN	48
4. CAPÍTULO IV: NOCIONES SOBRE EL SISTEMA ELÉCTRICO CHILENO	50
4.1 IMPORTANCIA DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA PARA CHILE	50
4.1.1 <i>LA MATRIZ ELÉCTRICA NACIONAL: SING, SIC, AYSÉN Y MAGALLANES</i>	50
4.1.2 <i>RIESGOS GEOPOLÍTICOS: ¿QUÉ CONSECUENCIAS, A NIVEL POLÍTICO, HA GENERADO LA OPCIÓN POR DIVERSAS FUENTES DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN CHILE?</i>	54
4.2 EL SISTEMA ELÉCTRICO CHILENO	60
4.2.1 <i>RÉGIMEN ESPECIAL: LEGISLACIÓN Y PRINCIPIOS PROPIOS</i>	60
4.2.2 <i>LOS TRES SECTORES DEL SISTEMA: GENERACIÓN, TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN</i>	62
4.2.3 <i>OPERACIÓN DEL SISTEMA: CENTRO DE DESPACHO ECONÓMICO DE CARGA (CDEC)</i>	67
4.2.4 <i>GENERACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO ELÉCTRICO</i>	69
4.2.4.1 <i>PRECIOS EN EL SECTOR GENERACIÓN</i>	70
4.2.4.2 <i>PRECIOS EN EL SECTOR TRANSPORTE</i>	88

4.2.4.3 PRECIOS EN EL SECTOR DISTRIBUCIÓN	95
4.3 RECAPITULACIÓN	97
5. CAPÍTULO V: LA REALIDAD CHILENA ¿QUÉ TENEMOS ACTUALMENTE?	99
5.1 RÉGIMEN APLICABLE A LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLE NO CONVENCIONAL	99
5.1.1 LEY 20.257: PRECIO Y MERCADO ASEGURADO	99
5.1.2 LEY 20.698: FOMENTO A EXPANSIÓN ERNC (20/25)	108
5.1.3 SUBSIDIOS CORFO ¿SON SUFICIENTES?	113
5.2 MERCADO ELÉCTRICO NACIONAL	116
5.2.1 ANÁLISIS DE SU FALLA DE MERCADO: MONOPOLIOS NATURALES Y CONCENTRACIÓN SECTORIAL	116
5.3 RECAPITULACIÓN	125
6. CAPÍTULO VI: REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY ELÉCTRICA CHILENA	127
6.1 ASPETOS FISCALES EN LA LEY ELÉCTRICA: ¿EXISTEN REALMENTE?	127
6.2 PROPUESTAS A SEGUIR: CREACIÓN DE IMPUESTOS AMBIENTALES Y GENERACIÓN DE UN MARCO REGULATORIO PARA AYUDAS ESTATALES	129
6.3 RECAPITULACIÓN	132
7. CAPÍTULO VII: LA EXPERIENCIA EUROPEA	134
7.1 DIRECTIVAS EUROPEAS	134
7.1.1 DIRECTIVA 2009/28/CE	134
7.2 TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA	138
7.2.1 REAL DECRETO 661/2007 SOBRE RÉGIMEN ELÉCTRICO ESPECIAL	138
7.3 RECAPITULACIÓN	142
8. CAPÍTULO VIII: ASPECTOS FISCALES Y LIBRE COMPETENCIA EN EUROPA, EN PARTICULAR SOBRE AYUDAS ESTATALES	144
8.1 INTRODUCCIÓN	144
8.2 TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA (TFUE)	146
8.2.1 BREVE ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DEL TFUE (NOCIONES SOBRE LIBRE COMPETENCIA)	146
8.2.1.1 CARTELES (ACUERDOS HORIZONTALES COLUSIVOS)	146
8.2.1.2 ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE	155
8.2.2 BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 107 DEL TFUE (ANÁLISIS GENERAL DE LAS AYUDAS ESTATALES)	162
8.2.2.1 EXISTENCIA DE INTERVENCIÓN ESTATAL O POR MEDIO DE RECURSOS ESTATALES	173
8.2.2.2 LA INTERVENCIÓN OTORGA UNA VENTAJA SELECTIVA AL RECEPTOR DE LA AYUDA	178
8.2.2.3 DISTORSIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA	188
8.3 DIRECTIVA 2009/72/CE SOBRE NORMAS COMUNES PARA EL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD	190

8.3.1 DESCRIPCIÓN DE SUS ELEMENTOS DIFERENCIADORES CON LA LEGISLACIÓN CHILENA-----	191
8.3.1.1 INTERVENCIÓN ESTATAL EN LAS DECISIONES DE LOS ACTORES DEL MERCADO -----	191
8.3.1.2 DESINTEGRACIÓN VERTICAL DEL MERCADO, EL SECTOR TRANSPORTE -----	193
8.4 COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA -----	198
8.4.1 COMUNICACIONES DE CARÁCTER PARTICULAR -----	198
8.4.1.1 COMUNICACIÓN RELATIVA A LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE LAS AYUDAS ESTATALES VINCULADAS A COSTES DE TRANSICIÓN A LA COMPETENCIA EN EL MERCADO ELÉCTRICO EUROPEO -----	198
8.5 CASOS DE AYUDAS ESTATALES TRAMITADOS ANTE LA COMISIÓN EUROPEA----	203
8.5.1 CASOS PARTICULARES (SELECCIÓN DE CASOS RECIENTES ASOCIADOS A TEMAS ELÉCTRICOS)-----	204
8.5.1.1 CASO N° 391/2006 – DENMARK, TAX RATE REDUCTIONS: HEAT PRODUCED IN CHP’S, HEAT PRODUCED BY ELECTRICITY, AND PROCESS HEAT. -----	204
8.5.1.2 CASO N° 394/2007 – DENMARK, NON-APPLIANCE TO WIND POWER PLANTS OF LOWER DEPRECIATION RATE -----	207
8.5.1.3 CASO N° 691/2009 – HUNGARY, HUNGARIAN STRANDED COSTS COMPENSATION SCHEME -----	210
8.5.2 PRINCIPIOS GENERALES -----	214
8.6 RECAPITULACIÓN-----	216
9. CAPÍTULO IX: TRASPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA A CHILE -----	219
9.1 INTRODUCCIÓN -----	219
9.2 CASOS SEGUIDOS ANTE EL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC) Y LA EXCMA. CORTE SUPREMA (CS)-----	220
9.2.1 CAUSA C-179-08 DEMANDA DE NETLAND CHILE CONTRA MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES-----	223
9.2.2 CAUSA ROL C-219-11 DEMANDA DE NAVIERA VALDIVIA CONTRA MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS -----	228
9.2.3 CAUSA C-256-13 DEMANDA DE RAMÍREZ Y COMPAÑÍA LIMITADA CONTRA MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES -----	232
9.2.4 CAUSA C-148-07 REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA LA JUNTA AERONÁUTICA CIVIL Y CAUSA C-242-12 DEMANDA DE SONDA CONTRA SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN -----	236
9.3 PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES -----	240
10. CAPÍTULO X: PROPUESTA DE LEGE FERENDA, SOBRE LA CREACIÓN DE UNA REGULACIÓN PARA EL CONTROL DE LAS AYUDAS ESTATALES EN CHILE-----	242
11. CAPÍTULO XI: CONCLUSIONES -----	258
12. BIBLIOGRAFÍA-----	260

INTRODUCCIÓN

El ingreso de Chile a la OECD representa una oportunidad de aprendizaje, tanto para nuestro país como para los antiguos integrantes de dicho organismo, especialmente en lo relativo al sector energético. Si bien es cierto, hay logros en la política energética nacional por los cuales sentir orgullo y que pueden representar enseñanzas para otros Estados, tal situación no es suficiente para estar en sintonía con los acuerdos que hemos ratificado. En este sentido, sobre la base de la experiencia de los países miembros de la OECD y de la Agencia Internacional de Energía (AIE), es posible pensar en un desarrollo sustentable que incorpore, de forma directa, a las energías renovables.

La privatización y liberalización del sector eléctrico en Chile ha sido uno de los mayores logros en política energética, no solo por el nivel de competitividad que se ha insertado en dicho sector¹, sino por su importancia dentro del crecimiento de la economía nacional y con ello de la progresiva reducción de los índices de pobreza. Tanto es así, que la agenda

¹ Aseveración sujeta a discusión por estos días, en cuanto las autoridades tienen serias dudas respecto a la competencia en el mercado eléctrico por el elevado precio de la electricidad. Confirma lo anterior, el hecho que el Fiscal Nacional Económico, señalara que el sector energético (conjuntamente con el de salud) sería una de las prioridades en la investigación de mercados para su nuevo período 2014-2018.

política de los gobiernos desde el año 1990 en adelante ha abogado por mantener una estrecha relación entre energía, crecimiento económico y superación de la pobreza, comprendiendo que el aseguramiento del sector energético es primordial para que Chile pueda ser capaz de salir del subdesarrollo². Como punto culmine de estos esfuerzos, se encuentra la Agenda Energética presentada en mayo del año 2014 por el Gobierno de la Presidenta Bachelet, donde además de hacerse cargo de cada uno de los puntos señalados, añade que “abordar esta problemática [refiriéndose a los precios de la energía y la competitividad del sector eléctrico] requiere de un rol más activo del Estado en la planificación estratégica de largo plazo del sector, conciliando objetivos económicos, ambientales y sociales, en pro del bien común de todos los chilenos y chilenas³.”

Sin embargo, las diversas crisis energéticas sea que se trate de sequías prolongadas, recortes de gas por parte de Argentina o incrementos en los precios de los combustibles, entre otras que han afectado la calidad y seguridad del suministro eléctrico, influyeron para propender a un cambio de la agenda energética gubernamental, pues, especialmente desde el año 2004 cuando comienza la crisis del gas argentino, los gobiernos han

² Idea planteada por el ex Ministro de Economía, Energía y Minería, Jorge Rodríguez Grossi en RODRÍGUEZ GROSSI, Jorge. ¿Amenaza de crisis energética? [presentación power point] Santiago, 2011.

³ MINISTERIO DE ENERGÍA DE CHILE, Agenda de Energía. Un desafío país, progreso para todos. Santiago de Chile, Mayo de 2014. p. 16.

adoptado una férrea postura que propugna la independencia energética y la diversificación de la matriz.

Esta última tendencia seguida por nuestras autoridades, junto a una nueva orientación a nivel mundial que proclama por el desarrollo sustentable y la reducción de los niveles de contaminación actuales, ha generado un clima propicio para el desarrollo de las energías renovables no convencionales⁴, siendo un ejemplo de ello la aprobación de las Leyes Cortas 1 y 2 y las Leyes N° 20.257 y 20.698 que vienen a fomentar y asegurar la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable no convencional⁵. Con todo, se debe señalar que este tipo de energía limpia tiene costos más elevados que los menospreciados combustibles fósiles, cuestión

⁴Dentro de las Directivas de la Unión Europea se les trata con el nombre de energías renovables (energías procedentes de fuentes renovables), mientras que en Chile se ha adoptado la nomenclatura de energías renovables no convencionales. En estos dos lugares existen definiciones legales sobre qué se debe entender por una u otra definición. En este trabajo se acoge la definición nacional. La Directiva 2009/28/CE expresa en su Art. 2 a): energía procedente de fuentes renovables: la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás; Ley 20.257 Art. Único 4)-Art. 225 ab): Energía renovable no convencional: aquella energía eléctrica generada por medios de generación renovables no convencionales (biomasa, hidráulica cuya potencia máxima sea inferior a 20.000 kilowatts, geotérmica, solar, eólica, mareomotriz y otros medios que utilicen energías renovables).

⁵ La ley corta 1 es la Ley N° 19.940 publicada en el Diario Oficial el 13 de marzo de 2004 durante el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos, la cual tuvo por objetivo fomentar las energías renovables por medio de liberar a parte de ellas del pago de peaje por el transporte de la electricidad que generan. A su vez, la ley corta 2 es la Ley N° 20.018 publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 2005, teniendo como fundamento la generación de licitaciones competitivas para dar certeza al sector de generación eléctrica. Por otra parte, la Ley N° 20.257 data del año 2007 del primer Gobierno de la Presidenta Bachelet y creó una obligación para los generadores de electricidad de producir electricidad en base a energías renovables no convencionales y, asimismo, la Ley N° 20.698 del año 2013 del Gobierno del Presidente Piñera va en el mismo sentido aunque aumenta los niveles de producción de electricidad en base a ERNC.

que podría desincentivar el clima propicio hacia las primeras. En este sentido, los chilenos “en la teoría somos muy conscientes con el medio ambiente, pero a la hora de meter la mano al bolsillo, preferimos pagar menos.⁶” En consecuencia, se vuelve absolutamente relevante el hecho de informar a la comunidad sobre las implicancias que reviste la elección de la energía que queremos utilizar como país.

Es así que la intención de este trabajo es adentrarse en la regulación que la ley eléctrica establece para las energías renovables y, a partir de ello, comprobar si allí existen aspectos fiscales. En esa revisión se tomarán en cuenta recomendaciones de la OECD y la experiencia internacional que ya ha incursionado en este ámbito, con motivo de confrontarlas con la normativa vigente en Chile y poder obtener conclusiones y propuestas a seguir.

Así las cosas, el desarrollo de las energías renovables requiere de un apoyo estatal irrestricto, pues como se demostrará en capítulos siguientes, es la única fórmula para que este tipo de energía pueda inmiscuirse en el mercado energético con el poder suficiente para tener sustentabilidad económica en el tiempo.

⁶ Medio Ambiente. Encuesta: Chilenos están poco dispuestos a pagar más por cuidar el medio ambiente. [En línea] La Segunda. 3 de Mayo de 2011 <<http://www.la2da.cl/modulos/catalogo/Paginas/2011/05/03/LUCSGDI27SG0305.HTM>> [consulta: 1 de Junio de 2011].

Sin embargo, para efectos de dar apoyo estatal a la energía verde es necesario recurrir a ejemplos internacionales como el de la Comunidad Europea, que en estas lides son los más aventajados, al considerar que el apoyo estatal a la energía, ya sea convencional o renovable, puede falsear la competencia en los mercados energéticos y conexos, por lo que la adopción incondicional de las ayudas estatales puede ser perjudicial si es que no se adoptan los resguardos debidos, tarea que se pretende alcanzar por medio de la regulación de la ayuda estatal.

En razón de lo anterior, es que aparece como esencial ver las bases en las cuales descansa la libre competencia en el mercado eléctrico y cómo ella puede verse afectada por la inclusión de ayudas estatales, pues desde allí es posible crear incentivos competitivos y lícitos para la obtención de la deseada sustentabilidad energética. Aunque desde ahora, se debe advertir que el alcance de este trabajo solo dice relación con el diseño de un mecanismo de revisión de las ayudas estatales basado en criterios del derecho de la libre competencia, más no en la forma y contenido de la ventaja estatal que permita la concesión de beneficios competitivos.

Entonces, esta memoria tiene dos grandes pilares, el derecho eléctrico y la libre competencia, los cuales en la parte final del presente escrito convergen para dar respuesta al cómo incentivar y controlar

las energías renovables no convencionales en Chile: la creación de un marco regulatorio y de control sobre ayudas estatales, armonizando los incentivos con un mercado competitivo.

Antes de iniciar, téngase presente que la postura adoptada para realizar este trabajo es la del apoyo al desarrollo de las energías renovables no convencionales, siempre sincerando los costos y beneficios que tiene la adopción de esta posición.

1. CAPÍTULO I: COSTOS DE LA INACCIÓN

1.1 ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES

La forma correcta de iniciar una tesis que pretende propugnar la inclusión de las energías renovables no convencionales en la matriz energética nacional, como una forma de enfrentar los efectos nocivos de la contaminación y el cambio climático, es comenzar por revelar el futuro que nos depara en el caso de no actuar en la manera sugerida en este trabajo.

El costo de la inacción es algo que está fuera de toda controversia, pues todos los actores asumen que no actuar conlleva la asunción de costos tanto para la economía como para el medio ambiente. Con todo, lo que sí es objeto de pugnas es la extensión o cuantificación de los costos asociados a la inacción, por cuanto se dice que es un hecho la falta de información apropiada para proyectar el coste de las medidas de cambio y mitigación y, en consecuencia, se reducen las posibilidades de adoptar decisiones racionales⁷.

⁷ En este sentido, revisar el siguiente texto elaborado por la Agencia Internacional de Energía, en particular su Departamento de Renewable Energy Technology Deployment: "Climate Change Adaptation, Damages and Fossil Fuel Dependence", páginas 11 y siguientes.

En palabras simples se ha dicho que “el cambio climático amenaza los elementos básicos de la vida para las personas alrededor del mundo – acceso al agua, alimentos, salud, uso de la tierra y el medio ambiente⁸.” En ese orden de cosas, el medio ambiente se verá afectado por el alza progresiva de la temperatura, con lo cual se derretirán glaciares, el rendimiento de los cultivos mermará, el océano será más ácido, subirá el nivel mar y los ecosistemas serán vulnerables a los bruscos cambios generando masivas extinciones de flora y fauna⁹.

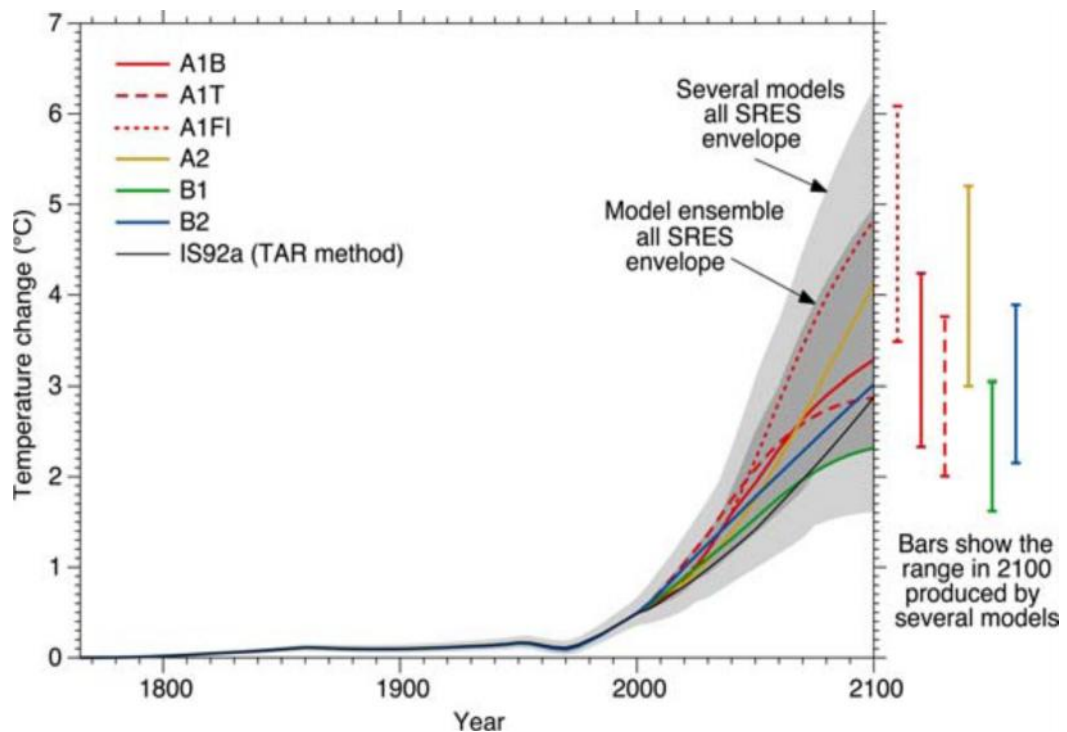
De acuerdo con lo planteado anteriormente, el daño al medio ambiente será inevitable y ello es demostrable en conformidad a lo que se expone en el siguiente gráfico¹⁰:

Gráfico N° 1: Proyección de la temperatura para el siglo XXI

⁸ STERN, Nicolas. Stern Review on the Economics of Climate Change. Her Majesty's Treasury, Government of United Kingdom, 2006, p. 56. [en línea]. http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/destaques/sternreview_report_complete.pdf [consulta 13 de Marzo de 2014]. Traducción libre de la cita original: “Climate change threatens the basic elements of life for people around the world –access to water, food, health, and use of land and environment.”

⁹ En este sentido, se encuentran los Informes del Intergovernmental Panel on Climate Change, en específico su Informe del año 2014. Intergovernmental Panel on Climate Change. Summary for Policymakers: Climate Change 2014 Impacts, Adaptación, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. United Kingdom, Cambridge, Cambridge University Press and New York. P. 4.

¹⁰ *Ibíd.* P. 58.



Consecuentemente, si los diversos modelos proponen, en mayor o menor medida, un alza inevitable de la temperatura mundial, es evidente la producción de un daño al medio ambiente. Así, se genera una causalidad perfecta, donde el incremento de la temperatura se presenta como causa de los daños ambientales. Esa conclusión es tanto más reprochable si entendemos que “el Informe del Grupo de Trabajo I [haciendo referencia al Grupo de Trabajo I del Intergovernmental Panel on Climate Change] también encontró fuerte evidencia de que el calentamiento se debe a la intervención humana en comparación a los reportes previos del Panel Intergubernamental para el Cambio Climático. En tanto la ciencia del clima avanza, los estudios muestran que las fuerzas naturales por sí solas, las

fuerzas no humanas que gobiernan el clima, no proveen una explicación adecuada para el calentamiento global observado¹¹.

Si los daños ambientales son claros y derivación del actuar de la raza humana, ahora es turno de ver el impacto económico del daño y la forma más eficiente de afrontarlos.

1.2 ASPECTOS ECONÓMICOS

En cuanto al ámbito económico, es innegable la inexistencia de información pormenorizada que dé cuenta de todos los factores a considerar para confeccionar estudios completos sobre los costos del cambio climático.

Sin embargo, “existe suficiente evidencia para concluir que el costo de la inacción es mayor, y aparece significativamente mayor al costo de la acción¹². Por tanto, asumiendo dicha base es que se

¹¹ DERNBACH, John y KAKADE, Seema. 2008. Climate Change Law: An Introduction. Energy Law Journal 29 (1), p. 4. Traducción libre de la frase: “The WGI report also finds stronger evidence than in previous IPCC reports that warming is due to human activity. As climate science advanced, studies showed that natural forces alone –the nonhuman forces that govern the climate system- cannot provide an adequate explanation for observed global warming.”

¹² Renewable Energy Technology Deployment (RETD). Climate Change Adaptation, Damages and Fossil Fuel Dependence. [en línea] < <http://iea-retd.org/wp-content/uploads/2011/11/SC6-Costs-of-Inaction-Final-Report.pdf>> [consulta: 13 de Marzo de 2014]. P. 2.

debe argumentar sobre la racionalidad de adoptar medidas tendientes a frenar y mitigar el cambio climático.

La gran falla del mercado energético son las externalidades negativas, las cuales se presentan primordialmente como la contaminación que emiten las fuentes generadoras de energía. Así, “la asunción normal de los economistas de que la economía de mercado lleva a resultados deseables es controvertida por la presencia de “externalidades”, la categoría de las fallas de mercado que es más relevante a efectos de la regulación del medio ambiente. Una externalidad es una situación donde las acciones de una empresa o persona tienen consecuencias para otro que no tiene incumbencia en la acción desplegada¹³⁻¹⁴.

La pregunta cae por su propio peso ¿Cuál es el problema con las externalidades negativas? La respuesta es que el uso de los

¹³ SMITH, Steven. Environmental Economics: A very short introduction. Estados Unidos, Oxford University Press, 2011, p. 11. Traducción libre de la frase: “The economist’s normal presumption that a market economy leads to socially desirable outcomes is also overturned by the presence of “externalities”, the category of market failure most directly relevant to environmental policy. An externality is a situation where the actions of some firm or individual have consequences for someone else who has no say in the matter.”

¹⁴ Se entiende por falla de mercado: “Típicamente, al menos en la teoría de la asignación, significa la falla de un sistema más o menos idealizado de instituciones en mantener actividades deseables o detener actividades indeseables. La conveniencia de una actividad se evalúa en relación con los valores de la solución de un problema de máximo bienestar.” BATOR, Francis. The Anatomy of Market Failure. The Quarterly Journal Economics, Vol. 72, No 3, The MIT Press, 1958, p. 351.

bienes está siendo ineficiente y, por lo mismo, se generan este tipo de externalidades para alguien, sea o no participante del mercado.

A su vez, el “más básico de los principios económicos dice que la eficacia económica de una economía descentralizada requiere que los precios reflejen los costos marginales: el costo marginal se refiere al valor de los bienes y servicios adicionales sacrificados para obtener una cantidad adicional de algún bien¹⁵, por tanto, si la empresa contaminante no puede internalizar los costos de la externalidad en su proceso productivo ella es ineficiente y, en consecuencia, bajo condiciones óptimas de mercado esa firma estaría destinada al fracaso.

En tal entendido, y pese a los diversos criterios de eficiencia económica que existen¹⁶, hay una cosa clara: la contaminación es

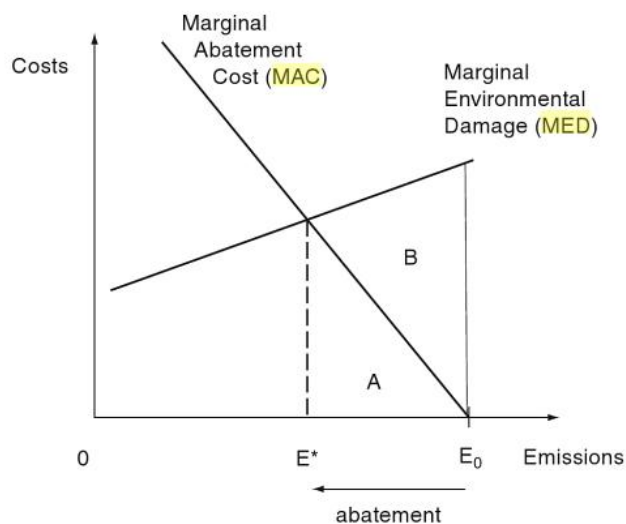
¹⁵ SWEENEY, James. Problemas y políticas de los energéticos: una evaluación. P. 510. En: HAVEMAN, Robert y MARGOLIS, Julius. Un análisis del gasto y las políticas gubernamentales. México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 669p.

¹⁶ Existen diversos criterios que el análisis económico utiliza para alcanzar el bienestar social o eficiencia. Para ahondar en estos temas se sugiere consultar las siguientes obras: a) POSNER, Richard, El Análisis Económico del Derecho (donde se entiende que la eficiencia viene dada por escoger la acción que otorgue mayor bienestar social –medido en riqueza material-); b) COASE, Ronald, El problema del costo social (aboga porque la mejor opción de bienestar se alcanza por medio de la negociación directa entre los interesados); c) También se puede incluir aquí el criterio Kaldor-Hicks, para lo cual se recomienda revisar KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *The Economic Journal*, Vol. 49, N° 195, pp. 549-552; HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. *The Economic Journal*, Vol. 49. N° 196, pp. 696-712, y; HICKS, John. The Rehabilitation of Consumers Surplus. *Review of Economic Studies*, Vol. 8, p. 108. En este criterio se alcanza un óptimo en el punto en que los ganadores son capaces de compensar a los perdedores, sin que los primeros por ello dejen de ser ganadores, o bien, que los perdedores en el afán de mantener su situación sean capaces de sobornar a los ganadores para mantener el status quo.

una externalidad negativa de la cual algunos están usufructuando sin internalizar dicho costo en su producción, generando un mercado que asigna los recursos de forma ineficiente al señalar precios distorsionados. Tal aserto, tarde o temprano, generará costos, lo cual da plena justificación a la intervención en el mercado por parte del Estado.

Como conclusión, concordamos con que “la pieza clave de este enfoque es que el beneficio total a la sociedad proveniente del control de la contaminación será maximizado (...) en el nivel en que el costo marginal de disminuir la contaminación (MAC) y el costo marginal del daño ambiental (MED) son iguales, como se muestra en el siguiente gráfico¹⁷.

Gráfico N° 2: Costos marginales de descontaminación y daño ambiental



¹⁷ SMITH, Stephen. Op. Cit. P. 17-18.

El análisis del gráfico precedente muestra dos asuntos, una recta de disminución de costos de la contaminación y una recta de disminución de costos del daño ambiental. El punto E* muestra el equilibrio entre las dos rectas, esto es, donde se alcanza el máximo bienestar social, pues la correspondencia entre los costos marginales es equiparada, evitando desproporciones tales como: i) que por cada unidad menos de contaminación aumente en mayor proporción el costo marginal de descontaminación gravando al agente económico, o; ii) que por cada unidad menos de descontaminación aumente en mayor medida el daño provocado al medio ambiente gravándolo a él y conjuntamente a la población.

Por tanto, desde el punto de vista económico, la inacción en el ámbito de la descontaminación crea un mercado que genera ineficiencias y con ello daño al medio ambiente y a las personas. Así, no cabe duda que debe haber regulación que tienda a mitigar o eliminar estas imperfecciones, las cuales, como abordaremos más adelante, consistirán en el apoyo por parte del Estado a las energías renovables no convencionales.

1.3 RECAPITULACIÓN

Los problemas de mantenerse pasivos ante el cambio climático y sus efectos son dobles, ya que se pueden identificar tanto unos ambientales como otros económicos.

En lo relativo a los problemas ambientales, es claro que la intervención humana provoca y seguirá provocando estragos en insumos básicos para la vida como lo son la tierra, el agua, los alimentos, entre otros. En consecuencia, corre riesgo nuestra propia vida y existencia.

Por otra parte, también es evidente que la falta de acción generará problemas económicos, pues la falta de intervención en el mercado permite la existencia de fallas que derivan en una inadecuada asignación de los recursos, favoreciendo la permanencia de agentes ineficientes en el mercado.

El rehuir de estos desafíos solamente repercute en la calidad de vida del mundo completo, pues el cambio climático, a diferencia de otros males, no reconoce fronteras.

2. CAPÍTULO II: EXORDIO DEL SISTEMA ELÉCTRICO MUNDIAL

2.1 MATRIZ ENERGÉTICA A ADOPTAR: SOBRE LAS ENERGÍAS A UTILIZAR

Como preámbulo inicial a toda discusión acerca de la matriz energética que se debe adoptar, ya sea a nivel global, regional o nacional, siempre hay que tener en cuenta que, como telón de fondo, está la tendencia mundial hacia la reducción de emisiones de los gases de invernadero y el control del calentamiento global.

Es sabido que los combustibles fósiles (carbón, petróleo y gas) son los que contribuyen mayormente en la emisión de gases invernadero (dióxido de carbono, metano y óxido nitroso), de modo tal que es un hecho que las nuevas políticas energéticas tenderán a reducir la producción de electricidad en base a tales combustibles.

El panorama para el 2020 se configura de modo tal que “las emisiones de CO₂ relacionadas con energía se espera que constituyan la principal fuente de emisiones globalmente, contando el sector energía e industria con índices del 44% y 16% respectivamente. Casi la mitad de estas emisiones, a nivel mundial, se prevé que deriven de las principales economías emergentes mundiales, donde el sector energía e industria cobran

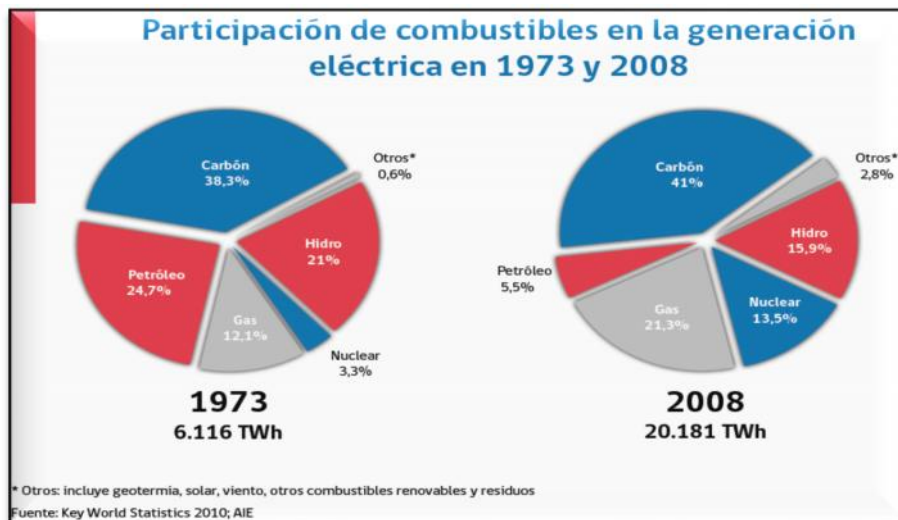
mayor importancia al aportar con el 51% y 21% respectivamente¹⁸. Siendo esto así, se hace previsible que los combustibles a utilizar desde este momento hacia el futuro vayan en dirección a energías limpias o renovables, las cuales permitirán obtener resultados fructíferos respecto de los acuerdos celebrados para alcanzar un desarrollo sustentable.

Las consideraciones que se adoptan para seguir la senda del desarrollo sustentable se explican, en gran parte, por la matriz energética convenida hasta hoy, puesto que ella se compone mayormente de combustibles provenientes de energías no renovables (carbón, petróleo y gas), que al ser utilizados para generar electricidad producen mayor contaminación que la que producirían las energías renovables. El siguiente gráfico refleja cómo se ha ido transformando la matriz energética¹⁹.

Gráfico N°3: “Participación de combustibles en la generación eléctrica en 1973 y 2008”.

¹⁸AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Sectoral Approaches in Electricity, Building bridges to a safe climate. París, 2009. 186p. Nota traducida de la siguiente en inglés: “Global energy-related CO2 emissions are expected to constitute the main share of emissions...with power and industry accounting for the lion’s share-44% and 16% of the total energy-related CO2 respectively. Almost half of the 2020 energy-related CO2 emissions are expected to be emitted by the major emerging economies, where the power sector (51%) and industry (21%) play an even larger role.”

¹⁹MINISTERIO DE ENERGÍA DE CHILE. Antecedentes sobre la matriz energética en Chile y sus desafíos para el futuro. [diapositivas] Santiago, 2011. 19p.



A partir de lo anterior, es ineludible concluir que hasta el año 2008 la matriz se compone principalmente de combustibles fósiles altamente contaminantes, aun cuando ha crecido fuertemente la generación de electricidad en base a energía nuclear y, en mucha menor medida, la que proviene de energías renovables.

Con todo, el consumo de energía seguirá incrementándose conforme transcurren los años²⁰, motivo por el cual es necesario preguntarse ¿Qué combustibles serán utilizados para producir electricidad en los próximos años? Los siguientes gráficos²¹⁻²² son

²⁰Para la revisión en extenso de este tema se recomienda la lectura de los “World Energy Outlook” de los años 2009 en adelante, confeccionados por la Agencia Internacional de Energía, documentos que consideran proyecciones hasta el año 2035.

²¹AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Energy World Outlook 2010. [gráfico] París, 2010. 738p.

concluyentes al respecto, dando a entender que los combustibles fósiles permanecerán en su situación privilegiada, siendo la principal fuente de generación de energía eléctrica.

Gráfico N°4: “Fuentes de generación de la electricidad mundial bajo el escenario de las nuevas directivas”.

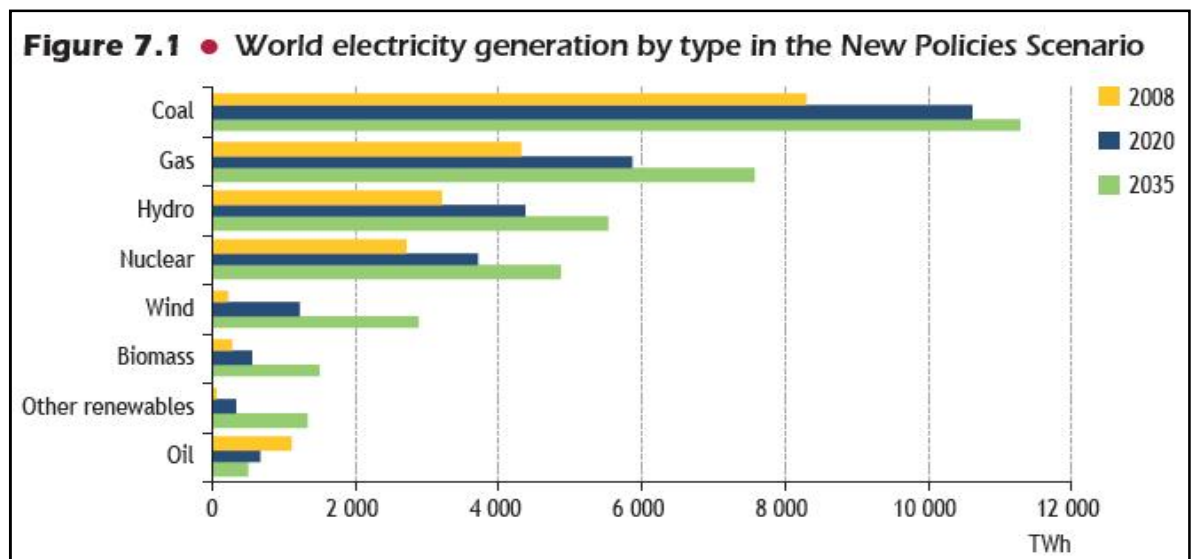
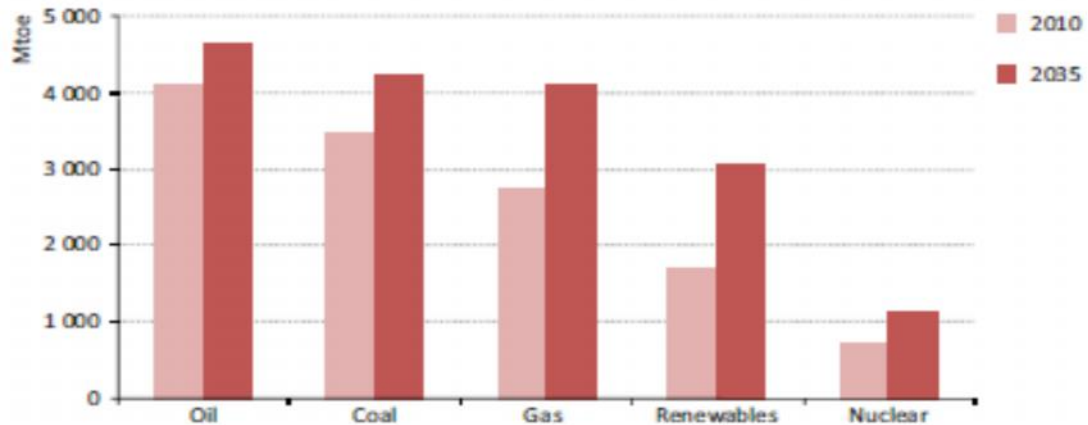


Gráfico N° 5: “Demanda de energía primaria mundial por combustible bajo el escenario de las nuevas directivas.”

²²AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. World Energy Outlook 2012. [gráfico] París, 2012, p. 54.

Figure 2.3 World primary energy demand by fuel in the New Policies Scenario



Esta situación nos lleva a pensar que el mundo ya adoptó su matriz energética, basada principalmente en energías no renovables y que, al menos, durante los próximos 25 años, no habrá cambio alguno al respecto. Lo anterior, se ve reafirmado en el incremento de la demanda de energía, el cual también va dirigido al aumento del consumo de energías convencionales.

Especial relevancia adquieren en este punto las grandes economías emergentes (China, India, Rusia y Brasil) y los países no miembros de la OECD, en el sentido que tales naciones han incorporado a sus plantas de generación tecnología afín al petróleo, carbón y gas, con lo cual vienen a reafirmar la tendencia antes mencionada. Es más, resulta claro que esa tecnología incorporada representó grandes inversiones cuyos retornos para los inversionistas demoran largos años en llegar (incluso podría tratarse

de costos hundidos para las empresas), si es que efectivamente ello llega a ocurrir, se constituye en un motivo económico que impediría un cambio abrupto para agilizar la transición hacia una generación de electricidad más sustentable²³.

Sin embargo, conjuntamente con la utilización de este tipo de energía que produce mayor cantidad de contaminación, se han propuesto alternativas para ir reduciendo las emisiones de dióxido de carbono, a saber: a) innovación en tecnología para reducir emisiones contaminantes; b) incremento de la eficiencia energética (aprovechamiento intenso de la red eléctrica y reducción del consumo) tanto a nivel de oferta como demanda, y; c) apoyo estatal a los proyectos que generen electricidad a partir de energías limpias.

Este panorama, de cara al futuro, es el que hace reflexionar acerca de qué medidas son las que nuestro país debe adoptar para contribuir a un desarrollo sustentable que, a la vez, otorgue seguridad y

²³ Este punto no deja de ser relevante, en orden a que en las últimas discusiones que se han mantenido respecto a la “economía verde o sustentable”, una de las ideas centrales es concebir la evolución de las energías renovables como una estrategia de desarrollo económico. De esta forma, ya no se les trataría simplemente como una simple fuente de generación de energía, sino como un polo económico a explotar en términos de tecnología, innovación y exportación. Para seguir de cerca esta discusión se recomienda la lectura del reporte titulado “Strategies To Finance Large-Scale Deployment Of Renewable Energy Projects: An Economic Development And Infrastructure Approach”, confeccionado por la Comisión Renewable Energy Technology Deployment (RETD) perteneciente a la Agencia Internacional de Energía; en línea: <<http://iea-retd.org/wp-content/uploads/2011/12/111205-FINANCE-RE-Final-Report.pdf>>

calidad al suministro de energía eléctrica. En el presente trabajo se ha optado por el estudio de la última propuesta, es decir, los aspectos fiscales de la ley eléctrica en relación a las energías renovables no convencionales, iniciando por revisar las recomendaciones que la OECD la ha dado a Chile para adecuar su normativa interna con parámetros internacionales.

2.2 RECAPITULACIÓN

Todo indica que el mundo ya ha adoptado una matriz energética basada en los combustibles fósiles para los próximos 20 años, de modo que las iniciativas para superar esa barrera se concentran en la innovación tecnológica, la eficiencia energética y el apoyo a las ERNC.

Aquí se aboga por el apoyo a la generación de electricidad a partir de energías renovables, por lo que el estudio se centra en ello y comienza por revelar lo que la OECD ha recomendado a Chile para seguir ese lineamiento.

3. CAPÍTULO III: RECOMENDACIONES DE LA OECD A CHILE

3.1. OECD MAINTAINING MOMENTUM (2011): OECD PERSPECTIVES ON POLICY CHALLENGES IN CHILE

Este documento tiene poca atinencia en lo relativo a energías renovables, aunque contiene dos aspectos relevantes que son de nuestro interés: i) Utilización de instrumentos económicos dentro de la normativa ambiental, e; ii) Internalización de las externalidades negativas en los costos de producción.

La premisa propuesta por la OECD versa en que “los instrumentos económicos, como impuestos, permisos transables o cuotas, que toman en cuenta el costo ambiental que está implícito en la producción de ciertos bienes o servicios, son generalmente más eficientes que los acercamientos regulatorios sobre las leyes ambientales²⁴. Razones para atender a la propuesta son que la aplicación de estos instrumentos es beneficiosa porque permite controlar la actividad contaminante de los generadores de energía y recaudar una mayor cantidad de impuestos.

²⁴OECD. Maintaining Momentum: OECD Perspectives on Policy Challenges in Chile. París. 2011. 259p. Su original está en inglés y es del siguiente tenor: “Economic or market-based instruments, such as taxes, tradable permits or user fees that take into account the environmental cost implicit in the production or use of certain goods or services, are generally more cost-effective than regulatory or command-and-control approaches to environmental policy.”

Sin embargo, nos parece que la introducción de impuestos ambientales en Chile bajo la premisa de “quien contamina paga”, es decir, introducir todos los costos ambientales en la producción de energía, no es del todo conveniente y debiese ser soportada también por otros actores.

Así, “un reporte reciente de la OECD, *The Political Economy of Environmentally-Related Taxes*, argumenta que la imposición de impuestos provee de un útil instrumento de política ambiental, pero ello podría ser más efectivo disciplinando a la demanda²⁵. En lo relativo al primer punto (que las empresas generadoras contaminantes carguen con todo el impuesto) hay razones atendibles para que ello no sea de esa forma:

- i) El aumento en los costos de producción hace perder competitividad en la generación de bienes y servicios frente a otros productores que no deben incurrir en tales gastos²⁶, y;

²⁵CLARKE, Rory. Can taxes on energy work? [en línea] OECD Observer, December 2006 N° 258/259 <http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/2100/Can_taxes_on_energy_work_.html> [consulta: 21 de Mayo de 2011]. Cita en su idioma original: “a recent OECD report, *The Political Economy of Environmentally-Related Taxes*, argues that taxation already provides a useful environment policy instrument, but that its use could be made more effective in disciplining demand.”

²⁶En posición contraria ver: EGENHOFER, Christians, FUJIWARA, Noriko y NUÑEZ, Jorge. The political economy of environmental taxation in european countries. [en línea] <<http://aei.pitt.edu/6688/>> [consulta: 8 de Mayo de 2011]. Da cuatro razones para refutar el impacto sobre la producción: 1) las tasas impositivas son demasiado bajas para afectar la producción; 2) las firmas sujetas a competencia internacional están exentas; 3) los grupos sujetos a estos impuestos no están sujetos a competencia, y; 4) las empresas tienen presupuestadas las cargas impositivas. Vale decir que esto es válido respecto a la realidad europea, de modo que se debe tomar con ciertas restricciones.

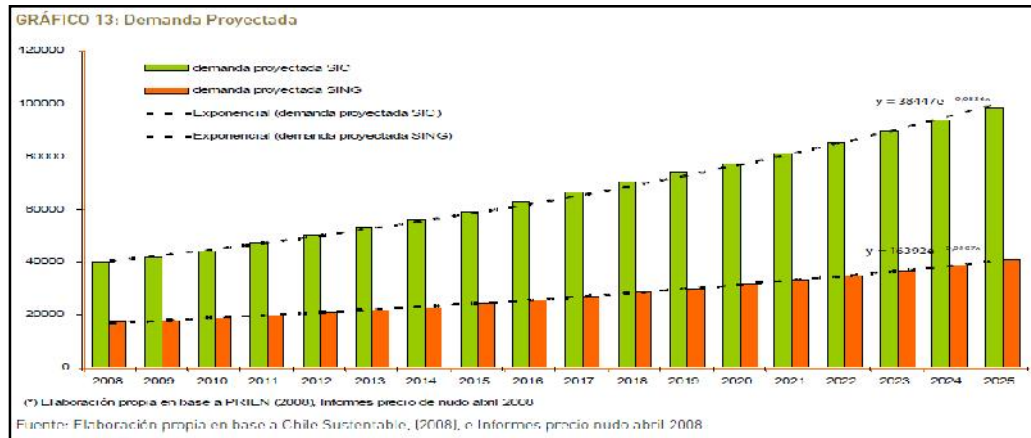
ii) Ese incremento en los costos no será absorbido por las empresas contaminadoras, sino que ellas los traspasarán a sus clientes sin discriminación alguna, de modo tal que el impuesto agravaría la desigualdad existente en Chile al afectar de igual forma el consumo de los diversos estratos económicos.

En síntesis, se afectaría la competitividad de la producción nacional frente a otros países competidores que no tienen que soportar impuestos ambientales. Por lo mismo, los productos de los competidores extranjeros serían más baratos al ser exportados a mercados convergentes; mientras que en el aspecto interno el impuesto llegaría a afectar el consumo energético sin discriminar la situación económica de los consumidores, generando desigualdad.

En relación al segundo punto (manejo de la demanda a través de impuestos ambientales), es menester tener en consideración el siguiente gráfico²⁷.

Gráfico N°8: “Demanda Proyectada”.

²⁷BORREGAARD, Nicola y KATZ, Ricardo. Opciones para la matriz energética eléctrica. [gráfico] Santiago, 2010. 57p.



Es un hecho conocido que la demanda de energía eléctrica aumentará, en Chile y en el mundo, en los próximos años y ello es inevitable. Sin embargo, es posible desacelerar ese crecimiento a través de impuestos ambientales que incentiven a las personas a consumir eficientemente la energía. Esto trae consigo dos beneficios: primero, el hecho de reducir el consumo implica la generación de menos energía y por ello menos contaminación y, segundo, fomentar una cultura de incentivo al ahorro de energía que posteriormente puede ser transferida a terceros. Aquí es esencial considerar que “es posible concluir que los principales “conductores” de la demanda eléctrica en el SIC serán los sectores industriales y mineros, seguidos por el comercial, lo que debería ser considerado a la hora de definir una política pública para el uso eficiente de energía²⁸.

²⁸BORREGAARD, Nicola y KATZ, Ricardo. Opciones para la matriz energética eléctrica. [en línea] Santiago <<http://www.flla.net/new/es/publicaciones.html?start=10>> [consulta: 26 de Mayo de 2011].

En consecuencia, la eventual implementación de un impuesto a la demanda debiese considerar, previamente, cambios en la negociación de tarifas de los clientes libres (que actualmente quedan reguladas por la libertad contractual) y entrega de facultades al CDEC con ocasión del control de estos impuestos en el sector eléctrico. Solo de esa forma se provocará un real cambio de conducta asociado a la eficiencia energética.

En todo caso, la internalización de los costos ambientales dentro de la producción de los contaminadores también genera efectos positivos, en la medida que no sean ellos quienes soporten el gravamen íntegramente. Tal afirmación se sostiene en que “un cambio en los precios relativos de los factores de producción es, en sí, un estímulo a la innovación, y una innovación de carácter particular – dirigida a economizar el uso del factor que se ha vuelto relativamente más caro⁻²⁹. Por esta razón, la empresa debe empezar a considerar el uso del medio ambiente como un factor de producción que se torna más caro si se le produce daño al utilizarlo, por lo que ella tenderá a buscar formas de aminorar el impacto ambiental, esencialmente búsqueda de innovación tecnológica en procesos de

²⁹OECD. Taxation, Innovation and Environment. París, 2010. 251p. La cita en su idioma original: “[A] change in the relative prices of the factors of production is itself a spur to invention, and to invention of a particular kind – directed to economising the use of a factor which has become relatively expensive.”

producción, y así conseguir la minimización de sus costos de producción, pues la racionalidad económica lo dicta en base a la maximización de utilidades.

En relación a lo comentado en el párrafo anterior, cabe preguntarse ¿Qué valor tiene el uso del medio ambiente como factor de producción? La respuesta viene dada por los propios impuestos ambientales, en tanto los “impuestos, especialmente los impuestos específicos, pueden poner un precio explícito sobre el medio ambiente y liderar a una innovación inducida porque los gravámenes cambiaron los retornos del inversionista³⁰. Por último, es el inversionista quien resulta beneficiado, pues a los ingresos que ya recibe por el suministro de energía, se le deberán agregar los provenientes por la mejora del proceso de producción y la reducción de la carga impositiva ambiental.

Por tanto, la recomendación de la OECD no puede ser implementada de forma apresurada. Somos de la opinión, de acuerdo a los argumentos antes planteados, que los impuestos o ayudas estatales deben ser incorporados de forma equilibrada, compartiendo la carga tanto los oferentes como los demandantes de energía, pues esa es la única manera en que sale beneficiado el sector eléctrico en su conjunto.

³⁰Ibíd. La cita original dice: “Taxes, especially excise taxes, can put an explicit price on the environment and therefore should lead to some induced innovation because taxation changes the rate of return to the investor.”

3.2 CHILE ENERGY POLICY REVIEW 2009

Este documento es fruto del trabajo de estudio y revisión que realizó la Agencia Internacional de Energía durante los años 2008 y 2009 en Chile. Trata variados temas atinentes a las diversas fuentes de energía, teniendo siempre en vista la seguridad, eficiencia y calidad del suministro eléctrico. Para efectos de este trabajo, nosotros solamente abordaremos los siguientes tópicos, por ser pertinentes a nuestro tema de investigación: a) la diversificación de la matriz energética nacional, y; b) el fortalecimiento de las instituciones relacionadas al sector energético.

3.2.1 DIVERSIFICACIÓN DE LA MATRIZ ENERGÉTICA NACIONAL

Estamos en posición de dar por sentado, conforme a lo expuesto en capítulos anteriores, que nuestro país utiliza escasas fuentes de energía, las cuales se reducen a hidroelectricidad y combustibles fósiles que, en conjunto, alcanzan el 97% de la generación de energía. A esto debemos sumar el hecho de que nuestra situación es desventajosa respecto a nuestros vecinos, en el sentido que “a diferencia de varios países sudamericanos, Chile tiene escasas fuentes de combustibles fósiles nativos. Sin embargo, los combustibles fósiles cuentan alrededor del 80% del total del suministro de energía primaria. En consecuencia, Chile importa cerca del 75%

de su suministro de energía primaria en forma de petróleo, gas y carbón³¹. Tal situación nos deja en una posición de absoluta dependencia energética respecto del suministro de gas que pueda brindar Argentina, el flujo de las importaciones de combustibles fósiles y la volatilidad de los precios de los combustibles en el mercado internacional, sin mencionar la variabilidad hídrica, más conocida como períodos de sequía.

En razón de lo anterior, es evidente que nuestra matriz necesita un respaldo y la única forma de conseguir aquello es diversificarla. En atención a ello, la AIE recomienda que se debe “continuar con el propósito de diversificación en términos de fuentes energéticas y suministradores para alcanzar seguridad energética, en particular un activo desarrollo de fuentes energéticas nacionales tales como energías renovables y eficiencia energética³². Concordamos en todos estos puntos, en el sentido que respecto de la energía “no se pueden poner todos los huevos en un mismo canasto” ya que ello implica apostar toda nuestra seguridad a una o dos fuentes y suministradores³³.

³¹AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Chile Energy Policy Review 2009. París, 2009. 270p. La cita en su original: “unlike many of its South American neighbours, Chile has limited indigenous fossil energy resources. Yet, fossil fuels account for almost 80% of the country’s total primary energy supply (TPES). As a result, Chile imports close to 75% of its TPES in the form of oil, gas and coal.”

³²Ibíd. La cita original: “Continue to pursue diversification in terms of energy sources and suppliers to enhance energy security, in particular the active development of indigenous energy sources such as renewable energy and energy efficiency.”

³³Vale con citar algunos ejemplos: 1) apostar todo al gas natural argentino fue un error porque los cortes de suministro hicieron que las centrales termoeléctricas tuvieran que modificar sus

Esto implica sentar ciertas bases en el ámbito energético, pero que, sin duda, necesitan de un correlato político para desplegarse. Así, será necesario que el Gobierno comience por establecer nuevas conversaciones con sus pares dentro del continente, especialmente configuradas como relaciones multilaterales, para llegar a acuerdos energéticos e, incluso, incorporar en dichos acuerdos a las empresas del sector energía. Esto llevaría a aumentar el número de suministradores y fuentes, y con ello resguardar la seguridad energética (considerando que países como Brasil, Perú y Colombia tienen potenciales energéticos tales que producen excedentes de energía³⁴).

Otra obligación del Gobierno sería introducir un debate energético sea por medio de publicidad, plebiscitos, participación de representantes ciudadanos en órganos de la administración del Estado o comisiones, dentro de la población nacional, con motivo de que los chilenos y chilenas entiendan que gran parte de la solución a los problemas asociados a la energía depende de ellos mismos, esto es, la eficiencia y ahorro energético “parte por casa”. Aquí se incluye también el esfuerzo legislativo por incorporar

instalaciones para funcionar con petróleo diesel, cambios que solo llevaron a incrementar fuertemente los precios; 2) el hecho de recurrir al carbón, gas y petróleo, permanece como un error al hacernos depender de las fluctuaciones de los precios de dichos combustibles, sin que detrás de esa opción exista una intención decidida de buscar otras fuentes de energía interna que permitan independencia y reducción de precios.

³⁴Para detallada información ver: COMISIÓN DE INTEGRACION ENERGÉTICA REGIONAL. Síntesis informativa energética de los países de la CIER 2009. Montevideo [en línea] <<http://www.cier.org.uy/d06-sie/index.htm>> [consulta: 28 de Mayo de 2011].

los instrumentos económicos en los lugares precisos, cuestión que, como ya dijimos, debe ser equilibrada y dirigida principalmente a quienes son los grandes consumidores de energía, los clientes libres.

En lo que respecta a las energías renovables, debemos decir que concordamos en que se deben considerar como una alternativa válida, pero con cierta restricción. Es cierto que “Chile posee un gran y diversificado potencial respecto de energías renovables, gracias a sus distintivas condiciones geográficas y naturales. Este potencial incluye un amplio espectro de opciones, rango que va desde tecnologías maduras como hidroelectricidad y biomasa, a tecnologías emergentes como la solar y mareomotriz. Esto constituye un recurso estratégico para la seguridad energética a largo plazo y una opción clave para alcanzar una mezcla de energía sostenible³⁵. En primer lugar, seamos sinceros al decir que las energías renovables permiten conseguir un desarrollo sustentable, pero ello no significa que no sean contaminantes, es decir, con la tecnología actual todo

³⁵Op. Cit. AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Chile Energy Policy Review 2009. La cita original: “Chile has a large and diversified potential for renewable energy, thanks to its distinctive geographical and natural conditions. This potential includes a wide spectrum of renewable energy options, ranging from mature technologies such as hydropower and biomass CHP, to emerging technologies such as solar power and ocean and wave energy. This constitutes a strategic resource for Chile’s long-term energy security and a key option to achieve a more sustainable energy mix.”

medio de generación de energía es contaminante, tal como se indica en el siguiente cuadro³⁶.

Cuadro N°1: “Tecnología, Costo promedio de generación y externalidades”.

TECNOLOGÍA	COSTO PROMEDIO DE GENERACION (US\$ cents/kWh) 2005	EXTERNALIDADES (US\$ cents/kWh) (*)
C. Combinado a Gas	3.5 (3.0 – 4.0)	0.80
Carbón	4.8 (4.0 – 5.5)	9.20
Fuel-oil	4.6 (3.9-5.4)	9.00
Nuclear	4.8 (2.4 – 7.2)	0.40
Eólico	5.5 (3.0 – 8.0)	0.10
Biomasa (25 MW)	6.5 (4.5 – 9.0)	0.50
Geotermia	6.5 (4.5 – 8.5)	0.60
Peq. Hidro	7.5 (5.0 – 10.0)	0.01
Fotovoltaica	55.0 (30.0 – 80.0)	0.07

(*) Daños producidos por la emisión de contaminantes a partir de una fuente energética a lo largo del Ciclo de Vida del KiloWatt/hora

El cuadro es doblemente útil, ya que, por un lado, demuestra que todo tipo de energía produce externalidades negativas y, por otro, indica que la producción de energía renovable produce ínfimos daños en comparación al carbón y el petróleo, pero sus costos de producción son mayores. Sin embargo, pese al mayor costo que implica la opción por las energías renovables actualmente, luego se verá que a nivel de Comunidad Europea y también en la ley chilena número 20.257 se ha buscado crear incentivos a este tipo de energía y asegurar nichos de mercado, lo cual sumado al avance tecnológico, llegará a producir economías de escala que

³⁶ RUDNICK, Hugh. Comentarios al estudio: Energías renovables no convencionales: ¿cuánto nos costarán? En: Centro de Estudios Públicos, Enero de 2008. 24p.

permitirán reducir los costos de producción. En consecuencia, hay que apostar a las energías renovables como método para conseguir la independencia, seguridad de suministro y desarrollo sustentable, pero ello es un hecho cuyos resultados serán apreciables a futuro y no en la actualidad.

Por último, se debe incluir un dato que no es menos relevante. Los países con alto porcentaje de energías renovables no han renunciado totalmente a las energías convencionales, entendiendo por ello que su matriz energética renovable necesita de un respaldo convencional. Ello es explicable porque en este período de transición hacia el óptimo de las energías renovables, los países no están dispuestos únicamente a desembolsar grandes sumas de dinero en producción sabiendo que tienen la alternativa más económica de los combustibles fósiles y, por otro lado, no pueden deshacerse de las plantas generadoras convencionales, en tanto no serían capaces de reemplazar la energía suministrada por ellas. A continuación se muestra lo planteado³⁷.

Cuadro N°2: “ERNC y la necesidad de respaldo”.

³⁷ Op. Cit. MINISTERIO DE ENERGÍA DE CHILE. Antecedentes sobre la matriz energética en Chile y sus desafíos para el futuro.

ERNC y la necesidad de Respaldo

Fuente/País	Chile		Nueva Zelanda		Dinamarca		Irlanda		Portugal		Suecia	
	GWh	%	GWh	%	GWh	%	GWh	%	GWh	%	GWh	%
Carbon	15.286	27,1%	4.820	11,0%	17.457	48,0%	8.018	27,0%	11.196	24,4%	2.235	1,5%
Petróleo	13.598	24,1%	132	0,3%	1.131	3,1%	1.731	5,8%	4.148	9,0%	873	0,6%
Gas	2.938	5,2%	10.649	24,3%	6.927	19,0%	16.065	54,1%	15.199	33,1%	603	0,4%
Biomasa	884	1,6%	555	1,3%	2.053	5,6%	161	0,5%	1.572	3,4%	9.068	6,0%
Residuos	0	0%	0	0%	1.866	5,1%	0	0,0%	571	1,2%	2.157	1,4%
Nuclear	0	0%	0	0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	63.889	43%
ERNC	915	1,6%	5.812	13,3%	10.850	29,8%	2.571	8,7%	8.130	17,7%	13.225	8,8%
ERL *	24.485	43,5%	28.124	64,2%	10.876	29,9%	3.871	13,0%	15.426	33,6%	82.436	54,9%

* ERL: Energías Renovables Limpias. Es ERNC más hídrica

Fuente: AIE 2010; data 2008

Por esta razón es que Chile no puede plantearse objetivos tan ambiciosos (como lo que se planteó en el Congreso: aumentar la obligación actual que la matriz energética al 2024 se componga de un 10% de energías renovables, llegando al 20%, cuestión que desde fines del año 2013 es vinculante con la publicación de la Ley N° 20.698). Es conveniente seguir y aprender de la experiencia internacional que lleva más años incursionando en esta área. Además, es cierto que el objetivo final es claro, el desarrollo sustentable, pero no se debe olvidar que aún estamos en un período de transición hacia el óptimo de las energías renovables.

3.2.2 FORTALECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES RELACIONADAS AL SECTOR ENERGÉTICO

Uno de los mensajes fue agilizar la creación del Ministerio de Energía, recomendación que se adoptó rápidamente, pero, a nuestro juicio, tiene una serie de deficiencias. Lo que propuso la AIE fue “proveer al Ministerio de Energía con los recursos necesarios para formular, adoptar e implementar un plan energético de largo plazo coherente³⁸. Es necesario que el ministerio exista, pues ello es acorde a la tesis que se ha venido planteando en Chile³⁹ de separar las funciones de diseño legal y formulación de planes (Ministerio de Energía) respecto al manejo económico y técnico (CNE).

El error que nosotros apreciamos es que se haya entregado al ministerio la atribución de generar un plan energético de largo plazo, en cuanto ese es un órgano eminentemente político que se rige por criterios de corto plazo. De más está decir que nuestra política energética cambiaría con cada ministro entrante o con cada Gobierno de turno. Reflejo de ello es que durante febrero del año 2012 se publicó una Estrategia Nacional de Energía, Gobierno del presidente Piñera, y ahora en mayo de 2014 se publicó un Plan Energético, Gobierno de la presidenta Bachelet, y, pese a

³⁸ Op. Cit. AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Chile Energy Policy Review 2009. La cita original: “Provide the Ministry of Energy with the resources needed to formulate, adopt and implement a coherent and long-term energy policy for Chile.”

³⁹ COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA. Energy Policy: New Guidelines. Santiago, 2008.

existir concordancias entre ambos documentos, ambos dan cuenta de concepciones distintas del mercado y propuestas discordantes en cuanto a la fijación de plazos.

A mayor abundamiento, los ministerios son entes políticos, de modo tal que incongruente sería pedirles que actuaran con parámetros técnicos y económicos, pues se entiende que para tales fines existen órganos especializados. Entonces, este cambio de roles solo será perjudicial, en tanto la CNE es el órgano especializado por excelencia para completar el plan energético de largo plazo bajo criterios económicos y técnicos, aprovechando toda la experiencia acumulada en ese ámbito.

3.3 RECAPITULACIÓN

Las recomendaciones que la OECD comunicó a Chile van por dos vertientes distintas, una asociada al ámbito económico y la otra dirigida a la matriz energética y al orden institucional.

La generación de impuestos o ayudas estatales en el sector eléctrico no puede adoptarse apresuradamente, sin que previamente se disponga dónde deben ir esos gravámenes. El mensaje de este organismo internacional es que no se puede gravar exclusivamente a quien produce la

energía, sino también controlar al consumidor final de la misma, pues ello genera incentivos en ambos extremos de la cadena.

A su vez, es conveniente diversificar la matriz energética porque ello reporta beneficios en seguridad y sustentabilidad del suministro, pero no se puede olvidar que la transición hacia las ERNC es gradual y ello acarrea costos y necesita del respaldo de combustibles fósiles.

La creación del Ministerio de Energía complementa el desarrollo institucional del sector energético, pero vino a desprestigiar el carácter técnico e histórico de la CNE, por lo que nuestra agenda energética quedó a la deriva del devenir político.

4. CAPÍTULO IV: NOCIONES SOBRE EL SISTEMA ELÉCTRICO CHILENO⁴⁰

De forma previa a analizar si las recomendaciones de la OECD se encuentran plasmadas en nuestra institucionalidad eléctrica, hay que partir por revisar el contenido del mercado eléctrico nacional. Para ello, resulta relevante pasar revista a su normativa, principios, sectores y generación de precios, pues esos antecedentes permiten conseguir el acervo teórico necesario para desenvolverse en este tipo de materias técnicas.

4.1 IMPORTANCIA DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA PARA CHILE

4.1.1 LA MATRIZ ELÉCTRICA NACIONAL: SING, SIC, AYSÉN Y MAGALLANES

En nuestro país existen cuatro sistemas eléctricos, llamados Sistema Interconectado Central (SIC), Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), Sistema Eléctrico de Aysén y Sistema Eléctrico de Magallanes. Los sistemas eléctricos con capacidad de generación instalada mayor a 100.000 kilowatts (solo reúnen dicho requisito el SIC y el SING), se encuentran coordinados por un Centro de Despacho Económico y de Carga

⁴⁰ En relación a este punto del Capítulo IV, cabe decir que fue confeccionado, principalmente, en base a los apuntes de clases del curso electivo de Derecho Eléctrico (Primer Semestre de 2011 y 2012), impartido por los profesores Hugo Rosende y Eduardo Rodríguez, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

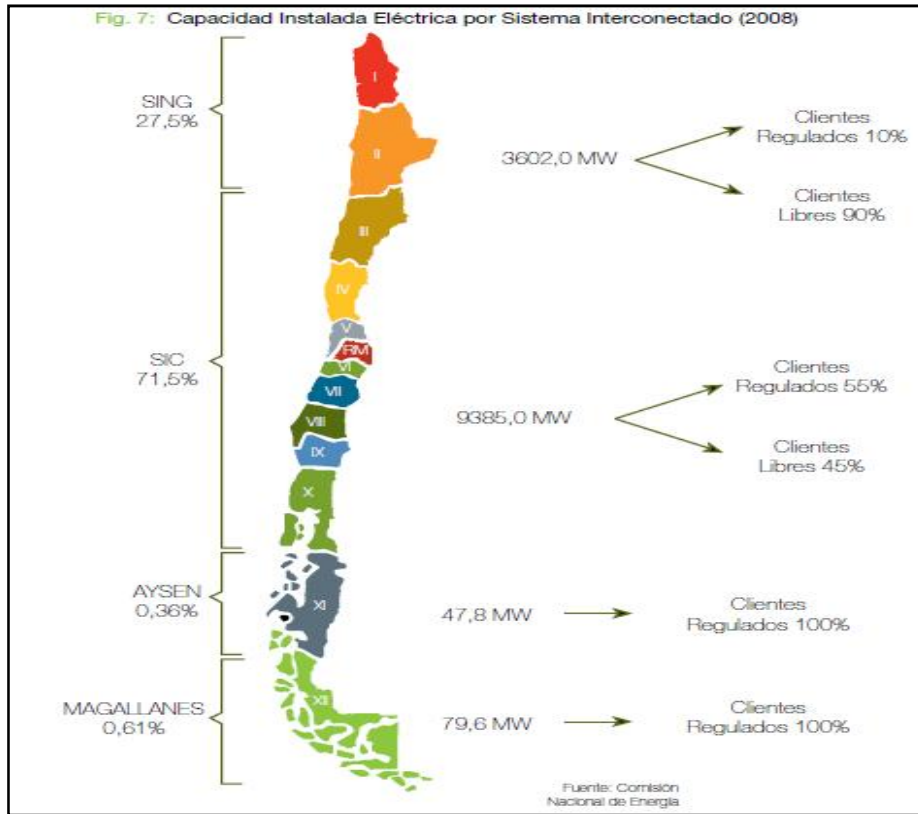
(CDEC). En todo caso, cabe decir que no hay conexión física entre los diversos sistemas eléctricos, sino que cada uno abastece de energía a una determinada zona geográfica, sin que existan transferencias de electricidad de un sistema a otro. Así, el SING abarca el territorio que va desde Arica a Tal Tal, el SIC desde Tal Tal hasta Chiloé y el sistema de Aysén y Magallanes a tales regiones australes, respectivamente⁴¹.

La importancia de estos sistemas eléctricos se refleja en los gráficos que a continuación se muestran⁴²:

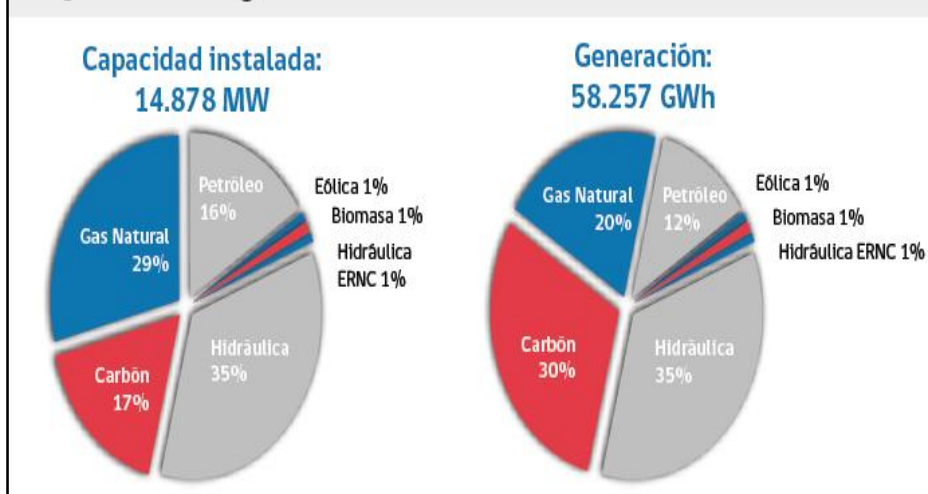
Gráficos N° 6 y N°7: Capacidad instalada eléctrica por sistema interconectado (2008) y Capacidad y generación 2010: SIC & SING.

⁴¹ La posibilidad de interconexión entre los sistemas eléctricos que posee Chile solo aparecía como una idea que debía ser estudiada con motivo de mejorar la seguridad de la transmisión eléctrica y propender al mejoramiento del goce de la electricidad. Pero luego de la presentación del Informe de la Comisión Asesora de Desarrollo Eléctrico, en noviembre del año 2011, tal situación cambió al presentarse como una idea factible que permitiría mejorar el sector transmisión. Hay ejemplos que nos indican que el Gobierno ha hecho eco de la recomendación de la Comisión, a saber: a) La publicación de la Estrategia Nacional de Energía en febrero de 2012, en la cual, específicamente su IV Pilar, establece un nuevo enfoque de la transmisión y la creación de una carretera eléctrica pública. Ello busca, en el fondo y entre otros anhelos, una interconexión entre SIC y SING con el objetivo de mejorar la seguridad y aprovechamiento de la electricidad del sistema; b) El envío al Congreso Nacional del Mensaje Presidencial N° 201-360 sobre Regulación de la Carretera Eléctrica, de forma tal de concretar el anuncio propuesto en la Estrategia Nacional de Energía, y; c) La licitación de un estudio para unir el SIC con la Patagonia, lo cual se traduciría en una línea de transmisión entre los poblados de Cochrane y Calbuco de la décima y undécima regiones, respectivamente. La intención se sustenta en que el resto del país pueda aprovechar el potencial energético que posee la Patagonia, el cual según estimaciones llegaría a unos 9.000MW. (Ver: Gobierno licita estudio para unir el sistema eléctrico central con la Patagonia. El Mercurio. Santiago, Chile. 28 de Mayo de 2012. B-2.).

⁴² MÁRQUEZ, Miguel. Por una propuesta energética para Chile...sin carbón. [gráfico] Santiago, 2010. 96p.



Capacidad y Generación 2010: SIC & SING



Los dos grandes sistemas, SIC y SING, corresponden al 99% de la capacidad de generación eléctrica instalada. El SING se dedica, casi exclusivamente, al abastecimiento energético de las grandes mineras del norte grande, mientras que el SIC abastece a casi el 90% de la población nacional. “Según estimaciones de la Comisión Nacional de Energía, la demanda eléctrica crecerá en un 6,5% en promedio hasta el 2020, por lo que el parque eléctrico, esto es, a la capacidad instalada actual de 13.000 MW, deberían adicionarse alrededor de otros 15.000 MW para responder al sostenido incremento de la demanda⁴³. Decimos que, esta capacidad instalada actualmente, debe crecer con la instalación de nuevas centrales generadoras, agregando también, que se debe estudiar la conexión de los diversos sistemas eléctricos permitiendo las transferencias de electricidad, y con ello abrir el mercado eléctrico y permitir que la energía generada, en cualquier lugar de Chile, pueda ser aprovechada eficientemente.

Es evidente que la generación de electricidad en el país es altamente contaminante, puesto que ella se realiza a partir de la combustión de gas, carbón o petróleo, aun cuando un 35% de ella proviene de una fuente menos contaminante, la hidroeléctrica. Hasta el año 2010 los avances en relación a energías renovables son mínimos, hecho que complica

⁴³ MÁRQUEZ, Miguel. Por una propuesta energética para Chile...sin carbón. [en línea] Santiago <<http://www.greenpeace.org/chile/es/documentos/propuesta-energetica-para-chile-sin-carbon/>> [consulta: 28 de Mayo de 2011].

el cumplimiento de las metas legales que se ha impuesto Chile: para el año 2024 un 10% de la generación de electricidad debe provenir de energías renovables no convencionales (Ley N° 20.257), lo cual fue actualizado (Ley N° 20.698) y ahora es un 20% para el año 2025. Tal esfuerzo se ve aún más complicado si consideramos la senda que se ha seguido a nivel mundial, esto es, la mantención de los combustibles fósiles como principales generadores de energía eléctrica. Si nuestro país no es capaz de desembolsar dinero en energías limpias, la generación de electricidad en los diversos sistemas eléctricos continuará liderada por energías convencionales no renovables, perpetuando los altos índices de contaminación.

4.1.2 RIESGOS GEOPOLÍTICOS: ¿QUÉ CONSECUENCIAS, A NIVEL POLÍTICO, HA GENERADO LA OPCIÓN POR DIVERSAS FUENTES DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN CHILE?

De partida, debe hacerse hincapié en que la electricidad es la piedra angular del desarrollo de cualquier país, ya que toda fuente generadora de energía debe ser adaptada para su posterior conexión a un sistema eléctrico, es decir, toda la energía, sea renovable o no, termina por convertirse en electricidad. Por tanto, la elección de una fuente u otra tiene efectos inmediatos en todo lo relativo al mercado eléctrico, tanto desde una perspectiva técnico-económica como en el ámbito político.

“En el desarrollo y expansión del sector energético le cabe un especial rol al Estado y a las instituciones que de él dependen para asegurar las tareas y desafíos previamente analizados. Si esta proposición pudiera parecer controvertida basta con señalar que ningún país desarrollado carece de planes o políticas energéticas de largo plazo, verificables, y con mayor o menor intervención de los mercados, incluyendo a países anglosajones⁴⁴.

Si bien, durante los años 80 el país estaba bajo una dictadura militar y, en consecuencia, las decisiones políticas se adoptaban unilateralmente, pese a ello, existía un órgano técnico encargado de elaborar un plan energético a futuro, la Comisión Nacional de Energía. En ese entonces era el único órgano encargado de planificar el desarrollo energético del país, facultad con la cual se diseñó una matriz energética que se sustentaría en la hidroelectricidad (centrales de pasada y de embalse), en conjunto con una participación secundaria de centrales termoeléctricas. En conclusión, existía un plan energético y los esfuerzos iban destinados a la hidroelectricidad.

Ese plan de largo plazo se mantuvo sin cambios hasta el año 1997, agregando que “durante el período presidencial de Aylwin

⁴⁴ *Ibíd.*

el 98% de la energía aportada fue a través de centrales hidroeléctricas⁴⁵. El momento de cambio se produjo en 1997 cuando el Gobierno tuvo que salir a responder por el amenazante racionamiento eléctrico que tenía como su causa la peor sequía del siglo. En esa época, el sector político, se abre a la posibilidad de incorporar nuevas fuentes de energía a la generación eléctrica, hecho que se ve reflejado en el discurso presidencial del 21 de mayo de 1997, “donde Frei dio un vuelco a su política energética y por primera vez habló de incorporar nuevas fuentes, como el gas natural, que finalmente se convirtió en la base de su aporte a la matriz, con un 47% de la potencia instalada⁴⁶”.

Aquí cabe realizar una crítica. El momento de crisis política mermó la posibilidad de concretar una reforma al plan energético que tuviese en vista el largo plazo, de modo tal que se optó por la solución simple: comenzar a cambiar la fuente generadora de electricidad para evitar el riesgo de las sequías (al parecer, no se pensó en los riesgos que lleva aparejada la generación de electricidad a partir de fuentes distintas a la hidroeléctrica). Craso error, puesto que la matriz energética seguía siendo principalmente hidroeléctrica y el país no podía deshacerse inmediatamente de esas centrales generadoras.

⁴⁵ EL MERCURIO. La huella energética de los presidentes. Santiago de Chile. 29 de mayo de 2011. D-4 y D-6. Cabe decir que en esa época Jaime Tohá, el ministro presidente de la CNE, aseguraba que “no podemos desaprovechar el recurso más barato que tenemos, el menos contaminante y que el resto de los países mira con envidia” (refiriéndose a la hidroelectricidad).

⁴⁶ *Ibíd.*

La fórmula adecuada de reforma habría sido: a) resguardar el suministro eléctrico imponiendo ciertas obligaciones de seguridad a las hidroeléctricas, y; b) una vez completado el paso antes mencionado, fomentar la diversificación de la matriz energética abriéndose a nuevas fuentes.

Con el transcurso del tiempo la agenda energética va copando la política nacional y cobra gran relevancia dentro del discurso político. Se mantiene la opción por el gas natural proveniente de Argentina, pues su precio era muy bajo y ello reducía el costo que debían pagar las personas por la electricidad. Todo ello cambia con los cortes de gas hacia Chile que anunciaba el país transandino en el año 2004, crisis que se agudizaría en el año 2007, donde los costos de la electricidad en el SIC alcanzaron precios récord. Ello provoca una crisis política en Chile, donde, por un lado, la concertación aboga por la diversificación de la matriz energética y el incentivo a las inversiones en el área de transmisión eléctrica y, por otro lado, la oposición de esa época critica al Gobierno por haber desincentivado el desarrollo hidroeléctrico privilegiando el térmico. Nuevamente se deja aparecer un riesgo político: Chile tiene vecinos con mucha energía que puede ser adquirida a precios módicos, pero las relaciones internacionales no dan como para conseguir esa energía. Razón por cual se debe propender a una diversificación de la matriz y a la independencia energética.

Diversificación no se ha producido, en tanto el gráfico del apartado 4.1.1 (Gráfico N° 7) indica que la generación eléctrica proviene en un 97% de las hidroeléctricas y termoeléctricas. Lo único que ha cambiado, como consecuencia de las restricciones del gas argentino, es la fuente que se utiliza para generar electricidad; hasta antes de 1997 ella era simplemente el agua, con cierta participación del carbón y el petróleo, mientras que hoy en día se mantiene el agua, aunque la participación de los combustibles fósiles (carbón, gas licuado o natural y petróleo diésel) se ha incrementado fuertemente y todo indica que ello seguirá así por las tendencias mundiales ya corroboradas en el Capítulo II y que se muestran claramente en el Gráfico N° 4.

Críticas a plantear al respecto:

a. Chile se ha movido en base a criterios de corto plazo que solamente tienden a subsanar crisis momentáneas, de modo tal que no se hace cargo de una planificación a largo plazo que permita considerar la diversificación de la matriz y la anhelada independencia energética.

b. Concordando con recomendaciones de la OECD y la Agencia Internacional de Energía, se promulga la ley 20.402 que crea el Ministerio de Energía fortaleciendo el sector energético y entregando, a este órgano, la

facultad de crear un plan energético. Esta modificación solo acentuará la preponderancia de un criterio político, de corto plazo, sobre uno técnico más desarrollado y de largo plazo, puesto que el cambio en la legislación energética no tuvo en cuenta la existencia de la CNE y todos los proyectos que ella ha venido proponiendo desde su creación, los cuales gozan de precisión técnica y proyección de corto y largo plazo. En otras palabras, la creación de este nuevo ministerio relega toda la planificación que se venía gestando desde la década de los 80, dejando a la CNE como un mero órgano informativo y gestor de tarifas.

c. La no apertura de los políticos chilenos a tratar temas energéticos con sus pares sudamericanos o, al menos, proponer alternativas para evitar meras conversaciones bilaterales. Una propuesta en este ámbito es propugnar el fortalecimiento de una instancia multilateral (que ya existe en la Comisión de Integración Energética Regional, agrupa a empresas del sector eléctrico, y en la Organización Latinoamericana de Energía, organismo público intergubernamental), para evitar rencillas con países vecinos y, a la vez, llegar a una integración sudamericana que permita abastecernos de los excedentes de energía de otros países⁴⁷.

⁴⁷ El Gobierno, tomando en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico, se propuso como meta en su Estrategia Nacional de Energía alcanzar acuerdos en la integración energética con países de la región. Entonces, ya no solo se trataría de fomentar aún más nuestras conexiones con Argentina, sino ampliar el espectro hacia otras naciones que, dadas sus condiciones energéticas, están en condiciones de vender sus excedentes eléctricos a través de una interconexión regional. Cabe decir que la posible

d. La nula iniciativa a generar debate público sobre la generación de energía. Se debe encontrar una instancia para que los diversos actores puedan expresarse, ya que las comisiones de expertos que trabajan a puertas cerradas han creado un ambiente enrarecido que lleva a la gente a rechazar cualquier opción energética. “Tal rechazo ha traído como consecuencia la merma del sector energético con el consiguiente aumento de precios y una eventual inseguridad en el suministro, al atrasarse los proyectos por la judicialización de los mismos, protestas que impiden la instalación de centrales y permisos ambientales mucho más lentos, que de 300 días han pasado a 500⁴⁸.

4.2 EL SISTEMA ELÉCTRICO CHILENO

4.2.1 RÉGIMEN ESPECIAL: LEGISLACIÓN Y PRINCIPIOS PROPIOS

En el sector eléctrico se producen bienes y se prestan servicios destinados a satisfacer el consumo de energía eléctrica,

interconexión entre Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile se encuentra en etapa de estudio y es apoyada por créditos del BID, teniendo presente que al terminar los estudios cada país deberá financiar la infraestructura (Ver: BID avanza en análisis para interconexión eléctrica regional. El Mercurio. Santiago, Chile. 28 de mayo de 2012. B-2.). Un rotundo freno a esta situación es la demanda boliviana contra Chile ante La Haya, por cuanto el país altiplánico ha negociado el acceso de Chile al gas por la concesión de una salida soberana al mar.

A su vez, en reciente gira presidencial, la presidenta Bachelet ha logrado acuerdos energéticos con Estados Unidos para traer gas desde ese país hasta Chile. La implementación del acuerdo debe comenzar a fines del 2015, con lo cual se debiese dejar de lado la opción actual por gas que consiste en importación desde el lejano oriente.

⁴⁸Op. Cit. RODRÍGUEZ GROSSI, Jorge.

cuestión que es esencial para el desenvolvimiento del país. Es por ello que la disponibilidad, uso y goce de la electricidad es vital para el bienestar nacional, motivo más que suficiente para que en su producción, transporte y distribución exista un interés público de por medio que haya que cautelar.

La manifestación de ese interés público en el sector eléctrico se expresa en la creación de una legislación especial (regulación estatal) que se consagra en la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) contenida en el D.F.L. 4/2007 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Así, ya en el artículo 1⁴⁹ de dicho texto se deja en claro el carácter omnicomprendido de la norma, solamente dejando fuera de su regulación a los llamados clientes libres⁵⁰. El tenor de ese precepto implica el establecimiento de un régimen regulatorio especial, lo que trae dos consecuencias: a) no es posible la aplicación supletoria de ningún otro cuerpo legal, salvo remisión expresa, y; b) la interpretación que se efectúe sobre la ley eléctrica debe seguir los principios propios del derecho eléctrico (seguridad de suministro, deber de interconexión y operación sincronizada, acceso abierto, operación más económica, entre otros).

⁴⁹Art. 1º: La producción, el transporte, la distribución, el régimen de concesiones y tarifas de la energía eléctrica y las funciones del Estado relacionadas con estas materias se regirán por la presente ley.

⁵⁰ Son personas naturales o jurídicas cuyo suministro de energía eléctrica consumido es mayor a los 2.000 kilowatts (Art. 147 en relación con el Art. 225 k) y q) de la Ley General de Servicios Eléctricos). Se trata de personas que consumen grandes cantidades de energía, razón por la cual la ley entiende que están en mejor posición para negociar las tarifas de la energía eléctrica suministrada con las empresas generadoras. Ejemplos de ellas son las grandes mineras del norte, industrias o fábricas, Metro Santiago, Parque Arauco, etc.

De este modo, el derecho eléctrico tiene una legislación propia que abarca, casi por completo, todo lo relacionado al sistema eléctrico nacional, siendo normas de aplicación e interpretación exclusivas y excluyentes, salvo las excepciones dispuestas en relación a los clientes libres y remisiones expresas a otras normas (por ejemplo: en cuanto a las servidumbres eléctricas, se plantea una aplicación supletoria de las normas del Código Civil sobre servidumbres en la medida que éstas no se opongan a los principios del derecho eléctrico).

4.2.2 LOS TRES SECTORES DEL SISTEMA: GENERACIÓN, TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN

En primer lugar, es menester definir qué se entiende por sistema eléctrico para conocer sus componentes. La ley de servicios eléctricos da una definición en su Art. 225 a): “Conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica”. En atención a esta definición, es que el sistema se comprende en base a los tres sectores en que se divide: generación, transporte y distribución.

El segmento de generación eléctrica opera en base a la libertad económica no constituyéndose como servicio público, ya que son

las propias empresas generadoras quienes tienen la libre iniciativa para instalar sus centrales generadoras donde deseen, sin perjuicio de las limitaciones legales. Sin embargo, hay que distinguir entre esta libertad para instalar centrales, regida absolutamente por la libertad de mercado, de la operación e inyección de electricidad al sistema por parte de esas centrales (comercialización de la energía eléctrica). En esta última faceta de la generación no existe libertad, por el contrario, la comercialización de la energía es controlada y coordinada por el Centro de Despacho Económico y de Carga. Así, se entiende que existe un divorcio entre lo que es la instalación de las centrales generadoras, por un lado, y la comercialización de la energía que ellas producen, por el otro.

Las empresas generadoras reciben ingresos por los conceptos de potencia y energía. La potencia es la capacidad que tiene un generador para inyectar electricidad en un momento determinado al sistema eléctrico. En otras palabras, se le paga por las instalaciones generadoras que posee, incluyendo las ociosas, pues se entiende que la inversión en dichas instalaciones es útil para satisfacer la demanda de forma segura. Por otro lado, están los ingresos por vía del suministro de energía eléctrica, pudiendo percibir rentas a través de dos opciones:

a. Celebración de contratos de suministro de electricidad con clientes libres o clientes regulados⁵¹. Aunque se debe recordar que el despacho de la electricidad por parte de una generadora es independiente de los contratos que haya celebrado, pues la comercialización es dirigida por el CDEC⁵².

b. Transferencias de energía entre las empresas generadoras en el mercado spot (Art. 149 LGSE). El hecho de que el despacho de energía sea independiente a las obligaciones contractuales de las generadoras, puede producir que una empresa sea excedentaria (la energía inyectada al sistema es mayor que la retirada por sus clientes), deficitaria (la energía inyectada al sistema es menor que la retirada por sus clientes) o neutra (la energía inyectada es igual a la retirada por sus clientes o inyecta energía no teniendo clientes)⁵³. El precio pagado por las transferencias es el costo marginal instantáneo⁵⁴.

⁵¹ En oposición a los clientes libres, los regulados son las personas, jurídicas o naturales, cuyo suministro de electricidad consumido es igual o menor a 2.000 kilowatts, agregando que las tarifas respecto de ellos son fijadas por la autoridad pública (Ministerio de Energía). Su caracterización se encuentra en el Art. 147 de la Ley de Servicios Eléctricos.

⁵² A modo ejemplar: Pudiese suceder que una empresa X tenga una central hidroeléctrica de pasada de 100MW y el 100% de ello estuviese contratado con una empresa Y. Como el CDEC es quien regula la comercialización de la electricidad, podría ocurrir que este organismo en base a criterios de seguridad, restrinja la producción de las centrales hidroléctricas de pasada y señale a otros generadores para cubrir ese déficit (centrales de embalse u otros), con lo que la empresa X se verá impedida de generar electricidad. En tal caso, la empresa X no se encuentra exceptuada de cumplir su obligación con la empresa Y, por lo que en tales casos se deberá recurrir al mercado spot para pagar al generador que suplió el déficit y brindó energía a la empresa Y.

⁵³ El mercado spot funciona de forma tal que las empresas deficitarias deben comprar energía a las empresas excedentarias que cubrieron el déficit en la generación de energía. Tomando como base el ejemplo dado en la cita precedente, allí la empresa X (hidroeléctrica de pasada) al inyectar menor cantidad de energía que la retirada por sus clientes necesitará que otro generador supla ese déficit. Dadas las órdenes por el CDEC el sistema suministrará la energía

El sector de transmisión se subdivide en tres sectores distintos:

a. Transmisión troncal: Compuesto por líneas y subestaciones eléctricas que sean económicamente eficientes y necesarias para abastecer la totalidad de la demanda del sistema eléctrico (Art. 74 LGSE).

b. Subtransmisión: Instalaciones para abastecer a un grupo de consumidores finales, libres o regulados, dentro de un área de concesión de distribución. (Art. 75 LGSE).

c. Adicional: Su fin es satisfacer la demanda de los clientes libres, además de la inyección de energía por parte de una central generadora al sistema (Art. 76 LGSE).

Es importante decir que el transporte de energía debe pagar cierta tarifa, la cual tiene como única causa el uso de las líneas de transmisión. La transmisión troncal y la subtransmisión se consideran servicio público al existir un interés general sobre ellas (resguardar el suministro

al cliente de X, pero esta empresa deberá concurrir al mercado spot para efectuar una compra de electricidad al generador excedentario.

⁵⁴ Costo marginal instantáneo: es el costo de producción de la energía eléctrica que tiene la última central generadora despachada por el CDEC. Se intenta que el valor de la energía sea un valor real acorde a los costos de producción.

eléctrico de la población), de modo tal que las tarifas las establece la autoridad pública, Ministerio de Energía, por medio de un Decreto. Por el contrario, la transmisión adicional no es servicio público al obedecer a criterios privados de las centrales generadoras y clientes libres y, en consecuencia, las tarifas por el uso de las líneas de transmisión se sujetan a la negociación entre los actores antes mencionados.

El sector de distribución, tal cual lo dice su nombre, tiene dedicación al reparto de la energía eléctrica que es transportada por las redes desde los puntos de retiro hacia los centros de consumo. La distribución es un servicio público que requiere de concesión para suministrar energía a clientes que se ubiquen dentro de su zona de concesión, o se conecten a ella y para el alumbrado público (Art. 2.2 y 7 LGSE).

Estas empresas obtienen sus ingresos a partir del valor agregado de distribución (VAD), que consiste en una tarifa que cobran, a clientes libres y regulados que estén dentro de su área de concesión, por los servicios de transporte y transformación de la electricidad. Se agrega también un derecho de peaje de distribución cuando otra empresa utiliza las instalaciones de la distribuidora para inyectar o retirar energía.

4.2.3 OPERACIÓN DEL SISTEMA: CENTRO DE DESPACHO ECONÓMICO DE CARGA (CDEC)

“El CDEC es el organismo encargado de determinar la operación del conjunto de instalaciones de un sistema eléctrico, incluyendo las centrales eléctricas generadoras; líneas de transmisión a nivel troncal, subtransmisión y adicionales; subestaciones eléctricas (...) interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica de un sistema eléctrico, de modo que el costo del abastecimiento eléctrico del sistema sea el mínimo posible, compatible con una confiabilidad prefijada⁵⁵.”

Con todo, este organismo adquiere su importancia cuando se produce la interconexión de los sistemas eléctricos y la operación coordinada, pues es en esa instancia en la que se consiguen los objetivos primordiales de la ley eléctrica (ver el Art. 137 LGSE, precepto que viene a ser la piedra angular del sistema):

- 1) Preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico;
- 2) Garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico, y;

⁵⁵ CENTRO DE DESPACHO ECONÓMICO Y DE CARGA DEL SISTEMA INTERCONECTADO CENTRAL. Anuario 2010 CDEC-SIC. [En línea] Santiago https://www.cdec-sic.cl/contenido_es.php?categoria_id=4&contenido_id=000034 [consulta: 28 de Mayo de 2013].

- 3) Garantizar el acceso abierto a los sistemas de transmisión troncal y de subtransmisión.

En conclusión, el CDEC maneja los sistemas eléctricos teniendo siempre presente los tres objetivos antes expuestos, con motivo de resguardar la confiabilidad, seguridad, suficiencia, calidad y operación más económica del sistema eléctrico.

Para el cumplimiento de estos objetivos, todo propietario, arrendatario, usufructuario o quien explote a cualquier título, centrales generadoras, líneas de transporte, instalaciones de distribución y demás instalaciones que se interconecten al sistema eléctrico, está obligado a sujetarse a las instrucciones y procedimientos que dicte el CDEC respectivo (Art. 3 D.S. 291/2007). En relación con lo anterior, la ley eléctrica obliga a estas personas a entregar información pertinente y relevante.

Por último, se destacan las principales funciones del CDEC⁵⁶:

- a. Planificar la operación del sistema eléctrico con programas de corto, mediano y largo plazo;

⁵⁶Ibíd.

- b. Calcular los costos marginales, es decir, el precio de la electricidad en un minuto determinado respecto de la última central generadora despachada;
- c. Programar el mantenimiento de las centrales de forma anticipada, y;
- d. Verificar el cumplimiento del plan de operaciones, entre otras.

4.2.4 GENERACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO ELÉCTRICO⁵⁷

Los precios de la electricidad deben reflejar sus costos reales de producción; en atención a que nos encontramos ante un bien de necesidad pública, el legislador desea que haya una vinculación de precios efectiva.

Para el establecimiento de las tarifas en el sistema se utilizaron criterios de competencia efectiva, en cuanto a que el precio marginal reflejase el costo real de producción, aplicados al mercado de generación, junto con la consagración de un principio de eficiencia regulatoria sobre los monopolios naturales (mercados de transporte y distribución). A lo

⁵⁷ Respecto a los precios establecidos en las Leyes N° 20.257 y 20.698 que tratan los precios de la generación de electricidad a partir de fuentes renovables, ellos serán analizados en los apartados 5.1.1 y 5.1.2, respectivamente.

anterior, hay que agregar el pilar sistémico dispuesto en el Art. 137 N° 2 LGSE: la operación más económica del sistema.

4.2.4.1 PRECIOS EN EL SECTOR GENERACIÓN

a. Mercado de clientes libres:

El Art. 147⁵⁸ LGSE establece la regulación de precios para ciertos usuarios del sistema eléctrico y en su N° 1 señala que son

⁵⁸ Artículo 147º.- Están sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica y los servicios que a continuación se indican:

1.- Los suministros a usuarios finales cuya potencia conectada es inferior o igual a 2.000 kilowatts, ubicados en zonas de concesión de servicio público de distribución o que se conecten mediante líneas de su propiedad o de terceros a las instalaciones de distribución de la respectiva concesionaria;

2.- Los suministros a usuarios finales de potencia conectada inferior o igual a 2.000 kilowatts, efectuados desde instalaciones de generación o transporte de una empresa eléctrica, en sistemas eléctricos de tamaño superior a 1.500 kilowatts en capacidad instalada de generación;

3.- Los suministros que se efectúen a empresas eléctricas que no dispongan de generación propia, en la proporción en que estas últimas efectúen a su vez suministros sometidos a fijación de precios. Lo anterior cuando se trate de sistemas eléctricos de tamaño superior a 1.500 kilowatts en capacidad instalada de generación, y

4.- Los servicios no consistentes en suministros de energía, prestados por las empresas sean o no concesionarias de servicio público que, mediante resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada a solicitud de la Superintendencia o de cualquier interesado, sean expresamente calificados como sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria.

No obstante, los suministros a que se refieren los números 1 y 2 anteriores podrán ser contratados a precios libres cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se trate de servicio por menos de doce meses;

b) Cuando se trate de calidades especiales de servicio a que se refiere el inciso segundo del artículo 130º;

c) Cuando el momento de carga del cliente respecto de la subestación de distribución primaria sea superior a 20 mega watts-kilómetro, y

d) Cuando la potencia conectada del usuario final sea superior a 500 kilowatts. En este caso, el usuario final tendrá derecho a optar por un régimen de tarifa regulada o de precio libre, por

clientes regulados los que tienen una potencia conectada inferior a 2.000KW. Luego, en la letra d) del inciso siguiente da una opción para los clientes regulados: Todos aquellos clientes que tengan una potencia conectada igual o superior a los 500KW podrán contratar sus suministros a precios libres, esto es, pueden optar, en cuanto a la tarifa, a ser clientes libres o regulados.

Los suministros no incluidos dentro del artículo en comento no estarán afectos a la regulación tarifaria que se dispone en la ley eléctrica (Art. 149⁵⁹, inciso primero, LGSE). Cabe tener presente que la exclusión solo rige respecto a las tarifas, más no en lo relativo a los otros deberes impuestos por la legislación eléctrica, especialmente los de coordinación, seguridad e interconexión del Art. 137 LGSE.

¿Qué disposiciones se les aplican a los clientes libres?

un período mínimo de cuatro años de permanencia en cada régimen. El cambio de opción deberá ser comunicado a la concesionaria de distribución con una antelación de, al menos, 12 meses.

El Ministerio de Energía podrá rebajar el límite de 500 kilowatts indicado en esta letra, previo informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (CLIENTES REGULADOS QUE PUEDEN SER LIBRES)

⁵⁹ Artículo 149º.- Los suministros de energía eléctrica no indicados en el artículo 147º no estarán afectos a ninguna de las regulaciones que se establecen en este Título. (HACE REFERENCIA AL TÍTULO V, DE LAS TARIFAS).

i) Libertad contractual: Las partes pueden establecer contractualmente las cláusulas que regularán su vínculo comercial;

ii) Disposiciones del Código Civil (CC) y del Código de Comercio (CCom) en lo relativo al contrato de compraventa: El precio debe ser determinado por las partes o, al menos, ser determinable (en aplicación de las reglas generales establecidas con ocasión del objeto del contrato, Art. 1461 del CC⁶⁰). Es necesario recordar que ambos Códigos establecen la posibilidad de dejar en manos de un tercero la determinación del precio, pero nunca al arbitrio de una de ellas (Arts. 1808 y 1809⁶¹ CC y 139 CCom). Además, la electricidad es un bien fungible (en la acepción de consumible). ¿Qué pasa si no se fija el precio? Existe la compraventa; aún en el evento que no exista precio en la compraventa, producirá efectos de acuerdo a los Arts. 1808 CC y 139, inciso segundo, del CCom, pues tales preceptos declaran que el precio será el de la plaza que, en el caso del sistema eléctrico, se traduce en el costo marginal.

⁶⁰ Artículo 1461 CC.- No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije las reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

⁶¹ Artículo 1808 CC.- El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen. Si se trata de cosas fungibles y se vende al corriente de la plaza, se entenderá el del día de la entrega, a menos de expresarse otra cosa;

Artículo 1809 CC.- Podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlos por él cualquiera otra persona en que se conviniere los contratantes; en caso de no convenirse, no habrá venta. No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes.

b. Mercado de clientes regulados:

El legislador los protege atendidas las diferencias existentes en el poder negociador de la tarifa entre ellos y el generador, en la medida que el poder de mercado de los últimos no permitiría una negociación contractual libre y exenta de vicios.

Se establece un precio regulado por la autoridad administrativa que fija un tope máximo a la cuantía cobrada por los generadores, en todo caso, el cobro puede ser menor. En concreto, las cuentas por suministro eléctrico que llegan a los hogares no solo incluyen el precio de nudo de la generación, sino que es menester agregar los precios del transporte y distribución.

¿Cuál precio de nudo? En virtud de la Ley Corta II (N° 20.018), tenemos dos precios de nudo:

- i) Precio de nudo de corto plazo:

Es el que rige para los suministros a clientes regulados de las compañías distribuidoras⁶², en virtud de los contratos que estas empresas hayan suscrito con anterioridad a la aplicación de la Ley Corta II. Esta Ley data del año 2006 y, como bien es sabido, por aplicación de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, las normas aplicables al contrato son las que estaban vigentes al momento de su celebración (ultra actividad de la ley en el tiempo). Por tanto, lo que el generador le puede cobrar al distribuidor es el precio fijado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, es decir, el precio de nudo de aquella época (hoy conocido como el precio de nudo de corto plazo). Así, el precio de nudo de corto plazo lo determina semestralmente el Ministerio de Energía, previo informe de la Comisión Nacional de Energía (lo efectúa en abril y octubre de cada año). Su regulación se da en los artículos 159 y siguientes LGSE, donde se debe reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro.

Existen dos tipos de precio de nudo de corto plazo:

⁶² Artículo 131^o.- Las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del suministro de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores regulados para, a lo menos, los próximos tres años. Para dichos efectos, con la antelación que fije el reglamento, deberán licitar el suministro necesario para abastecer los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios ubicados en su zona de concesión, de modo que el conjunto de los contratos resultantes, más la eventual capacidad de generación propia, garanticen el cumplimiento de la obligación establecida en el inciso anterior. Las licitaciones de suministro serán públicas, abiertas, no discriminatorias y transparentes. Además, la información contenida en las ofertas de los proponentes será de dominio público a través de un medio electrónico. Las concesionarias podrán coordinarse para efectuar una licitación conjunta por la suma de los suministros individuales a contratar.

1) Precio de nudo de corto plazo de la POTENCIA:

La CNE debe determinar la unidad generadora más económica para suministrar una potencia adicional durante las horas de máxima demanda anual del sistema ¿Cuál es la unidad que necesito para satisfacer la demanda máxima anual del sistema? Se determina con la reserva de potencia teórica y, sobre ella, se determina el precio básico de la potencia. En términos simples, se diseña un modelo de suministro en base a una central generadora eficiente.

2) Precio de nudo de corto plazo de la ENERGÍA:

La CNE tiene que hacer una previsión de la demanda del sistema para los próximos 10 años, esto es, proyectar cuanta energía se requerirá para ese período. En segundo lugar, debe confeccionar un plan de obras considerando las centrales existentes y en construcción para proyectar cómo se va a abastecer y cumplir con la demanda en los próximos 10 años. A partir de estos dos elementos, calcula cuál va a ser el costo marginal del sistema en este modelo hipotético de largo plazo. El precio que resulte será el precio básico de la energía. Se determina para cada nudo o subestación del sistema donde se retira electricidad, estimando en cada caso los factores de penalización⁶³.

⁶³ La penalización implica que en la transmisión de la energía eléctrica desde un punto a otro se pierden electrones, en la medida que la persona que recibe la electricidad no recibirá la misma cantidad que fue despachada. Tal situación debe ser reflejada en el precio, ya que por cada subestación eléctrica adicional se requerirá adicionar electricidad para cumplir con la prestación debida.

Hecho este modelo, la CNE se lo entrega a las generadoras en marzo y septiembre de cada año para que realicen las observaciones que estimen pertinentes y aprecien, especialmente, los costos reales de producción obtenidos. Junto con lo anterior, se obliga a las generadoras a informar la energía demandada por su cliente y señalar los precios promedios a los cuales vende la energía. Esto se hace con el motivo de obtener un promedio de costos de producción de la electricidad y compararlo con los precios teóricos de mercado creados por la autoridad, para efectos de determinar si se encuentra dentro de la banda de precios del Art. 158⁶⁴ LGSE. Si está dentro de la banda, ese será el precio de nudo, en caso contrario, deberá regirse por las reglas del Art. 161⁶⁵.

⁶⁴ Artículo 158º.- Los precios promedio que los concesionarios de servicio público de distribución, calculados conforme al artículo anterior y que deban traspasar a sus clientes regulados, serán fijados mediante decreto del Ministerio de Energía, expedido bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República", previo informe de la Comisión. Dichos decretos serán dictados en las siguientes oportunidades:

- a) Con motivo de las fijaciones de precios señaladas en el artículo 171º;
- b) Con ocasión de la entrada en vigencia de algún contrato de suministro licitado conforme al artículo 131º y siguientes, y
- c) Cuando se indexe algún precio contenido en un contrato de suministro vigente, según lo dispuesto en los artículos 161º y 172º.

Los precios que resulten de la publicación señalada en la letra b) entrarán en vigencia a partir de la fecha en que se inicie el suministro, conforme indique el contrato respectivo, y se procederá a la reliquidación que sea necesaria, según el artículo 171º. Los precios que resulten de la publicación señalada en la letra c) entrarán en vigencia a partir de la fecha que origine la indexación.

⁶⁵ Artículo 161º.- Los precios de nudo de largo plazo se reajustarán de acuerdo con sus respectivas fórmulas de indexación, con ocasión de cada fijación de precios a que se refiere el artículo 171º. Estos nuevos precios serán utilizados para determinar los precios promedio indicados en el artículo 157º. Si, dentro del período que medie entre los meses señalados en el artículo 171º, al aplicar la fórmula de indexación respectiva, un precio de nudo de largo plazo experimenta una variación acumulada superior al diez por ciento, éste será reajustado, debiendo la Comisión calcular los nuevos precios promedio de cada distribuidora según lo señalado en el artículo 157º.

ii) Precio nudo de largo plazo

Es el que rige el precio de suministro a nivel de generación en los contratos de suministro suscritos con empresas distribuidoras con posterioridad a la Ley Corta II. Esto se explica en que había un desincentivo a invertir en la generación, pues el sector cada 6 meses se veía enfrentado a un nuevo proceso de fijación tarifaria, lo cual generaba incertidumbre en el mercado. Actualmente, los contratos no pueden tener una duración mayor a los 15 años.⁶⁶ El precio viene dado por los procesos de licitación que son dirigidos por la CNE, siendo licitaciones abiertas, no discriminatorias, públicas y en las cuales el resultado dependerá únicamente de la variable precio: solo puede adjudicarse el contrato al oferente que presente la oferta con menor precio de suministro de electricidad.

El precio debe estar dentro de una banda prefijada por la CNE, de modo que su cuantificación no queda a la libre determinación del mercado. Este órgano fija la banda de precio respecto de la cual un

⁶⁶ Cuestionable por los efectos hacia la libre competencia, en cuanto crea una barrera de entrada legal para los nuevos actores que deseen entrar al mercado de generación. Esto, además, tiene un efecto nocivo asociado al financiamiento de los proyectos eléctricos de generación, desde que las entidades financieras no otorgan créditos si la empresa no le presenta contratos o promesas de contratos de suministro de energía, cuestión más que difícil si gran parte de la demanda eléctrica se encuentra cooptada por períodos que pueden llegar hasta los 15 años. En este sentido, ver la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración en su punto I.2.5 sobre Condiciones de Entrada al Mercado, de la Fiscalía Nacional Económica, 2012, disponible en: <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>>

oferente puede confeccionar su oferta y, en el evento que la licitación se declare desierta, fundadamente puede resolver subir el techo de la banda hasta en un 15% y llamar a nueva licitación. Si como resultado de la licitación resultan adjudicadas varias ofertas con diferente precio, por ejemplo: Chilectra convoca a licitación para suministrar a sus clientes de Santiago y 2 empresas se adjudican en bloques distintos de suministro; el precio que la distribuidora traspasa a sus clientes es el promedio de los precios de ambas empresas adjudicatarias, siempre y cuando se mantengan dentro de la banda de precio. Además, la ley establece que estos precios tienen una forma de reajuste según el combustible que la empresa adjudicada utilice para el abastecimiento de electricidad.

c. Mercado Spot

El contrato spot tiene su origen en la orden de despacho del CDEC en base al procedimiento de costos marginales aplicables a la operación del sistema, en cuanto puede determinar que una central que haya suscrito contratos con terceros sea excedentaria o deficitaria respecto al suministro de electricidad y cumplimiento de sus contratos, obligándola, con ello, a adquirir o vender energía a otra empresa dentro del mercado que se encuentre en una situación opuesta, ya sea deficitaria o excedentaria.

Las transacciones en el mercado spot se rigen por el costo marginal (costo por unidad adicional de energía). El Art. 149, inciso segundo⁶⁷, LGSE señala expresamente que las transferencias entre empresas eléctricas que operan dentro de un sistema y que resulten de las órdenes

⁶⁷ Artículo 149º.- Los suministros de energía eléctrica no indicados en el artículo 147º no estarán afectos a ninguna de las regulaciones que se establecen en este Título.

Las transferencias de energía entre empresas eléctricas, que posean medios de generación operados en sincronismo con un sistema eléctrico y que resulten de la aplicación de la coordinación de la operación a que se refiere el artículo 137º, serán valorizadas de acuerdo a los costos marginales instantáneos del sistema eléctrico.

Estos costos serán calculados por el organismo de coordinación de la operación o CDEC.

Por su parte, las transferencias de potencia entre empresas que poseen medios de generación operados en sincronismo con un sistema eléctrico y que resulten de la coordinación de la operación a que se refiere el artículo 137º, serán valorizadas al precio de nudo de la potencia calculado conforme a lo establecido en el artículo 162º. Estas transferencias deberán realizarse en función de la capacidad de generación compatible con la suficiencia y los compromisos de demanda de punta existentes, conforme se determine en el reglamento. Para estos efectos se establecerán balances por sistemas o por subsistemas conforme los subsistemas que se identificaren en los correspondientes informes técnicos de precio de nudo según se establece en el artículo 162º, numeral 3.

Todo propietario de medios de generación sincronizados al sistema eléctrico tendrá derecho a vender la energía que evacue al sistema al costo marginal instantáneo, así como sus excedentes de potencia al precio de nudo de la potencia calculado conforme a lo establecido en el artículo 162º, debiendo participar en las transferencias a que se refieren los incisos segundo y tercero de este artículo. El reglamento establecerá los procedimientos para la determinación de estos precios cuando los medios de generación señalados se conecten directamente a instalaciones del sistema troncal, de subtransmisión o de distribución, así como los mecanismos de estabilización de precios aplicables a la energía inyectada por medios de generación cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema eléctrico no superen los 9.000 kilowatts y la forma en la que se realizará el despacho y la coordinación de estas centrales por el CDEC respectivo.

Los concesionarios de servicio público de distribución de electricidad, así como aquellas empresas que posean líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público, deberán permitir la conexión a sus instalaciones de distribución correspondientes de los medios de generación cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema eléctrico no superen los 9.000 kilowatts, sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias de seguridad y calidad de servicio vigentes. Las obras adicionales que sean necesarias para permitir la inyección de dichos excedentes de potencia deberán ser ejecutadas por los propietarios de los sistemas de distribución correspondientes y sus costos serán de cargo de los propietarios de los medios de generación indicados, conforme a las modalidades que establezca el reglamento. Para el cálculo de estos costos se considerarán tanto los costos adicionales en las zonas adyacentes a los puntos de inyección, como los ahorros de costos en el resto de la red de distribución, conforme a los procedimientos que para ello establezca el reglamento. El valor de estas instalaciones adicionales no se considerará parte del valor nuevo de reemplazo de la empresa distribuidora correspondiente.

emanadas del CDEC, serán valorizadas al costo marginal instantáneo. Es un derecho para la central excedentaria percibir la tarifa establecida en tal precepto, más bien se trata de un crédito que puede exigir.

d. Precio de racionamiento

El Art. 163⁶⁸ LGSE establece un estado de excepción a la regulación eléctrica, facultando al Ministerio de Energía, previo

⁶⁸ Artículo 163°.- El Ministerio de Energía, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, podrá dictar un decreto de racionamiento, en caso de producirse o proyectarse fundadamente un déficit de generación en un sistema eléctrico, a consecuencia de fallas prolongadas de centrales eléctricas o de situaciones de sequía. El decreto que se dicte, además de establecer los cálculos, valores y procedimientos a que se refiere el inciso séptimo de este artículo, dispondrá las medidas que, dentro de sus facultades, la autoridad estime conducentes y necesarias para evitar, manejar, disminuir o superar el déficit, en el más breve plazo prudencial. Dichas medidas se orientarán, principalmente, a reducir los impactos del déficit para los usuarios, a incentivar y fomentar el aumento de capacidad de generación en el respectivo sistema, a estimular o premiar el ahorro voluntario y a aminorar los costos económicos que dicho déficit pueda ocasionar al país.

El déficit registrado en el sistema deberá distribuirse proporcionalmente y sin discriminación de ninguna especie entre todas las empresas generadoras, tomando como base la globalidad de sus compromisos. Estas, por su parte, deberán pagar a sus clientes distribuidores o finales sometidos a regulación de precios, cada kilowatt-hora de déficit que los haya afectado, determinado sobre la base de sus consumos normales, a un valor igual a la diferencia entre el costo de racionamiento y el precio básico de la energía, a los que se refiere el artículo anterior.

Para estos efectos se entenderá como consumo normal de un cliente en un período, aquel que resulte de considerar el consumo de energía facturado por el generador en el mismo período del último año sin racionamiento, incrementado en la tasa anual de crecimiento del consumo que se hubiere considerado en la previsión de demandas de energía para el sistema eléctrico, en la última fijación de precios de nudo a que se refiere el artículo 162°. Los clientes distribuidores, a su vez, deberán traspasar íntegramente el monto recibido a sus clientes finales sometidos a regulación de precios.

Para los efectos de este artículo, las situaciones de sequía o las fallas de centrales eléctricas que originen un déficit de generación eléctrica que determine la dictación de un decreto de racionamiento, en ningún caso podrán ser calificadas como fuerza mayor o caso fortuito. En particular, los aportes de generación hidroeléctrica que correspondan a años hidrológicos más secos que aquellos utilizados en el cálculo de precios de nudo a que se refiere el artículo 162°, no constituirán límite para el cálculo de los déficit, ni serán consideradas como circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito. El déficit que las empresas generadoras están obligadas a

informe de la CNE, a dictar un racionamiento eléctrico en caso de producirse o proyectarse fundadamente un déficit de generación en el sistema eléctrico. Las causas del déficit pueden provenir por fallas prolongadas de centrales generadoras o por sequías que impactan o se proyecta que impacten en el sistema de energía.

El Decreto debe contener un plazo y las medidas que se van a adoptar para reducir el déficit de energía, junto con los modos o alternativas para fomentar el ahorro de electricidad y el ingreso de nuevas centrales generadoras al sistema. A modo de ejemplo: si alguien tiene una

pagar, de conformidad a este artículo, no estará limitado a aquel que se calcule para el primer año hidrológico de la sequía. Por año hidrológico se entiende un período de doce meses que comienza en abril. Tampoco se considerarán fuerza mayor o caso fortuito, las fallas de centrales a consecuencia de restricciones totales o parciales de gas natural provenientes de gaseoductos internacionales.

En todo caso, el ejercicio de acciones jurisdiccionales no obstará al pago de las compensaciones previstas en los incisos anteriores.

En los casos no previstos en el inciso cuarto, la empresa generadora respectiva podrá solicitar a la Superintendencia que efectúe la declaración prevista en el N° 11, del artículo 3º, de la ley orgánica de dicho servicio, para que compruebe si el déficit del sistema se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor. La Superintendencia deberá pronunciarse en el plazo máximo de diez días. La impugnación judicial se sujetará al procedimiento establecido en el artículo 19 de la ley N° 18.410.

El decreto de racionamiento previsto en este artículo, además de las medidas y estipulaciones descritas en los incisos anteriores, explicitará, basándose en un informe previo de la Comisión Nacional de Energía, el monto del pago por cada kilowatt-hora de déficit, como asimismo las demás condiciones que deberán aplicar las empresas generadoras para el cálculo o registro de los déficit, y los montos y procedimientos que aplicarán las empresas distribuidoras para traspasar a su vez los montos recibidos a sus clientes finales. Todos los cálculos deberán basarse en los valores utilizados en la última fijación de precios de nudo a que se refiere el artículo 162º para el sistema eléctrico en cuestión. No obstante, el valor a utilizar para el costo de racionamiento no podrá superar, expresado en unidades de fomento, el promedio de los costos de racionamiento utilizados en las últimas seis fijaciones de precios de nudo.

Las transferencias de energía que se produzcan en un CDEC, resultantes de la dictación de un decreto de racionamiento, también se valorizarán al costo marginal instantáneo aplicable a las transacciones de energía en el sistema, el que en horas de racionamiento equivale al costo de falla.

central generadora que tenía proyectada retirarla a mantención por 10 o 15 días, no lo podrá hacer durante el período de racionamiento, pues ello pone en peligro el sistema; otra opción sería facilitar los medios para que centrales próximas al ingreso al mercado aceleren tal circunstancia.

En fin, se busca que la entrega de electricidad sea eficiente. Permite a las empresas con sus clientes pactar reducciones voluntarias de consumo, las que son remuneradas de acuerdo al procedimiento establecido en el Art. 148 LGSE.

Se trata de una especie de estado de excepción a la ley eléctrica porque a propósito de este decreto pueden alterarse las reglas de operación general del sistema. Consecuentemente, no regirán los principios de calidad de suministro y servicio cuando exista un decreto de racionamiento eléctrico dictado conforme al Art. 163 LGSE. Por de pronto, se faculta a la autoridad a tomar medidas tendientes a prevenir un déficit o tratar de minimizar los efectos de un déficit existente, por ejemplo, pueden ordenarse medidas tales como que las centrales hidráulicas, no obstante que su precio de generación sea menor, reserven agua (impactando los costos marginales y el despacho normal); también se pueden suspender mantenimientos programados de centrales.

Lo relevante, desde el punto de vista de las empresas eléctricas, es que el racionamiento eléctrico debe distribuirse en forma proporcional y sin discriminación de ninguna especie entre todas las empresas generadoras del sistema, en relación a sus compromisos globales. Esto se traduce en que si la causa del racionamiento es, a modo de ejemplo, la sequía, las termoeléctricas y gasíferas podrán continuar generando energía, pero las reducciones no solo afectarán a las hidráulicas sino que a todas las generadoras; siempre atendiendo a sus beneficios globales. En consecuencia, no puede favorecerse a los clientes de una generadora en perjuicio de los de otra y tampoco se distingue entre clientes libres y regulados, de modo que el perjuicio es compartido por todos.

A pesar de lo mencionado recientemente, la ley sí distingue en algo: el racionamiento de la energía constituye incumplimiento, generando la consiguiente sanción. En este sentido ¿Se puede hablar de caso fortuito para eximirse de la responsabilidad? Hoy, por expresa disposición legal, no hay exención de responsabilidad, pese a que en el pasado se obtuvieron sentencias favorables al interés empresarial asilándose en esa excusa. Es en este punto en que la ley realiza una distinción entre clientes libres y regulados: los regulados tienen derecho a percibir una compensación por la reducción en su suministro. El procedimiento consiste en que el generador paga la compensación al distribuidor y este último lo hace llegar al

consumidor a través de descuentos por la energía no suministrada, lo cual se verá reflejado en descuentos en las próximas boletas de consumo.

Los cálculos de esos descuentos consisten en:

- Precio de la compensación: diferencia entre el precio básico de la energía y el costo de racionamiento establecido por el decreto respectivo.

- Volumen de electricidad no percibido por el cliente: Se debe estar al consumo promedio de ese cliente el año anterior.

En ningún caso, un recurso judicial puede retardar el pago de estas compensaciones. ¿Qué sucede si la distribuidora no tiene un contrato directamente con los clientes regulados? Independientemente del origen de la obligación de suministrar, el cliente final tiene derecho a percibir la compensación de la distribuidora, la que podrá exigirla de los demás distribuidores a prorrata de las fuentes de obtención de los consumos. En todo caso, luego se tendrá derecho a repetir contra la respectiva generadora (Art. 164⁶⁹ LGSE).

⁶⁹ Artículo 164º.- Todo cliente sometido a regulación de precios tiene derecho a recibir las compensaciones del artículo anterior, independientemente del origen de la obligación de

Según la ley, no se considera caso fortuito:

- Sequía, independiente de su gravedad;

- Fallas de centrales a consecuencia de restricciones de gas natural proveniente de gasoductos internacionales;

- Las fallas de centrales eléctricas que generen un déficit cuyo origen es la dictación de un decreto de racionamiento.

¿Se derogó el caso fortuito en el mercado eléctrico?

No. Las causales del Art. 163 LGSE son taxativas, de modo que otra no estipulada allí podrá ser alegada como fuerza mayor (ejemplo: terremoto, tsunami, erupción volcánica, etc.) Es la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) la que tiene la facultad de interpretar administrativamente si un evento o hecho tiene las características de caso fortuito o fuerza mayor⁷⁰ (imprevisibilidad e irresistibilidad). La idea de esto es que ninguna de las

abastecer a la concesionaria de servicio público de distribución por las empresas generadoras.

⁷⁰ Ley 18.410 que crea la SEC. Artículo 3°.- Corresponderá a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles:

11.- Comprobar los casos en que la falta de calidad o de continuidad del servicio se deban a caso fortuito o fuerza mayor. Para los efectos del artículo 16 B, las faltas de seguridad y calidad de servicio provocadas por indisponibilidad de centrales a consecuencia de restricciones totales o parciales de gas natural proveniente de gasoductos internacionales, no serán calificadas como caso fortuito o fuerza mayor.

causales que de lugar a la dictación de un decreto sea una causal admisible de caso fortuito.

¿Qué ocurre en estos casos con el mercado spot?

De acuerdo al Art. 163, inciso final, de la LGSE, las transferencias de energía entre empresas generadoras no será a costo marginal, sino que será a costo de racionamiento (costo de falla). Caso de ejemplo: imaginemos un mercado con hidráulicas y termoeléctricas afectado por sequía y donde se dicta decreto de racionamiento. El hidráulico deberá reservar agua y no podrá producir, mientras que el térmico podrá seguir generando ¿Quién está obteniendo ganancias? Hidráulica compra a costo de falla, térmico produce a plena capacidad y recibe ganancias a partir de su carácter excedentario, por lo que será un rentable negocio para esta última.

¿Qué ocurre con los clientes libres?

Recordar que la determinación de precios, en su caso, queda fijada por la negociación contractual. Por lo mismo, la ley no consagra una compensación para ellos y, en consecuencia, deberán estipular en las respectivas cláusulas contractuales la distribución de los riesgos, ya que en Chile no recibe aceptación jurisprudencial la teoría de la imprevisión,

especialmente por el poder que se le otorga al artículo 1545 del Código Civil, en tanto se consagra la obligatoriedad del contrato junto a la prestación de lo debido por sobre el advenimiento de circunstancias excepcionales.

En todo caso, en la Ley N° 18.410, que crea la SEC, se consagra una facultad para este organismo en cuanto a determinar compensaciones a favor de clientes que se ubiquen dentro de las áreas de concesión de distribución (puede tratarse de libres o regulados, la ley no distingue). Esto no dice relación con el concepto de racionamiento eléctrico previsto en el artículo 163 LGSE, sino con cualquier motivo que lleve al racionamiento del suministro. Se puede utilizar, en todo caso, contra el responsable, pero se debe recordar que no siempre la generadora será la responsable del corte⁷¹, ejemplo: corte de tendido eléctrico por terceros.

⁷¹ Ley. 18.410. Artículo 16 B.- Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento. La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario. Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independientemente del derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.

4.2.4.2 PRECIOS EN EL SECTOR TRANSPORTE

Con la Ley Corta I (Ley N° 19.940) se estableció un nuevo régimen regulatorio del segmento transmisión, declarándose servicio público a los sistemas troncales y de subtransmisión, garantizándose así su acceso abierto.

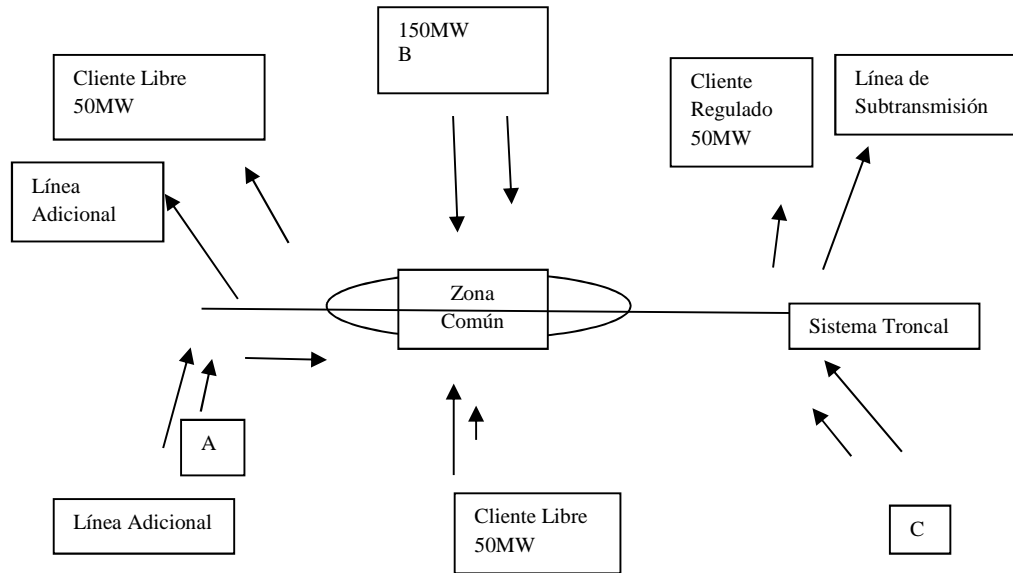
Para determinar los precios se distingue por tipo de línea de transmisión:

a. Sistema troncal

Aquí existe un criterio económico y minimalista, el cual busca que el conjunto de líneas sea el menor posible o sean las mínimas necesarias para abastecer el sistema, esto es, la máxima eficiencia con el menor número de instalaciones. Para un mayor entendimiento, se muestra un esquema confeccionado al efecto⁷²:

⁷² Confección propia, elaborada de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Servicios Eléctricos. Valga decir que las flechas representan los flujos de energía, los cuales pueden ir en dirección hacia la zona común o hacia su exterior. Los clientes libres y regulados son meros ejemplos, al igual que las letras A, B y C que representan líneas adicionales del sistema.

Esquema N° 1: Descripción del mercado eléctrico y sus flujos de energía



- i) Artículo 78⁷³ LGSE: En virtud de este precepto el obligado al pago del peaje de transmisión troncal es el usuario de una instalación de transmisión. Se consagra una presunción, indicando que la empresa que inyecta o retira energía del sistema hace uso y por ello paga peaje. La excepción al pago de estas líneas es la contemplada para las ERNC.

⁷³ Artículo 78º.- Toda empresa eléctrica que inyecte energía y potencia al sistema eléctrico con plantas de generación propias o contratadas, así como toda empresa eléctrica que efectúe retiros de energía y potencia desde el sistema eléctrico para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, hace uso de aquellas instalaciones del sistema de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión y adicionales que correspondan conforme a los artículos siguientes, y deberá pagar los respectivos costos de transmisión, en la proporción que se determine de acuerdo a las normas de este Título.

ii) ¿Cómo se configura el peaje de un sistema de transmisión troncal? Hay dos variables:

- Valor de inversión de las instalaciones que comprenden el sistema de transmisión troncal, y;
- Costo de operación, mantenimiento y administración de esas instalaciones.

$$\text{PEAJE} = \text{VATT} = \text{VI} + \text{COMA}$$

VATT: Valor agregado de transmisión troncal

VI: Valor de inversión de las instalaciones. No se refiere al valor real que tuvo la construcción, sino a uno comercial de la inversión.

COMA: Costo de operación, mantenimiento y administración de las instalaciones. Este costo se calcula tomando como modelo una empresa eficiente.

iii) ¿Cómo se demuestra? Hay un procedimiento de fijación tarifaria que tiene lugar cada 4 años, encabezado por la CNE, y que se configura en varias etapas.

- La CNE establece las bases sobre las que se debe desarrollar un estudio de ingeniería que identifique cuáles son las instalaciones del sistema existentes hoy y las necesarias para abastecer el mercado en los próximos 10 años. Este es el único punto donde el Estado tiene la posibilidad de planificar el sistema para satisfacer la demanda (cómo se desarrollará el sistema eléctrico). Llama a concurso público internacional abierto y transparente para que empresas de ingeniería de reconocida calidad y sin vinculación relevante con agentes del mercado, elaboren un estudio de expansión del sistema de transmisión. En cada etapa los intervinientes en el sistema eléctrico tienen derecho a formular observaciones sobre este estudio, siempre teniendo el derecho de acudir al Panel de Expertos de la Ley eléctrica para resolver las controversias.

- Se confecciona un informe final y se lleva al Ministerio de Energía una propuesta de decreto que identifique la instalación de sistemas de transmisión troncal, el VATT a cada uno de los tramos del sistema troncal – con esto se estarán determinando las ganancias que

obtendrá el inversionista hacia el futuro-, quién es el obligado a ampliar una obra de transmisión troncal y en qué plazo debe hacerlo, así como cuando se requerirá construir una nueva línea⁷⁴ (en atención a esto último: se indica una preferencia respecto al valor de inversión que puede tener esa instalación, cuestión que de no concretarse hace caducar la opción y se podrá licitar la obra como nueva). Las nuevas obras se licitan de modo público y abierto estableciendo una referencia en cuanto al precio de inversión, el cual se consagra en el decreto. Si la licitación se declara desierta, la CNE puede ampliar el techo del valor de la inversión, fundadamente.

iv) El transmisor también tiene derecho a percibir Ingresos Tarifarios (IT), que consisten en un pago anticipado de los peajes que deben percibir anualmente por prestar servicios de transmisión. La fórmula expuesta en el ii) anterior, debe ser complementada de la siguiente forma:

$$\text{VATT} = \text{VI} + \text{COMA} + \text{IT}$$

Las diferencias de costos marginales entre una subestación y otra se reflejan en los ingresos tarifarios, de tal modo que permite un reajuste

⁷⁴ Con respecto a este tema, se brinda una preferencia respecto al valor de inversión de una instalación, cuestión que de no concretarse hace caducar la opción y se podrá licitar la obra como nueva.

posterior. Adicionalmente y muy importante, es que esta fórmula siempre considera un 10% de retorno sobre el gasto realizado, haciendo de la transmisión un negocio seguro.

v) Área de Influencia Común (AIC): Área definida por la ley y donde se produce el 75% de las inyecciones y retiros del sistema. Ese conjunto de instalaciones se identifican en un decreto tarifario a efectos de determinar el pago -a prorrata- de los usuarios de esta zona de transmisión troncal. Aquí el VATT se paga en un 80% por inyecciones y en un 20% por retiros; tales retiros pueden ser traspasados por el distribuidor al consumidor final.

vi) Instalaciones fuera del AIC: Se rigen por un criterio distinto al punto anterior. Las líneas que están en los extremos del sistema troncal no deben ser pagadas por todos los agentes, de modo que se requerirá determinar el flujo de la electricidad para identificar al usuario que está haciendo uso de la línea:

- Si el flujo va de AIC hacia el exterior: los consumidores foráneos serán los que están consumiendo tal energía –la están retirando-, ellos usan y pagan;

- En el sentido opuesto, desde el exterior hacia el AIC: se está inyectando energía al sistema, por lo cual pagarán el VATT en su integridad las generadoras que estén inyectando.

Para el cliente regulado, en términos prácticos, todos estos costos de transmisión aparecerán como un costo unitario en su boleta, el cual se denomina Costo Unitario de Transmisión (CUT). Quienes tienen consumo superior a 15.000kw deben pagar un cargo único (peaje unitario).

b. Líneas de subtransmisión

Como se trata de un servicio público, al igual que el troncal, la CNE fija una tarifa cada 4 años. Este proceso, de la misma forma que sucedía con el troncal, es público, regulado, abierto, basado en instalaciones económicamente adaptadas a una proyección de demanda de un período de 4 a 10 años y que sean eficientemente operadas.

En este punto opera el Peaje de Subtransmisión que es pagado por los usuarios de esas instalaciones, dependiendo del flujo que lleve la electricidad. Pagarán los clientes ubicados en el extremo del sistema cuando el flujo se dirija desde el sistema troncal hacia el exterior;

mientras que si la dirección del flujo converge hacia el sistema troncal, serán las generadoras las que paguen el peaje.

En todo caso, hay audiencias públicas para hacer observaciones al proceso de fijación tarifaria.

c. Líneas adicionales

La determinación de los precios queda en manos de las partes interesadas. No hay acceso abierto, a menos que su trazado ocupe bienes nacionales de uso público, caso en que el propietario de la línea no podrá negarse a que terceros se conecten. Toda la regulación queda entregada a la voluntad de las partes.

4.2.4.3 PRECIOS EN EL SECTOR DISTRIBUCIÓN

El precio de distribución es el precio de nudo (ya visto para la generación y transporte) más los costos de distribución y su valor agregado (VAD). Como no existe competencia en el sector, por la imposibilidad material y económica de emular la infraestructura esencial de la distribución eléctrica, la ley hace una simulación creando una empresa modelo que va a operar en el mercado con las restricciones del sector distribución,

replicando también los costos de esta empresa modelo en la real. El precio que pagan los consumidores finales es el precio de nudo + VAD.

Los precios a pagar a los transportistas están distribuidos: las generadoras pagan un 80%, mientras que los consumidores finales el otro 20% (lo que se ve reflejado en las cuentas de luz en el cobro del cargo por uso del sistema troncal). Las distribuidoras, al igual que se efectúa en el mercado de transporte, llaman a licitaciones para cumplir con el suministro de energía de sus clientes.

En el mercado de generación los precios son esencialmente libres en su determinación al igual que la decisión de inversión, de forma tal que los precios se forman bajo el alero de la oferta y demanda. En el transporte y la distribución no existe el mismo modo de operar. Así, en el transporte y la distribución la competencia se ve reducida por las facilidades esenciales que poseen las empresas que ya están operando, facilidades que son complejas de replicar por los altos costos involucrados (generalmente costos hundidos). Es por esta razón que surge la necesidad de regular los precios en ambos sectores.

En conclusión, en el precio del sector distribución subyacen los precios de generación y transporte. La suma de todos ellos conforma el precio a pagar por los usuarios finales.

4.3 RECAPITULACIÓN

El mercado eléctrico nacional tiene bases sólidas en una normativa que tiene sus inicios en los años 80, siendo notorio que el legislador le ha otorgado un carácter primordial porque el desarrollo nacional depende de la electricidad. Si bien es cierto, nuestro sistema cuenta con normativa sólida, la realidad ha sobrepasado esas providencias y resulta necesario que Chile propenda a buscar nuevos aliados energéticos.

El sector eléctrico es especial y posee regulación propia de aplicación exclusiva y excluyente, lo cual alcanza a todos sus sectores y partícipes, con pocas excepciones. Además, para los sistemas interconectados de gran envergadura, se cuenta con un centro especializado que dirige la comercialización de la energía y otros aspectos fundamentales.

Por otra parte, la generación de precios en este mercado distingue entre sectores del sistema y destinatarios de la energía, pero lo relevante es que el precio final de la energía debe representar el costo

que tuvo producirla, pues esa es la forma que este mercado ha encontrado para asignar eficientemente sus recursos.

Luego de tener un marco teórico sobre el mercado eléctrico, es posible analizar situaciones particulares del mismo en relación a las energías renovables, especialmente cómo nuestros legisladores han regulado el fomento a este tipo de energía.

5. CAPÍTULO V: LA REALIDAD CHILENA ¿QUÉ TENEMOS ACTUALMENTE?

5.1 RÉGIMEN APLICABLE A LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLE NO CONVENCIONAL

5.1.1 LEY 20.257: PRECIO Y MERCADO ASEGURADO

Para ir analizando los cambios que introduce este cuerpo normativo a la Ley General de Servicios Eléctricos, se irán reproduciendo los incisos relevantes y posteriormente se efectuarán los comentarios.

“Art. 150 bis inciso primero: Cada empresa eléctrica que efectúe retiros de energía desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 megawatts (solo aplicable al SING y SIC) para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios, deberá acreditar ante la Dirección de peajes del CDEC respectivo, que una cantidad de energía equivalente al 10% de sus retiros en cada año calendario haya sido inyectada a cualquiera de dichos sistemas, por medios

de generación renovables no convencionales, propios o contratados.”

Esta es la gran contribución de Chile hacia el desarrollo sustentable, obligarse a sí mismo a limpiar su propia matriz energética. Esta obligación comenzó a regir desde el 1 de enero de 2010 y durará 15 años contados desde la fecha recientemente señalada. El método de funcionamiento de este sistema consiste en que primero se debe conseguir un piso de 5% entre el año 2010 a 2014, aumentándose éste en un 0,5% anual a partir del año 2015 hasta alcanzar el 10% el año 2024; (Arts. 1 y transitorios Ley 20.257).

Con todo, esta gran contribución solo se deja ver en el papel, en la medida que el rumbo que ha adoptado la matriz energética chilena desde el año 2008 hasta hoy es otro. “La instalación en Chile de nuevas centrales en base a carbón se está expandiendo más rápido que las ERNC. Esto refleja un sistema energético basado principalmente en una orientación de costos privados de corto plazo, y donde se consideran, solo parcialmente, las externalidades de la generación basada en combustibles fósiles u otras consideraciones estratégicas de largo plazo⁷⁵. Como

⁷⁵ Op. Cit. AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Chile Energy Policy Review 2009. La cita original: "The installation of new coal power plants in Chile is expanding much faster than NCRE. This reflects an energy system based mainly on short-term, private cost orientation and

consecuencia de lo ya mencionado, podríamos llegar a decir que la única forma por la cual se podrían llegar a internalizar los costos ambientales en la generación de electricidad es a través de los sistemas de evaluación y control ambiental. Esto es absolutamente insuficiente y está destinado al fracaso, ya que como se verá a partir de la experiencia europea, veremos que la internalización de las externalidades negativas en el precio de las energías convencionales es primordial para que las energías renovables penetren el mercado eléctrico y puedan subsistir en el tiempo, sin perjuicio de otras intervenciones del Estado en este asunto.

La intención es que se reflejen los costos reales de producción de ambos tipos de energía para que exista una competencia justa: la energía limpia es más cara en el corto plazo, pero en el largo plazo reducirá sus costos y contribuirá al desarrollo sustentable; el combustible fósil genera energía de forma más económica en la actualidad, pero al integrarse a él el costo de sus externalidades se incrementa su valor. Esta tendencia chilena hacia el carbón se confirma en el siguiente cuadro⁷⁶.

one in which the externalities of fossil-fuel based generation or other long-term strategic considerations are only partially taken into account.”

⁷⁶ Op. Cit. MINISTERIO DE ENERGÍA DE CHILE. Antecedentes sobre la matriz energética en Chile y sus desafíos para el futuro.

Cuadro N° 3: Proyectos en construcción hoy.

Proyectos en Construcción Hoy:	
SIC	MW
HIDRÁULICA	1.044
Hidro - Embalse	316
Hidro - Pasada	728
TÉRMICA	1.069
Carbón	957
Diesel	112
ERNC	117
Biomasa	97
Eólico	20
SUBTOTAL	2.230

► 63% de los proyectos actualmente en construcción son térmicos.

► 95% de la capacidad térmica en construcción es carbón.

Fuente: Comisión Nacional de Energía

SING	MW
TÉRMICA	874
Carbón	874
SUBTOTAL	874

TOTAL	3.104
--------------	--------------

Está claro que los sujetos pasivos de la obligación son las empresas eléctricas que hagan retiros de electricidad del sistema, pero los que realmente soportan los costos son los consumidores finales, pues las empresas traspasan sus costos a las cuentas de las personas. La población chilena ¿Ha sido informada de los costos de su decisión? Claramente ello no ha sucedido y en el silencio de las autoridades prosiguen las protestas en las calles en apoyo a las energías renovables, aunque los protestantes no saben lo que han comenzado a pagar por ellas desde el 1 de enero de 2010. Un estudio concluye que “de ser eficaz, la ley les aumentará el costo de suministro a los consumidores del SIC en a lo menos US\$ 4.000 millones en

valor presente. Pues si bien las energías no convencionales reducen emisiones de CO₂, lo hacen a un costo cinco veces mayor que el costo del daño que causan⁷⁷.

Tal como se efectúa en Europa, se hace imperativo que el Gobierno chileno comience a informar y formar a los ciudadanos de este país, de modo tal de incorporar en ellos una cultura asociada a la energía o, al menos, provocar que sus decisiones sean informadas. Además, ello evitaría los largos tiempos que demora la preparación de un proyecto energético, al reducir las protestas y procesos judiciales.

“Art. 150 bis inciso tercero: Cualquier empresa eléctrica que exceda el porcentaje señalado en el inciso primero de inyecciones de energía renovable no convencional dentro del año en que se debe cumplir la obligación, con energía propia o contratada y aunque no hubiese efectuado retiros, podrá convenir el traspaso de sus excedentes a otra empresa eléctrica, los que podrán realizarse incluso entre empresas de diferentes sistemas eléctricos.”

Detrás de esta norma hay dos intenciones manifiestas: i) crear un mercado secundario de energías renovables no

⁷⁷ GALETOVIC, Alexander y MUÑOZ, Cristián. Energías renovables no convencionales ¿Cuánto nos van a costar? En: Centro de Estudios Públicos, Primavera de 2008. 51p.

convencionales donde se puedan transar los excedentes de energía, con el motivo principal de generar bonos transables y evitar multas, y; ii) a partir de lo anterior, generar una conexión entre el SING y el SIC.

“Artículo 150 bis inciso cuarto: La empresa eléctrica que no acredite el cumplimiento de la obligación a que se refiere este artículo al 1 de Marzo siguiente al año calendario correspondiente, deberá pagar un cargo, cuyo monto será de 0,4 UTM por cada megawatt/hora de déficit respecto de su obligación.”

En principio, cabe señalar que existe un mal diseño de esta multa, pues lo recaudado con ella se destina a los clientes finales. Si el espíritu de la ley es fomentar las ERNC, no cabe duda que el destino de las multas debe ser acorde a la intención promotora de la ley, situación que no ocurre (por ejemplo, instancias de información y formación de la ciudadanía en estos aspectos, inversión en la innovación tecnológica, inyección de recursos a órganos fiscalizadores, etc.)

“Las leyes y los reglamentos asociados a este proceso se traducen en señales de precio que siguen los tomadores de decisión en el mercado eléctrico. Consecuentemente, señales de precios eficientes permiten crear condiciones para atraer inversiones en proyectos de

energías renovables no convencionales⁷⁸. La señal de precio viene a ser la multa a pagar en caso de incumplir con la obligación, en tanto ese será el precio máximo que los agentes estarán dispuestos a pagar por la energía renovable. Si consideramos que el costo marginal de la electricidad redondea en los US\$ 190 megawatt/hora actualmente⁷⁹, es necesario concluir que es más económico pagar la multa que hacer el esfuerzo económico de generar electricidad a partir de fuentes renovables que, como ya se dijera, es más caro que producir con energías fósiles. Simplemente basta con mirar el siguiente cuadro que demuestra el postulado antes mencionado⁸⁰, el cual, de paso, corrobora que todos los incentivos están puestos para que las personas eludan el cumplimiento de la obligación legal e incurran en un incumplimiento eficiente, en el sentido que si “hay internalización del costo y libertad [en este caso, refiriéndose a la internalización de la multa en desmedro del cumplimiento de la obligación legal], una persona racional perjudica a otras siempre que la ganancia sea suficientemente grande para pagar una

⁷⁸ COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA y DEUTSCHE GESSELLSCHAFT FÜR TECHNISCHE ZUSAMMENARBEIT (GTZ). Las energías renovables no convencionales en el mercado eléctrico chileno. Santiago [en línea] <http://www.cne.cl/cnewww/opencms/05_Public_Estudios/publicaciones.html> [consulta: 4 de Junio de 2011].

⁷⁹ Revisar en: CENTRO DE DESPACHO ECONÓMICO Y DE CARGA DEL SISTEMA INTERCONECTADO CENTRAL. Costo marginal real del mes. Santiago [en línea] <https://www.cdec-sic.cl/est_operacion_publica.php#C4> [consulta: 5 de Junio de 2011].

⁸⁰ Las cifras tomadas para la U.T.M. y el precio del dólar fueron escogidas al azar, no representando el precio real de las mismas al momento de realizar este ejercicio.

compensación perfecta y quedarse todavía con algo, como lo requiere la eficiencia⁸¹.

Cuadro N° 4: Incumplimiento eficiente de la normativa

Unidad de medida	Tipo de energía	Precio de generación
Megawatt/hora	Renovable (no convencional)	0,4 U.T.M. (\$15.200 pesos) ⁸²
Megawatt/hora	No renovable (convencional)	US\$ 190 (\$ 95.000 pesos) ⁸³

Esta situación, pese a existir una obligación legal para las distribuidoras de que el 5% de la energía que suministren a clientes regulados debe provenir de fuentes renovables (Ley Corta II N° 20.018), genera una falta de incentivos para invertir en este mercado porque, por un lado, para el generador es más barato pagar la multa y seguir produciendo a bajo costo con otras fuentes de energía y, por otro lado, las ganancias que podría llegar a adquirir alguien que genera energía a partir de fuentes renovables son mucho menores a las que obtienen quienes lo hacen a partir de energías convencionales (el costo de la multa indica el precio de la energía renovable -0,4 UTM por megawatt/hora-, valor mucho menor al costo marginal que los generadores comunes reciben por el megawatt/hora).

⁸¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Análisis económico del derecho. 2 edición. México. Fondo de Cultura Económica, p. 362.

⁸² Considerando un precio de la U.T.M. de \$38.000 pesos chilenos.

⁸³ Considerando un precio del dólar a \$500 pesos chilenos.

En conclusión, el asegurarle un mercado a las energías renovables a través de un gravamen a las empresas eléctricas, no implica la existencia de un aspecto fiscal dentro de la normativa eléctrica, puesto que ello solamente repercutirá en el bolsillo de los consumidores finales y no se presenta como un esfuerzo propio del Estado. En el mismo sentido, las multas no van a beneficio fiscal ni tampoco en directo apoyo a las ERNC, sino que se dirigen a los clientes finales. Por estas razones hay que decir que esta Ley 20.257 no incluye elementos fiscales en su entramado, más bien hace recaer los costos de las ERNC en los consumidores y, en alguna medida, en las empresas eléctricas. No es del todo extraña esta conclusión, pues el Estado desde hace largo tiempo solo cumple un rol subsidiario por mandato constitucional.

En la Ley N° 19.940 se establece otro incentivo a las ERNC que dice relación con la exención de los peajes que ellas deben pagar por la transmisión troncal (pago de peaje por el uso de la línea troncal.) Tampoco vale la pena comentar aquel asunto, en tanto no consiste en un elemento fiscal que signifique un sacrificio para el erario estatal, sino que los costos de esa exención deberán ser soportados por el mercado eléctrico en su totalidad.

5.1.2 LEY 20.698: FOMENTO A EXPANSIÓN ERNC (20/25)

La presente ley nace como respuesta a las demandas callejeras del año 2011, momento en el cual existía un total rechazo hacia cualquier proyecto energético por considerarlos un atentado contra el medio ambiente. A partir de ese momento, algunos legisladores toman la iniciativa y proponen aumentar la obligación prevista en la Ley 20.257 (10% de ERNC al 2024), con lo cual inicia un proceso legislativo que culmina a fines del año 2013.

Para la evaluación de esta normativa se extractarán los pasajes relevantes en consideración al tema de estudio de esta tesis.

“Artículo 150 ter.- Para dar cumplimiento a parte de la obligación establecida en el inciso primero del artículo anterior, el Ministerio de Energía deberá efectuar licitaciones públicas anuales, para la provisión de bloques anuales de energía provenientes de medios de generación de energía renovable no convencional. Para estos efectos, el Ministerio de Energía efectuará hasta dos licitaciones por año en caso que el bloque licitado no sea cubierto en su totalidad.”

Este es un gran avance con respecto a la Ley 20.257, por cuanto en ésta no se contemplaba un acceso tan directo al mercado para las energías renovables. Tal deficiencia es superada con creces, pues ahora el Ministerio de Energía se encuentra facultado para abrirle el paso al mercado a los generadores ERNC, de modo que una de las barreras de ingreso se ha visto superada con esta reforma. Esto es de suma relevancia, ya que el acceso a contratos de suministro de energía es la base que pide una institución bancaria para financiar un proyecto, por cuanto “el riesgo que percibe la institución financiera producto de la alta volatilidad del precio de la energía en el mercado spot⁸⁴ producía un rechazo al financiamiento o la estipulación de altas tasas de retorno.

A lo anterior, también hay que sumar el hecho que los bloques de energía adjudicados con motivo de estas licitaciones son útiles para dar cumplimiento a la obligación legal de generar energía con fuentes ERNC, por lo cual el acceso de este tipo de energía ha quedado garantizado.

“El período de vigencia de las inyecciones de energía licitadas, el bloque de energía anual a licitar y los precios adjudicados regirán por diez años consecutivos, contados desde la fecha de inyección

⁸⁴ COMISIÓN ASESORA PARA EL DESARROLLO ELÉCTRICO, Informe Comisión Asesora para el desarrollo eléctrico. Santiago de Chile, 2011, p. 163.

de energía, conforme lo determinen las bases de licitación correspondientes. (inciso sexto)

Podrán participar de los procesos de licitación todos aquellos proyectos que, al momento de publicarse las bases, no se encuentren interconectados al sistema eléctrico respectivo.” (inciso décimo)

Desde una perspectiva de libre competencia, el análisis de los incisos anteriores lleva a la licitud de los mismos, en tanto la extensión de 10 años no parece irracional por cuanto es un período fundado para que las ERNC tengan la oportunidad de ingresar al mercado energético⁸⁵. A ello se suma el que los partícipes de las licitaciones no puedan ser generadores que ya se encuentren interconectados al sistema eléctrico, de modo que en cada licitación se abre la posibilidad del ingreso de nuevos competidores, con lo cual la generación de competencia permitiría una innovación y avance hacia mejores servicios y precios. La conclusión precedente no es baladí, en cuanto “ algunos argumentan que esta falta de competencia está fuera del control de las empresas existentes y se debe más bien a barreras de entrada (levantadas por autoridades y/o grupos de

⁸⁵ En el contexto internacional, como el europeo, es perfectamente posible que una infracción a la libre competencia no devenga en ilícita si ella tiene como fundamento el apoyo de las energías renovables para alcanzar las metas de descontaminación en la Unión Europea. Tal criterio, en caso de ser aplicado en Chile, debiese recibir consagración legal pues de otro modo el DL 211 (norma reguladora de la libre competencia) tiene plena validez por sobre los actos en cuestión, pues el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha resuelto que esta normativa es aplicable a todos, salvo excepción legal en contrario. Nada impide que, de lege ferenda, se establezcan excepciones particulares a la normativa de libre competencia, como podría ser las tecnologías o contratos sobre energías renovables.

interés), para la construcción de nuevos proyectos de generación, tanto de empresas existentes como de potenciales entrantes (CADE 2012, p. 108); otros argumentan que son las propias empresas existentes las que estratégicamente (por ejemplo, reteniendo derechos de aguas con el objetivo de elevar el coste de los rivales) retardan el ingreso de sus nuevos proyectos, muy en línea con lo que plantean Arellano y Serra (2007); mientras que otros también podrían plantear que más allá de las decisiones de inversión, las empresas pueden ejercer poder de mercado en el mercado de contratos de largo plazo tanto en el ámbito de las negociaciones bilaterales con clientes libres como en el de las licitaciones de las empresas distribuidoras⁸⁶.

Puede ser que el problema haya sido resuelto para los generadores de ERNC, pero para los generadores convencionales todavía permanecen las dudas, agravando la situación la alta concentración que existe en el sector eléctrico. Todos ellos son ingredientes para que las grandes generadoras eléctricas puedan incurrir en colusiones, abusos de posición dominante o, al menos, un paralelismo consciente, todas ellas conductas reñidas con la legalidad que perjudicarían al mercado energético en su conjunto (distribuidores, clientes libres y clientes regulados).

⁸⁶ FABRA, Natalia, MONTERO, Juan Pablo y REGUANT, Mar. La Competencia en el Mercado Eléctrico Mayorista en Chile. Estudio encargado por la Fiscalía Nacional Económica, enero de 2014, p. 8. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2014/01/30/la-competencia-del-mercado-electrico-mayorista-en-chile-2/>

“En caso que el balance arroje que el ingreso producto de la energía inyectada, valorizada al costo marginal promedio, sea mayor al ingreso por la energía inyectada valorizada al precio licitado, las empresas eléctricas que efectúen retiros del sistema recibirán la diferencia, a prorrata de sus retiros, hasta un valor máximo de 0,4 UTM por Mwh, percibiendo el exceso de dicha cifra el respectivo generador renovable no convencional.” (inciso décimo octavo)

La norma en comento, siguiendo principios económicos, no podía dejar de consagrar incentivos a la eficiencia energética, en la medida que cuando las resultas de la diferencia entre el costo marginal y la energía renovable sea positiva, se recompensa a quienes retiran energía (son los que compraron la energía renovable) hasta el tope de 0,4 UTM por cada Mwh y el resto queda para el generador ERNC. De este modo, el legislador ubicó incentivos para fomentar el desarrollo y así permitir una reducción de costos que venga de la mano de innovaciones, pues toda esa externalidad positiva la puede asir no solo el consumidor, sino también el generador de energía renovable.

Por último, se echa de menos algún reparo a la multa confeccionada en la Ley 20.257, desde que ella era contraproducente al

crear una situación de incumplimiento eficiente. Simplemente basta con decir que el sistema de licitaciones podría remendar esa carencia, pero, en todo caso, es necesario pensar que las multas deben tener un mínimo carácter disuasorio para evitar conductas indeseables de los agentes económicos.

5.1.3 SUBSIDIOS CORFO ¿SON SUFICIENTES?

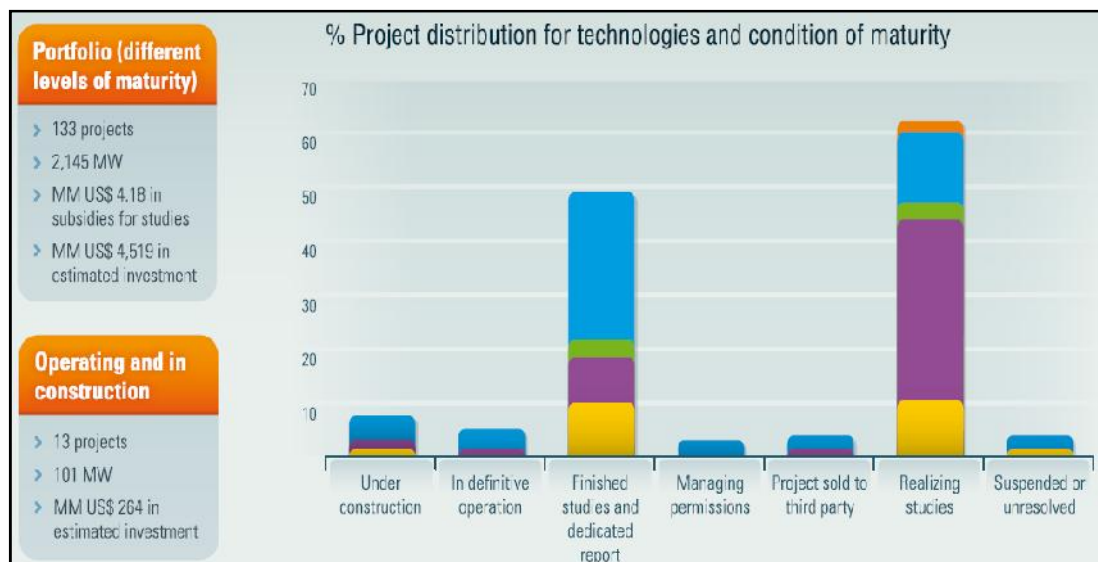
Antes de iniciar, es destacable señalar el portafolio que ha creado la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) a este respecto, dado que es el único aspecto fiscal que podemos encontrar para incentivar la generación de energía a partir de fuentes renovables, es decir, que el Estado realiza un esfuerzo patrimonial para concurrir al apoyo de las ERNC (existe también una franquicia tributaria contenida en la Ley 20.365 para sistemas solares térmicos).

El portafolio se integra por cuatro sistemas de apoyo que, esencialmente, se dirigen a las etapas de estudio de los proyectos energéticos. Los sistemas son: 1) Subvenciones para estudios de pre inversión (se limitan a un máximo del 2% de la inversión total presupuestada y no pueden exceder de los US\$60.000); 2) Préstamo “del medio ambiente” (préstamos realizados a través de la banca local y que no puede exceder de los US\$5 millones); 3) Subvenciones para estudios de pre inversión que se

encuentran en estado avanzado (puede llegar a cubrir el 50% del total del estudio teniendo como tope el 5% del total de la inversión presupuestada, nunca superando los US\$160.000), y; 4) Préstamo CORFO-ERNC (préstamo realizado por la banca local y con apoyo financiero del Gobierno alemán con tope de US\$15 millones)⁸⁷.

A continuación se muestra el grado de desarrollo que han alcanzado los proyectos acogidos a los préstamos y subvenciones CORFO⁸⁸.

Cuadro N° 5: Distribución de proyectos por tecnología utilizada y su grado de desarrollo.



⁸⁷ CORFO. Chile: Investment opportunities in the renewable energy industry. [en línea] Santiago <http://www.investchile.com/opportunities/renewable_energy/renewable_energy> [consulta: 4 de Junio de 2011].

⁸⁸ Ibid.

Como punto de partida, la iniciativa de la CORFO es suficiente, pero con los años debiese ir aumentando la cantidad de dinero destinada al apoyo, ya que una actuación de ese tipo incentivaría el ingreso de los inversionistas a este mercado. Además, que un “gran apoyo a las renovables, deviene en un crecimiento de su implementación, lo que lleva a que en el largo plazo se reduzcan los costos de inversión y finalmente ello conlleve a una reducción del apoyo gubernamental necesitado por cada unidad de electricidad producida⁸⁹.

En realidad, esto obedece a la intención, tanto de la Ley 20.257 como del Gobierno, en el sentido de crear economías de escala que permitan reducir los costos de producción en el mediano y largo plazo, en conjunto con la creación de un mercado de energías renovables en el cual se transen bonos entre empresas deficitarias y excedentarias de este tipo de energía (algo parecido a lo que ocurre actualmente con los bonos de carbono).

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, también creemos que la CORFO podría influir decisivamente respecto de las barreras financieras que enfrentan los generadores ERNC, en dos sentidos: i) Crédito intermediado por CORFO: tener como participante a esta empresa

⁸⁹ Op. Cit. AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Energy World Outlook 2010. La cita original: “Greater support for renewables, resulting in their increased deployment, leads to lower investment costs for renewables in the long term and ultimately to a reduction in the government support needed per unit of electricity produced.”

representa una fuerte sensación de seguridad para el financista y, en consecuencia, él se dispondrá a prestar dinero de forma menos onerosa y con mayores plazos en las tasas de retorno, y; ii) “Se podría establecer en CORFO un fondo de garantía estatal para reducir el riesgo que enfrentan los bancos y otros financistas privados⁹⁰.”

5.2 MERCADO ELÉCTRICO NACIONAL

5.2.1 ANÁLISIS DE SU FALLA DE MERCADO: MONOPOLIOS

NATURALES Y CONCENTRACIÓN SECTORIAL

En principio, se debe decir que uno de los pilares fundamentales de la Ley Eléctrica es que el precio que se paga por la energía sea el real, esto es, que haya correlación entre el costo marginal de producción de la energía con el precio que pagan los consumidores por ella⁹¹. Ello es así por dos motivos: 1) evitar las prácticas que se daban en el sistema anterior a la reforma eléctrica de los años 80, donde el Estado era el productor, transmisor y distribuidor de energía eléctrica, y en tal entidad operaba a pérdida vendiendo a precios menores que el costo de producción, con motivo de satisfacer a los consumidores/votantes, y; 2) permitir la

⁹⁰ COMISIÓN ASESORA PARA EL DESARROLLO ELÉCTRICO. Informe Comisión Asesora para el desarrollo eléctrico. Santiago de Chile, 2011, p. 167.

⁹¹ En tal sentido los Arts. 137, 147, 149 y siguientes de la Ley General de Servicios Eléctricos.

existencia de un mercado competitivo dentro de un sector que posee monopolios naturales en dos de sus tres sectores, el del transporte y distribución.

Lo anterior, se ve reflejado en que el costo marginal instantáneo de la electricidad lo define la última unidad despachada por el sector de generación. Por ejemplo: el CDEC es quien ordena como va ingresando la energía al sistema y en un escenario ideal debiese ordenar el ingreso de la energía proveniente de centrales con bajo costo de producción y posteriormente las que tienen costos mayores, hasta completar la demanda. De esa forma, para satisfacer la demanda de electricidad del sistema, ingresarán primero las centrales hidráulicas de pasada y si con ellas no es posible completar la demanda se tendrá que ordenar el ingreso de centrales hidráulicas de embalse cuyos costos son mayores. Por último, si con ambos tipos de centrales no es posible cumplir con la demanda, se hará ingresar energía de centrales térmicas cuyos costos son altos. Entonces, la última central que ingrese al sistema es la que va a marcar el precio que se debe pagar por la energía eléctrica y, con ello, se refleja en el precio el verdadero costo que tuvo la producción de energía.

Dentro del sector eléctrico existen dos monopolios naturales, el del sector transporte y el del sector distribución. Ambos caen en

la dinámica de la “existencia de costos decrecientes o economías de escala...así, se denomina monopolio natural a aquella industria en la que el nivel de producción, cualquiera que sea éste, puede producirse de una forma más barata por una empresa que por dos o más⁹².

En el sector transporte, especialmente en la transmisión troncal y subtransmisión, dadas las circunstancias geográficas propias de Chile, grandes distancias en orientación norte-sur, entre los puntos de generación de energía y consumo, producen que la construcción de otra línea troncal, adicional a la ya existente, sea una inversión enorme para quien desee hacerla y, en consecuencia, es más eficiente pagar un peaje por el uso de la actual línea en vez de construir una paralela. Por lo mismo, el tendido eléctrico que da base a las líneas troncales y de subtransmisión, se constituye como una facilidad esencial, por cuanto se da que “dicha instalación no sea replicable bajo condiciones de viabilidad técnica y económica, o bajo toda razonabilidad, su duplicación sea impracticable o difícilmente practicable, y que dicho insumo sea indispensable para participar en un mercado “aguas abajo”, no existiendo un sustituto a precio razonable⁹³.

⁹² GARCÍA MACHMAR, William. Manual de la libre competencia. Thomson Reuters, Santiago, 2011. 330p.

⁹³ DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISES AFFAIRS, COMPETITION COMMITTEE. Latin American Competition Forum, Contribución de Chile (FNE). 2010. P. 5. A este respecto, se recomienda ver los siguientes pronunciamientos del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Sentencias N° 29/2005, 47/2006, 88/2009; Resoluciones N° 2/2005, 6/2005, 7/2005, 8/2005, 13/2006, 22/2007, 25/2008, entre otras.

En el sector distribución ocurre algo similar, puesto que en las zonas de concesión ya se encuentran instaladas todas las postaciones y cableado, de modo tal que un inversionista que tenga intenciones de competir con el distribuidor de una determinada zona deberá desembolsar grandes sumas para instalar líneas paralelas y con ello dar grandes molestias a la población. Por tal motivo, también es de mayor eficiencia pagar un peaje al distribuidor por el uso de sus líneas.

Por otra parte y en oposición a lo antes señalado, el sector de generación se rige completamente por la libertad de mercado. La existencia de estos monopolios naturales no genera mayor problema, pues la regulación técnica y económica siempre ha propendido a que el valor de la energía sea equivalente a su costo marginal, generando un mercado competitivo. Hasta la fecha, nunca se ha desvirtuado ese mercado competitivo, en tanto el control por parte del CDEC (cuyo principio es velar porque las operaciones sean económicas y seguras), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), y la Fiscalía Nacional Económica (FNE), ha sido suficiente para evitar una reducción en la producción que tenga por consecuencia que el precio de la energía sea mayor al costo marginal de producirla.

Respecto a los monopolios naturales no hay mayores problemas, pero se han originado conflictos en lo que respecta a la concentración y poder de mercado que han ido adquiriendo ciertos holdings en los sistemas eléctricos. Así, el tema a considerar es “el alto nivel de concentración en ambos mercados de generación del SIC y el SING. Un sector con tres firmas cuyo reparto del mercado corresponde al 45%, 25% y 15% tendría en el índice Herfindahl-Hirschman (HHI) casi 3.000. El Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ) considera que un mercado con un índice HHI menor a 1.000 es competitivo; uno con un HHI entre 1.000 y 1.800 moderadamente concentrado; y uno con un HHI de 1.800 o más como altamente concentrado⁹⁴.

Se presentan gráficos que expresan esta situación⁹⁵.

Gráfico N° 9: Participación de empresas en el SIC, según grupo económico

⁹⁴Op. Cit. AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Chile Energy Policy Review 2009. La cita original: “the high level of concentration in both the SIC and the SING generation markets. A sector with three firms with respective market shares of 45%, 25% and 15% would have a Herfindahl-Hirschman Index (HHI) of almost 3000. The US Department of Justice (DOJ) considers a market with a HHI of less than 1 000 to be competitive; one with an HHI of between 1.000 and 1.800 to be moderately concentrated; and one with an HHI of 1.800 or more to be highly concentrated.”

⁹⁵BORREGAARD, Nicola y KATZ, Ricardo. Opciones para la matriz energética eléctrica. [en línea] Santiago <<http://www.ffla.net/new/es/publicaciones.html?start=10>> [consulta: 26 de Mayo de 2011].

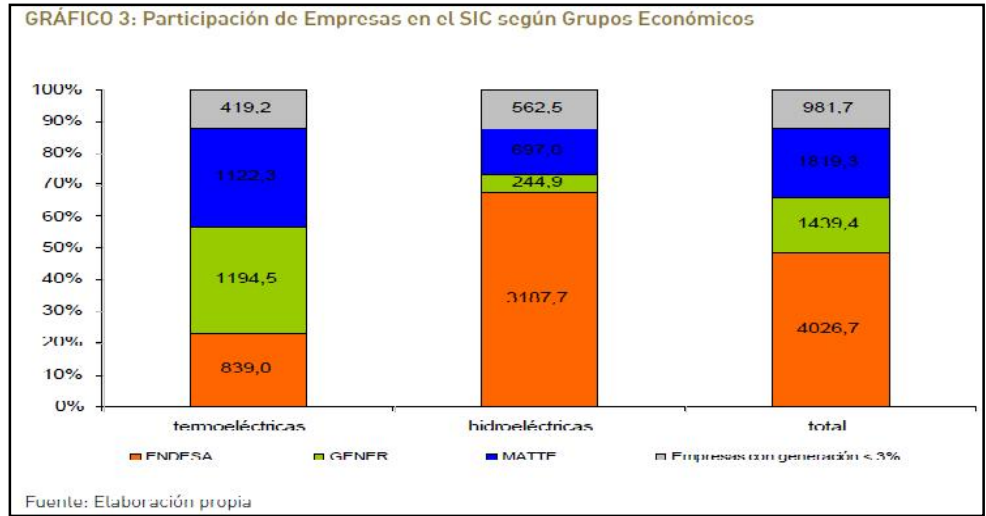
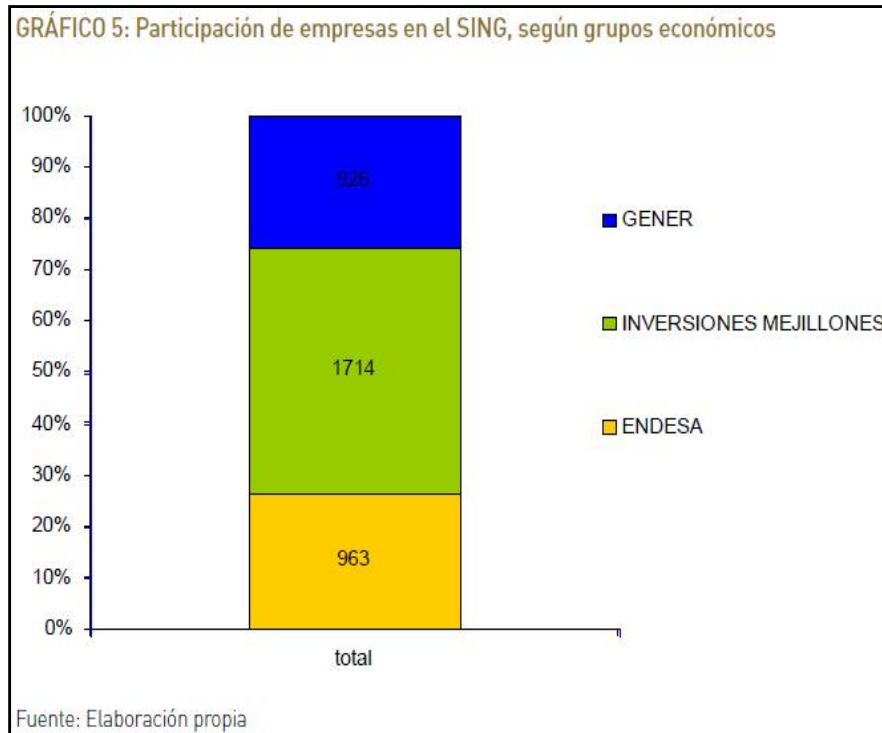


Gráfico N° 10: Participación de empresas en el SING, según grupo económico



Esta situación es francamente preocupante y más aún cuando notamos la escasa existencia de estudios al respecto. “A la fecha no existe ni un solo *paper* o estudio financiado por parte de la CNE ni menos de las Universidades nacionales frecuentemente consultadas por la autoridad energética nacional para los asuntos energéticos, que intente analizar cuestiones como esta. Peor aún ni siquiera el Parlamento chileno, ha exigido, como es el caso de su homólogo británico, por mencionar uno de ellos- un análisis y evaluación de los procesos privatizadores y su incidencia en el desarrollo eléctrico apuntando a cuestiones como seguridad de suministro, precios, perspectivas energéticas nacionales, acceso a la energía de los pobres, etc., para saber si la orientación del desarrollo energético y el proceso de liberalización del mercado ha sido el correcto o requiere de ajustes⁹⁶.

Los datos duros indican que: a) ENDESA CHILE tiene propiedad sobre 4.026 megawatts del SIC, sistema cuya potencia instalada total equivale a alrededor de 9.385 megawatt; a su vez, posee 963 megawatt del SING, sistema cuya potencia instalada equivale a alrededor de 3.602 megawatt; b) GENER tiene propiedad sobre 1.439 megawatt del SIC; a su vez, posee 926 megawatt en el SING. La situación amerita cambios radicales a futuro, especialmente si las autoridades tienen en mente la conexión entre el SIC y el SING, pues tal hecho llevaría a que algunos grupos

⁹⁶ Op. Cit. MÁRQUEZ, Miguel.

tuviesen un poder de mercado gigantesco en lo que respecta a la generación de electricidad (sin considerar que dentro de estos holdings existen empresas filiales o coligadas que tienen participación en los sectores de transporte y distribución.) Esta situación les otorgaría un poder de mercado considerable que les permitiría manejar los precios al no existir un competidor disciplinador o productos sustitutos en el mercado relevante y, en una variante atentatoria de la libre competencia, incurrir en acuerdos colusorios.

Alguien podría argumentar que el CDEC es finalmente quien maneja las operaciones y la inyección de energía al sistema, sin embargo, hay que destacar que ese organismo está compuesto por los generadores de electricidad, los transmisores de electricidad, las empresas distribuidoras y los clientes libres. En ese escenario se hace sumamente difícil garantizar que las decisiones adoptadas sean del todo imparciales, aun cuando exista una obligación legal para ese órgano de operar de la forma más económica posible.

Las opciones sugeridas para contrarrestar este efecto nocivo de la concentración y poder de mercado son las siguientes:

a. Seguir con la idea matriz de acercar el precio al costo marginal de producción, pues es la única manera de consagrar e incentivar un mercado

competitivo, valga la redundancia, que haga competir a las empresas eléctricas.

b. Reemplazo del CDEC por un órgano independiente o una nueva conformación de él con miembros independientes. Es una forma de conseguir que la dirección de la energía eléctrica se base en decisiones imparciales y evitar eventuales conflictos de interés que afecten a los consumidores finales. Esto en cuanto la regulación actual tiene más tintes de asociación gremial que de órgano que pueda tomar decisiones de forma independiente a los intereses de los agentes del sector eléctrico.

c. Apoyo estatal a las ERNC como forma de que penetren en el mercado y, en el largo plazo, reduzcan sus costos de producción incentivando a la competencia entre los diversos generadores de energía. Al darles mayor poder, podrían configurarse como un eventual agente disciplinador, siempre y cuando sean nuevos actores los que concurran a la generación de energía renovable.

d. Crear unos participantes del mercado que compren energía directamente a los generadores o lo hagan en el mercado spot de transferencia de energía (dentro de esos participantes se puede incluir a los distribuidores). En general, se trata de un derecho para que los clientes libres

puedan acceder por sí a la energía, con el objetivo de fomentar la competencia respecto a los holdings eléctricos que tienen participación en los tres sectores del sistema⁹⁷.

5.3 RECAPITULACIÓN

En nuestro país la legislación directa sobre ERNC consta en dos leyes, las cuales obligan al sistema eléctrico en su conjunto a dar preponderancia a la generación de electricidad en base a energías verdes. Son cuerpos legales de reciente data y de orden sucesivo, en los que la Ley N° 20.698 viene a complementar lo dispuesto en la Ley N° 20.257.

En todo caso, el análisis de esas normativas nos da a comprender que el Estado chileno no se obliga a efectuar gravamen económico alguno en el apoyo a este tipo de energía, por el contrario, deja en manos del sistema eléctrico en su conjunto la inversión y promoción de energías renovables. Por tanto, la ley no contempla aspecto fiscal alguno en orden al apoyo de las ERNC, opción por la que abogamos y abordaremos más adelante a partir de las ayudas estatales.

⁹⁷ Esta cuarta idea se extrae de: AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Chile Energy Policy Review 2009.

Pese a lo anteriormente señalado, Chile realiza esfuerzos menores en la tarea indicada, en cuanto por medio de CORFO financia etapas preliminares de proyectos renovables dando incentivos al inversionista para comenzar su negocio. Así, este es el compromiso del Estado por influir, mediante un instrumento fiscal, en el enverdecimiento y diversificación de la matriz energética nacional.

Como se podrá notar, al no existir aspectos fiscales relevantes en nuestra normativa nacional, es que este trabajo, sin buscar el diseño y contenido de esos aspectos fiscales, se orientará a generar una regulación que permita controlar una eventual inclusión de ayudas estatales para armonizar estas ventajas con la debida competencia que debe existir en un mercado como el eléctrico.

6. CAPÍTULO VI: REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY ELÉCTRICA CHILENA

6.1 ASPETOS FISCALES EN LA LEY ELÉCTRICA: ¿EXISTEN REALMENTE?

Impuestos, entendidos como carga impositiva a un hecho gravado, no existen en las Leyes 20.257 y 20.698, a ello se suma la carencia de una consagración general de impuestos ambientales en normativa alguna chilena, salvo la franquicia tributaria dispuesta para paneles solares y la reciente reforma tributaria, Ley N° 20.780, que introdujo incentivos ambientales al obligar a los agentes contaminantes a internalizar dentro de sus costos de producción el daño que generan⁹⁸.

Llegamos a tal conclusión porque en todas las iniciativas propuestas en las leyes que tratan directamente las energías renovables, quienes soportan la carga de contribuir al desarrollo de las ERNC son los consumidores y, en cierta medida, las empresas eléctricas. Digamos

⁹⁸ Como Chile presentaba una baja carga tributaria respecto a impuestos ligados al medio ambiente, el Mensaje N° 24-362, del 1 de abril de 2014, por el cual se envió la Reforma Tributaria al Congreso, tuvo como uno de sus puntos el aumentar la carga impositiva para alcanzar estándares OECD. El resultado de ello fue la inclusión de dos tipos de impuestos: i) uno asociado a la compraventa de vehículos motorizados (artículo 3° de la Ley N° 20.780), y; ii) otro netamente verde que grava las emisiones de fuentes contaminantes fijas, tomando en consideración el daño producido a nivel local y el generado a nivel global (artículo 8° de la Ley N° 20.780).

que el Estado ha intentado hacer recaer sobre las empresas los costos que tienen sus externalidades a través de la imposición de obligaciones de compra o generación de energía a partir de ERNC (serían las empresas que utilizan energías convencionales las que hacen el esfuerzo para diversificar la matriz energética incorporando a las energías renovables), pero ello se apreció que es infructífero, en la medida que la multa a pagar por el incumplimiento de la obligación da una señal clara: es económicamente eficiente incumplir la obligación porque ello reporta más ingresos que el cumplimiento, incluyendo que los costos de la multa serán finalmente absorbidos por los consumidores al ingresar dentro de sus boletas el costo de las mismas.

En todo caso, los procesos de licitación de la Ley N° 20.698 vienen a mejorar aquella situación al fijar, vía posturas transparentes, públicas y no discriminatorias, un precio acorde a mercado para las energías renovables. Todo lo anterior, sin perjuicio del impuesto ambiental contemplado en la Ley N° 20.780, cuya reciente entrada en vigencia nos impide estudiar su alcance.

“Hay que añadir que el empleo del sistema fiscal para fines de gestión medioambiental no solo admite la fórmula del establecimiento de los denominados tributos ecológicos sino también la reforma de sus elementos (bonificaciones, deducciones, diferenciación de

tipos impositivos, etc.)⁹⁹. Dentro de este concepto, e intentando ampliar la base conceptual, podemos decir que sí hay un aspecto fiscal en este ámbito, el cual se circunscribe al portafolio de la CORFO para el desarrollo de las energías renovables. Las subvenciones que confiere la CORFO para estudios de pre inversión son el único apoyo, exclusivamente estatal, que se da para las energías limpias. Por exclusivamente estatal, queremos decir que signifiquen un real sacrificio patrimonial para el Estado, una reducción de sus recursos, puesto que la CORFO también entrega préstamos, pero la empresa pública solo hace de intermediario, al ser la banca privada quien otorga el préstamo de dinero.

De esta forma, la Ley Eléctrica no contiene aspectos fiscales, sino que el Estado ha optado por incentivar las ERNC por medio de subvenciones al estudio e inversión otorgadas por una de sus empresas.

6.2 PROPUESTAS A SEGUIR: CREACIÓN DE IMPUESTOS AMBIENTALES Y GENERACIÓN DE UN MARCO REGULATORIO PARA AYUDAS ESTATALES

⁹⁹ CASTILLO LOPEZ, José Manuel. La Reforma Fiscal Ecológica. COMARES, Granada 1999. 235p.

Siguiendo las recomendaciones de la OECD y la experiencia europea, es necesario establecer impuestos ambientales en Chile si es que se quiere que la incorporación de las ERNC al sistema eléctrico sea factible.

En primer lugar, recordemos que la OECD indicaba que es imperativo imponer impuestos a quien contamina, pero a esa recomendación agregamos que la carga impositiva tenía que ser compartida, de alguna forma, por la oferta y demanda de electricidad, en tanto ello es lo mejor para el sistema eléctrico en su conjunto (evita generación de desigualdad en la población, permite dirigir las conductas de los contaminadores, incentiva la innovación en la generación energética y propende a la eficiencia energética).

En segundo lugar, la experiencia europea nos demostrará que no basta con el esfuerzo que hemos realizado hasta ahora, es decir, el asegurar el ingreso de las ERNC al sistema eléctrico no tiene como consecuencia que ellas vayan a penetrar ese mercado y con ello logren desarrollarse como economías de escala en el largo plazo. El resultado actual permanecerá inalterable si es que no se adoptan medidas para que los agentes contaminadores internalicen los daños ambientales en sus costos de producción y de esa forma se asemejen los costos de producción de ambos

tipos de energía (renovable y no renovable). Si no se sigue este lineamiento la competencia será injusta para las ERNC, en la medida que sus costos de producción, a corto plazo, son altísimos en comparación con las energías convencionales.

En conclusión, Chile requiere adoptar impuestos ambientales en este sector, en conjunto con un mayor grado de apoyo económico estatal a las energías limpias (apoyo cuyos fondos podrían venir dados de los impuestos que se cobren).

Consecuentemente, en los capítulos venideros se aboga que el Estado sea quien realice un sacrificio patrimonial en orden al incentivo de energías limpias. En este entendido, y dada la inexistencia de un marco regulatorio para las ayudas estatales en Chile, es que se hace necesario recurrir a la experiencia europea para brindar un marco teórico inicial que permita sostener la tesis planteada.

Si bien es cierto, hasta el momento se ha utilizado la nomenclatura de impuestos verdes u otras análogas para dar cuenta de la solución planteada al problema inicial de esta tesis, en adelante, y por constituirse como una forma más general de abordar el problema, la nomenclatura hará referencia a las ayudas estatales. Lo anterior, no presenta

problemas en cuanto a las ayudas estatales, ya que bajo su formulación general pueden adoptar diversas formas en su despliegue, entre las cuales se incluyen variadas fórmulas fiscales (cómo se tendrá la oportunidad de ver).

Solamente resta por decir que, en cualquier escenario posible, la imposición de estos impuestos sobre los combustibles fósiles (impuestos que tengan una marcada dirección ambiental y no otros propósitos) hará incrementar su precio y es en ese estado en que pueden competir justamente con las ERNC, de modo que puede concluirse que por algún tiempo las energías tendrán un valor mayor al normal, lo cual afectará, sin duda, a los consumidores. Es por esto que la elección de las ERNC en pos del desarrollo sustentable y la independencia energética tiene un costo que debemos estar dispuestos a asumir (el elevado precio de la energía y los apoyos que el Estado deberá entregar a los productores de energías limpias), ya que si no deseamos gastar demasiado dinero en esto es mejor no optar por esta alternativa y buscar otras que sean acordes a los presupuestos nacionales.

6.3 RECAPITULACIÓN

La conclusión es clara en cuanto no hay elementos fiscales en las leyes chilenas que tratan el tema de las ERNC, pese a ello la

reforma tributaria avanzó y creó impuestos ambientales cuyo resultado aún no es tangible.

Con todo, en lo sucesivo y ya adentrándose en la experiencia europea, hay que dar un giro conceptual y comenzar a adoptar el concepto de ayuda estatal, pues ese es el que se utiliza en Europa para tratar las ventajas que el Estado concede a los agentes económicos. De esa forma, resulta claro que a nuestro marco teórico eléctrico ahora deberá unirse el de la ayuda estatal como institución del derecho de la libre competencia.

7. CAPÍTULO VII: LA EXPERIENCIA EUROPEA

7.1 DIRECTIVAS EUROPEAS

7.1.1 DIRECTIVA 2009/28/CE

La Comunidad Europea ya había adoptado en el año 2001 una directiva relacionada a la promoción de la generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable (Directiva 2001/77/CE), sin embargo, dicha directiva fue expresamente derogada, por motivos que principalmente obedecían a la experiencia adquirida por la Comunidad a través de las diversas transposiciones, por la actual normativa que regula este tema (Directiva 2009/28/CE). Temas a tratar a este respecto son: a) Información y formación, y; b) Acceso a la red eléctrica y garantías de origen.

- a. Información y formación.

El Art. 14 de la Directiva¹⁰⁰ trata este tema. Se recoge esta iniciativa porque permite tener claros ciertos lineamientos:

- i) La necesidad de que sea el mismo Estado, a través de sus órganos administrativos y fiscalizadores, quien entregue la información necesaria atinente a las energías renovables, de modo tal que los inversionistas tengan un conocimiento pleno de los apoyos económicos que recibirán en su inversión, y;
- ii) Obligación para las autoridades locales de formar a sus propios ciudadanos en este tema creando acciones de sensibilización, implementando directrices y/o programas de formación.

b. Acceso a la red eléctrica y garantías de origen.

Esto se trata en los Arts. 15 y 16 de la Directiva y es el asunto central¹⁰¹. Las garantías de origen son las que permiten constituir un

¹⁰⁰ Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 23 de Abril de 2009. Art. 14.1. Los Estados miembros velarán porque la información sobre medidas de apoyo se ponga a disposición de todos los agentes interesados, como los consumidores, constructores, instaladores, arquitectos y proveedores de sistemas y equipos de calefacción, refrigeración y electricidad y de vehículos que puedan utilizar energía procedente de fuentes renovables (...) 6. Los Estados miembros, con la participación de las autoridades locales y regionales, elaborarán información adecuada, acciones de sensibilización, directrices y/o programas de formación con objeto de informar a los ciudadanos de las ventajas y la utilidad de emplear energía procedente de fuentes renovables.

¹⁰¹ *Ibíd.* Art. 15.1: Con el fin de certificar a los clientes finales el porcentaje o la cantidad de energía procedente de fuentes renovables de una estructura de abastecimiento energética del

mercado secundario de energía renovable, en cuanto fueron diseñadas para ser comercializadas. Además, dicha garantía debe indicar de qué generador proviene la energía renovable y si esa planta ha sido beneficiada por apoyos estatales, cuestión que es trascendental en relación a la transparencia, pues permite sincerar los costos reales de la energía limpia.

Sin duda que la piedra angular del sistema es el acceso a la red eléctrica, en tanto se garantiza un acceso prioritario a las energías renovables y esa prioridad es complementada con un gravamen impuesto a los transportistas y distribuidores de electricidad: asumir los costos que implique la adaptación de sus instalaciones para recibir energía eléctrica proveniente de fuentes renovables.

La idea matriz, desde la Directiva 2001/77/CE, es que las energías renovables puedan penetrar ampliamente al mercado eléctrico, lo que trae como consecuencia la generación de economías de escala, es decir, un mercado energético autosuficiente que, de forma gradual,

proveedor de energía, con arreglo al artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2003/54/CE, los Estados miembros velarán por que el origen de la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables pueda garantizarse como tal en el sentido de la presente Directiva, según criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios; Art. 16.2 b): Los Estados miembros deberán asimismo establecer bien un acceso prioritario o un acceso garantizado a la red de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables; Art. 16.4: Cuando proceda, los Estados miembros podrán exigir a los operadores de sistemas de transporte y de distribución que asuman, total o parcialmente, los costes mencionados en el apartado 3 (se refiere a los costos de adaptación de la red para introducir electricidad proveniente de energías renovables).

minimice su dependencia de apoyos económicos estatales. Con todo, las energías renovables no han podido insertarse en el mercado eléctrico en la forma que se esperaba, por causa de sus altos costos de producción a corto plazo. “Aunque está descendiendo el coste de la mayoría de las fuentes de energía renovables (y en algunos casos de forma impresionante), en la situación presente de desarrollo del mercado de la energía las fuentes renovables no suelen ser la opción de menor coste a corto plazo. En particular, el hecho de que no se incluyan sistemáticamente los costes externos en los precios de mercado otorga a los combustibles fósiles, respecto a la energía renovable, una ventaja que carece de justificación económica¹⁰².

Los costos reales de la generación de energía están lejos de alcanzarse (porque las energías convencionales no interiorizan todas las externalidades negativas que producen y los apoyos económicos a las renovables no son suficientes), cuestión que repercute en la competencia existente entre energías renovables y no renovables. Por tanto, debemos extraer como conclusión, para el caso chileno, que no es suficiente garantizar el acceso de las energías limpias a la red eléctrica, ni siquiera asoma como suficiente el establecimiento de un mercado secundario para ellas, pues todo ello será en vano si el Estado no asume dos acciones copulativas:

¹⁰² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Programa de trabajo de la energía renovable, Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible. Bruselas, 10 de Enero de 2007.

- i) Crear mecanismos por los cuales se internalicen los costos ambientales en los precios de los combustibles fósiles, y;

- ii) Dar un férreo apoyo económico, impuestos, exenciones, subsidios, todo lo anterior se engloba en el concepto de ayuda estatal, a las energías renovables. Es más, considerar al mercado de las energías renovables como un polo económico a desarrollar, esto es, la creación de un mercado verde que involucre empleo, innovación y exportación de conocimiento.

7.2 TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA

7.2.1 REAL DECRETO 661/2007 SOBRE RÉGIMEN ELÉCTRICO ESPECIAL

Los españoles han seguido un camino en el cual establecen un régimen regulatorio para las instalaciones generadoras de energía a partir de fuentes renovables, con lo cual se quiere decir que, previo al funcionamiento de tales instalaciones, se deben cumplir variados requisitos que permitan conseguir una autorización administrativa de funcionamiento. Se concibe como un sistema opuesto al nuestro, en tanto en Chile existe un libre ingreso al mercado de generación eléctrica, sea que la planta generadora utilice energías renovables o no renovables.

Un elemento destacable de este Decreto es que crea un registro administrativo de instalaciones en régimen especial, iniciativa que permite llevar un control adecuado de ellas y captar información útil sobre ese mercado (capacidad instalada, apoyos económicos entregados, tarifas, cantidad de energía inyectada al sistema eléctrico, etc.), incluyendo que la inscripción es habilitante para acogerse al régimen económico que consagra este cuerpo normativo. En todo caso, siguiendo lo dictado por la Directiva 2009/28/CE, se garantiza el acceso prioritario a la red eléctrica de la electricidad producida en base a energías renovables.

Es necesario recalcar que lo más importante de esta transposición es su régimen económico de apoyo a las energías limpias, ya que da algunas posibilidades de ayuda económica que podrían ser aconsejables de adoptar en Chile. Las medidas son:

a. Mantenimiento de tarifas reguladas: se prevé que, al alcanzar un determinado grupo de energías cierto objetivo de potencia, se establezca administrativamente el período por el cual, tales grupos de energía, podrán seguir funcionando bajo el amparo de la tarifa establecida en el Real Decreto. Es una forma de congelar por algún tiempo la tarifa, de modo tal de propiciar

energías renovables que sean económicamente eficientes en su generación¹⁰³.

b. Mecanismos de retribución especial para la energía generada en régimen especial: se establece la posibilidad de elegir la forma en que los generadores desean obtener el precio por la venta o cesión de su energía. Así, tienen la posibilidad de ceder energía al sistema eléctrico bajo una tarifa regulada que siempre es la misma (criterio de seguridad) o, vender la energía al sistema eléctrico obteniendo como precio lo regido por el juego del mercado o lo convenido en una libre negociación (criterio de la ganancia). Con todo, existe la posibilidad de que un generador de régimen especial venda su energía a través de una línea directa (propia), de forma tal que podría obtener un precio distinto a los señalados anteriormente. Relevante es que por sobre el precio obtenido por el juego del mercado o a través de una negociación, se incluye una prima de céntimos de euro por kilowatt/hora¹⁰⁴.

¹⁰³ Real Decreto 661/2007 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Boletín Oficial del Estado, 25 de Mayo de 2007. Art. 22.1: Una vez se alcance el 85 por ciento del objetivo de potencia para un grupo o subgrupo, establecido en los artículos 35 al 42 del presente real decreto, se establecerá, mediante resolución del Secretario General de Energía, el plazo máximo durante el cual aquellas instalaciones que sean inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con anterioridad a la fecha de finalización de dicho plazo tendrán derecho a la prima o, en su caso, tarifa regulada establecida en el presente real decreto para dicho grupo o subgrupo, que no podrá ser inferior a doce meses.

¹⁰⁴ Ibíd. Art. 24.1: 1. Para vender, total o parcialmente, su producción neta de energía eléctrica, los titulares de instalaciones a los que resulte de aplicación este real decreto deberán elegir una de las opciones siguientes: a) Ceder la electricidad al sistema a través de la red de transporte o distribución, percibiendo por ella una tarifa regulada, única para todos los períodos de programación, expresada en céntimos de euro por kilovatiohora. b) Vender la electricidad en el mercado de producción de energía eléctrica. En este caso, el precio de venta de la electricidad será el precio que resulte en el mercado organizado o el precio libremente

c. Complemento por eficiencia energética: independientemente de la forma de pago del precio que se haya elegido, cuando un generador incurra en eficiencia energética, se le otorgará un complemento que se traduce en un incentivo monetario (tal medida también tiende a generar una cadena de incentivos, por cuanto el generador tiene conveniencia de motivar al consumidor para que sea eficiente en su consumo). Medida trascendental para incentivar otra de las columnas del desarrollo sustentable, la eficiencia energética, con motivo de reducir el uso del factor productivo (el medio ambiente). Esto implica invertir en nuevas tecnologías que permitan producir más con menos y, en consecuencia, disminuir el consumo inútil¹⁰⁵.

Uno tiende a pensar que el Estado español está haciendo un gran esfuerzo por integrar a las energías renovables, pero ello no es del todo así, desde el momento que las “ayudas públicas a la inversión e incentivos fiscales a la explotación para biocarburantes pueden considerarse como ayudas públicas en sentido estricto, y suponen un desembolso o un menor ingreso por parte de la Administración (...) las primas a la generación de electricidad son, obviamente, fruto de una decisión pública en virtud de la

negociado por el titular o el representante de la instalación, complementado, en su caso, por una prima en céntimos de euro por kilovatiohora.

¹⁰⁵ *Ibíd.* Art. 28.1: Las instalaciones del régimen especial, a las que les sea exigible el cumplimiento del rendimiento eléctrico equivalente y aquellas cogeneraciones con potencia instalada mayor de 50 MW y menor o igual de 100 MW, que acrediten en cualquier caso un rendimiento eléctrico equivalente superior al mínimo por tipo de tecnología y combustible según se recoge en el anexo I de este real decreto, percibirán un complemento por eficiencia, aplicable únicamente sobre la energía cedida al sistema a través de la red de transporte o distribución.

capacidad normativa de la Administración General del Estado, pero los costes de tal medida recaen sobre los consumidores de electricidad a través de la tarifa eléctrica¹⁰⁶. Simplemente cabe preguntarse ¿Los consumidores chilenos estarían dispuestos a ver una cuenta de electricidad abultada para propender a un desarrollo sustentable? Es una solución “políticamente incorrecta” desde la perspectiva chilena actual (solo basta recordar la encuesta a que se hizo alusión en la Introducción de este trabajo).

7.3 RECAPITULACIÓN

Europa se ha hecho de una regulación para las ERNC a nivel de Directiva y ello obliga a cada país miembro de la Comunidad a respetar los lineamientos comunitarios. De ese modo, podemos apreciar que en la Comunidad Europea existe un interés por el uso de fuentes renovables, aunque tal como se demostró en el ejemplo español, ello debe ser transparente y, por tanto, toda ayuda prestada es objeto de análisis y fiscalización.

Para los europeos no es baladí la introducción de ayudas en el mercado por parte de un Estado miembro, pues entienden que

¹⁰⁶ MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO E INSTITUTO PARA LA DIVERSIFICACION Y AHORRO DE ENERGIA. Plan de Energías Renovables de España 2005-2010. Agosto de 2005.

ello repercute en la competitividad de otros miembros. En atención a ello, es que en lo venidero se analizará este tema para finalmente ver una solución adaptable a nuestra realidad nacional.

8. CAPÍTULO VIII: ASPECTOS FISCALES Y LIBRE COMPETENCIA EN EUROPA, EN PARTICULAR SOBRE AYUDAS ESTATALES

8.1 INTRODUCCIÓN

Como ya se tuvo la oportunidad de apreciar en los capítulos precedentes, nuestra LGSE no contiene elementos fiscales que permitan crear incentivos o derechamente financiar las ERNC, salvo casos menores que revisten poca importancia o respecto de los cuales aún no se pueden emitir juicios definitivos. En razón de ello es que se termina concluyendo que es necesaria la intervención estatal en el apoyo de las energías limpias, asunto que debe ser concretado a partir de ayudas estatales, las cuales otorgan un abanico amplio de posibilidades de incentivo y financiamiento, es decir, van más allá del mero financiamiento directo a través de la transferencia de recursos públicos.

Hasta el momento, la presente memoria ha basado su análisis en los lineamientos de la ley eléctrica nacional, en leyes de la misma índole vigentes en el derecho comparado y en recomendaciones que la OECD ha efectuado a nuestro país. Sin embargo, para el análisis de las ayudas estatales es necesario hacerse de un marco teórico diverso,

especialmente por la inexistencia del concepto de ayuda estatal en nuestro ordenamiento jurídico nacional y como práctica anticompetitiva.

El nuevo lineamiento viene dado por la normativa de libre competencia, en particular, la normativa europea sobre ayudas estatales. ¿A qué se debe la modificación? Somos de la idea que la intromisión del Estado en el mercado energético, por medio de incentivos selectivos, no puede confeccionarse sin los debidos resguardos, esto es, previo a implementar ayudas estatales se debe apreciar cuáles son los efectos que ello podría tener sobre el desenvolvimiento del mercado y cómo controlamos el advenimiento de los mismos.

La herramienta para realizar un análisis tal es el derecho de libre competencia, pues por su carácter técnico sus conceptos son los idóneos para modelar la generación de un marco regulatorio que impida la generación de efectos anticompetitivos en el mercado. Entonces, los pasos a seguir consisten en: i) La descripción del contenido de las ayudas estatales conforme a la normativa europea; ii) Una revisión de fallos seleccionados del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excma. Corte Suprema, con motivo de esbozar una extrapolación matizada del concepto de ayuda estatal a Chile; iii) Propuesta de lege ferenda sobre la creación de un estatuto marco y sucinto para las ayudas estatales en Chile, y; iv) Conclusiones.

En todo caso, se hace el alcance que todos los temas tratados solamente se circunscriben al sector eléctrico, por tanto los análisis efectuados son atinentes a esta materia y no buscan extenderse a mercados diversos al que está en estudio.

8.2 TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA (TFUE)

El presente subcapítulo tiene por objeto dar nociones sobre el derecho de libre competencia en Europa, iniciando con una breve descripción de los ilícitos más relevantes, como son los carteles (solo en su faceta de acuerdos horizontales) y el abuso de posición dominante, para luego revisar el contenido de las ayudas estatales. Lo esencial es identificar diferencias entre el ordenamiento europeo y el nacional, pues esos contrapuntos facultan para realizar una extrapolación de conceptos que sea adecuada.

8.2.1 BREVE ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DEL TFUE (NOCIONES SOBRE LIBRE COMPETENCIA)

8.2.1.1 CARTELES (ACUERDOS HORIZONTALES COLUSIVOS)

La definición de los carteles puede venir desde una perspectiva económica¹⁰⁷ como de una jurídica, aunque esta última no puede ser concebida en términos específicos por cuanto es imposible para el legislador lograr prever todas las formas bajo las cuales se puede desplegar la conducta ilícita, de modo que en la mayoría de los ordenamientos, incluyendo el europeo y sus transposiciones¹⁰⁸, la definición del tipo de colusión es genérica y seguida por ejemplos ilustrativos. Lo anterior es plenamente concordante con el Art. 3 del D.L. 211, que rige la libre competencia en Chile, en la medida que “da cuenta, del denominado tipo universal anticompetitivo, que es llamado así por su amplitud genérica mediante la cual se busca captar todas las conductas que conculquen la libre competencia, aun cuando existen preceptos que recogen transgresiones específicas¹⁰⁹.”

¹⁰⁷ Una definición económica sería así: “In economics, collusion is a situation where firms prices are higher than some competitive benchmark. A slightly different definition would label collusion as a situation where firms set prices which are close enough to monopoly prices. In any case, in economics collusion coincides with an outcome (high-enough price), and not with the specific form through which that outcome is attained.” En: MOTTA, Massimo. *Competition Policy Theory and Practice*. Estados Unidos, Cambridge University Press, 2004, p. 138.

¹⁰⁸ En este sentido se pueden citar las siguientes leyes: Ley española de libre competencia, N° 15/2007 que en su artículo 1.1 señala: “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en...” ; Ley británica de libre competencia, *Competition Act* de 1998, que expresa en su artículo 2.1: “Subject to section 3, agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which- (a) May affect trade with the United Kingdom and (b) Have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the United Kingdom, are prohibited unless they are exempt in accordance with the provisions of this Part.”

¹⁰⁹ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2009, p. 241.

Una definición de lo que se entiende por acuerdos horizontales, en términos jurídicos, sería del siguiente tenor “un cartel es un acuerdo entre competidores que tiene por objeto elevar el precio de un producto o servicio a un nivel superior al que prevalecería bajo condiciones normales de competencia. Los carteles pueden constituirse como acuerdos formales (...) pero pueden también consistir en una forma coordinada de pérdida de conducta comercial. Tales acuerdos comúnmente se alcanzan en términos informales, a veces meramente orales, porque son inherentemente ilegales y tienen claros efectos negativos sobre los clientes¹¹⁰ .

De esta forma, los carteles se presentan como la lesión más dañina para la libre competencia¹¹¹, en cuanto afectan los precios a desembolsar por el mercado y reduce los incentivos a proveer más y mejores servicios o productos.

¹¹⁰ ARBAULT, Francois y SAKKERS, Ewoud. 2007. Cartels. En: FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali. The EC Law of Competition. 2 edición. Estados Unidos, Oxford University Press, p. 745. Traducción libre de: “a cartel is an agreement between competitors aimed at raising the price of a product or service to a level higher than one that would have prevailed under normal competitive conditions. Cartels may take form of formal agreements (...) but may also consist of lesser forms of coordination of each party’s commercial behaviour. Such arrangements are commonly reached by informal means, often merely orally, because of their blatantly illegal nature and obviously adverse effect on customers.”

¹¹¹ Ello es reconocido en todo el mundo, incluso en algunas legislaciones, como la de Estados Unidos, donde hay persecución penal por el Departamento de Justicia (DOJ) y con ello la sanción puede llegar hasta penas privativas de libertad. En tanto, en nuestro país el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha tenido la oportunidad de reafirmar esta conclusión en sus sentencias 118/2012 (Caso Farmacias), 133/2014 y 134/2014 (estas últimas de los casos de buses) y 139/2014 (caso Pollos).

El actual artículo 101 del Tratado de Lisboa (o también llamado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), cuyo último texto data del año 2007, dispone lo siguiente respecto a la colusión:

“Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate¹¹².

Como se podrá observar, resulta novedoso el hecho que la norma consagre la nulidad de pleno derecho de lo obrado a partir de los acuerdos ilícitos (101.2) y que exima de ilicitud a algunos de ellos

¹¹²

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

por considerar que, al ser valoradas las eficiencias que producen, son más beneficiosos que lesivos de la competencia (101.3). De este modo, la estructura de la norma es distinta a la nacional, desde que se configura como descripción de la conducta (genérica), sanción (nulidad y se le agregan multas) y excepciones; mientras que la normativa chilena contiene la descripción del tipo (genérica) y la sanción¹¹³, por lo que los acuerdos serán simplemente competitivos o anticompetitivos según la apreciación del H. Tribunal de Competencia y la Excma. Corte Suprema.

En lo que respecta a la existencia del acuerdo, la norma en comento expresa vocablos amplios para coaptar las conductas ilícitas dentro de su espectro. Pese a la existencia de estos diversos vocablos (acuerdos, decisiones y prácticas concertadas), el concepto de acuerdo es uno solo, tal como lo ha señalado el Abogado General Reischl al decir “que hay un tema al definir el exacto punto en el cual termina un acuerdo y comienza una práctica concertada. Puede ser que, en un caso particular, en términos lingüísticos sea más apropiado usar uno u otro término, pero legalmente la distinción no es relevante: la distinción importante es entre conductas colusivas o no colusivas¹¹⁴.”

¹¹³ Ello se encuentra contenido en los artículos 3 y 26 del D.L. N° 211.

¹¹⁴ WHISH, Richard. *Competition Law*. 5ta. edición. Reino Unido, LexisNexis, 2003, p. 94. Traducción libre de: “there is a little point in defining the exact point at which agreements ends and concerted practice begins. It may be that, in a particular case, linguistically it is more natural to use one term than the other, but legally nothing turns on the distinction: the important distinction is between collusive and non-collusive behaviour.” En este mismo sentido, ver las

Así las cosas, los acuerdos se pueden desplegar de diversas maneras, algunos podrán ser formales y exigibles mientras que otros serán simplemente orales, pero al momento de decidir un caso particular solo será relevante si la conducta desplegada puede subsumirse bajo el amplio rango del concepto acuerdo¹¹⁵.

Una vez clarificado que nos encontramos ante un acuerdo entre competidores, lo relevante será determinar si ello se encuentra prohibido por el derecho de libre competencia o, en otras palabras, si el acuerdo es anticompetitivo.

En el derecho europeo de libre competencia, la norma hace alusión tanto al objeto como al efecto del acuerdo, cuestión respecto de la que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha dicho que son conceptos alternativos y por ello no se requiere de ambos conjuntamente para

sentencias Polypropylene OJ [1986] L 230/1, [1988] 4 CMLR 347, parágrafo 87; Caso T-7/89 SA Hercules NV v Commission [1991] ECR II-1711, [1992] 4 CMLR 84.

¹¹⁵ Esto también tiene un correlato en la jurisprudencia nacional, donde se ha tenido la ocasión de sancionar carteles ya sea por acuerdos formales, como ocurrió en los casos “Requerimiento de la FNE contra Tecumseh do Brasil y otro, Rol C-207-10 del TDLC” (en el cual a raíz de una delación compensada otorgada a Tecumseh se consiguieron valiosos antecedentes que daban cuenta de reuniones y contactos vía mail entre empresas productoras de compresores para refrigeradores a nivel mundial) y “Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G. y otros, Rol C-177-08 del TDLC” (donde existieron reuniones y acuerdos para hacer fracasar licitaciones publicitarias); o por prácticas concertadas, como sucedió en los casos de buses sobre Terminales y rutas Santiago-Curacaví y Santiago-Cartagena, Roles C-223-11, C-224-11 y C-234-11 del TDLC (en los cuales, a partir de las facultades intrusivas del art. 39 letra n) del D.L. 211, se consiguió prueba dura que logró acreditar las profusas conversaciones y acuerdos de palabra entre los actores del mercado para impedir el ingreso de nuevos actores, repartirse el mercado y fijar tarifas coordinadamente).

producir una infracción¹¹⁶. Para la doctrina autorizada, en particular el autor Ariel Ezrachi, esto es evidente y señala que los “acuerdos, prácticas concertadas o decisiones de asociaciones de empresas son capturadas por el artículo 101 del TFUE cuando su objeto o efecto impide, restringe o distorsiona la libre competencia en el mercado interno. El objeto anticompetitivo y el efecto anticompetitivo constituyen condiciones alternativas y son distinguibles por el hecho de ciertas formas que puede adoptar la colusión entre empresas (...)”¹¹⁷.

Es en razón de lo anterior, que la primera tarea consiste en revisar el objeto del acuerdo que, dicho sea de paso, no se refiere a la voluntad anticompetitiva de los participantes de la conducta. “Hay algunos tipos de acuerdo en los cuales la anticompetitividad puede ser obtenida a partir de su objeto; la palabra “objeto” en este contexto significa no la intención subjetiva de las partes al entrar a un acuerdo, sino el significado objetivo y propósito del acuerdo considerado en el contexto económico al cual se aplicará. Cuando un acuerdo tiene como objeto la restricción de la competencia, no es necesario probar que el mismo tendrá efectos

¹¹⁶ Así fue resuelto en el caso *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm*, Caso 56/65 [1996] ECR 235, p 249 [1996] CMLR 357, p 375.

¹¹⁷ EZRACHI, Ariel. *EU Competition Law, An analysis guide to the leading cases*. 4ta. edición. Reino Unido, Hart Publishing, 2014, p. 55-56. Traducción libre de: *Agreements, concerted practices or decisions of associations of undertakings are caught under Article 101 TFUE when they have the object or effect of preventing, restricting or distorting competition within the Internal market. Anti-competitive object and anti-competitive effects constitute alternative conditions and are distinguishable by the fact that certain forms of collusion between undertakings...*”

anticompetitivos en orden a demostrar una infracción al artículo 81 (1)¹¹⁸, actual 101.1.

Al analizar el objeto del acuerdo, se verifica la naturaleza del mismo y con ello es posible establecer si cae dentro de la prohibición. Un acuerdo que restrinja la libre competencia flagrantemente, como podría ser un acuerdo de precios, cae de por sí bajo la prohibición, en cuanto al demostrar que su objeto es contrario a la competencia no es necesario demostrar los efectos que podría producir¹¹⁹. En este sentido, en acuerdos flagrantes ni siquiera es posible, en orden a contrarrestar la ilicitud, intentar demostrar efectos pro competitivos, pues es tan evidente su ilicitud que el ordenamiento no duda en castigarlo¹²⁰.

¹¹⁸ WHISH, Richard. Op. Cit. P. 110. Traducción libre de: "There are some types of agreement the anti-competitiveness of which can be determined simply from their object; the word "object" in this context means not the subjective intention of the parties when entering into the agreement, but the objective meaning and purpose of the agreement considered in the economic context in which is to be applied. Where an agreement has as its object the restriction of competition, it is unnecessary to prove that the agreement would have an anti-competitive effect in order to find an infringement of Article 81(1)."

¹¹⁹ Ver casos 56 y 58/64 Consten and Grundig v Commission [1966] ECR 299; 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH; 56/64 Consten & Grundig v Commission; 23/67 SA Brasserie de Haecht v Consorts Wilkin-Janssen; T-374/94 European Night Services v Commission; C-501/06P GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission; C-32/11 Allianz Hungaria Biztosító Zrt; entre otros.

¹²⁰ Este tipo de doctrina también es aplicada en Estados Unidos, bajo el concepto de regla *per se*, por medio de la cual se castigan los *naked agreements* que por naturaleza son contrarios a la libre competencia. En el caso chileno, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha ido evolucionando con tendencia hacia una regla *per se* en el caso de colusiones, siendo evidencia de ello el requisito de "la aptitud objetiva del acuerdo para afectar la libre competencia." Así, a la jurisprudencia nacional le basta con que la FNE o un demandante particular le demuestre que el acuerdo tiene potencial para afectar la libre competencia para tenerlo por ilícito, ya que la cuantificación de los efectos tendrá importancia al momento de determinar la cuantía de la multa y sanciones (Ver sentencias 119/2012, 122/2012, 133/2014 y 134/2014 del TDLC.)

Por otro lado, se encuentra la doctrina de *minimis*¹²¹ bajo la cual los acuerdos que, pese a ser restrictivos de la competencia, no posean un impacto relevante sobre el mercado, no serán perseguidos por la Comisión en base a su baja trascendencia.

En conclusión, en la normativa europea sobre carteles se presenta un rango de persecución que tiene como piso mínimo la doctrina de *minimis*, bajo la cual no se persiguen acuerdos por ser poco relevantes, y como techo los acuerdos cuyo objeto es ilícito, los cuales son castigados derechamente sin admisión de excusas. En consecuencia, todos los acuerdos que puedan ser ubicados dentro de ese rango son susceptibles de ser perseguidos por la Comisión Europea y sancionados por el Tribunal de Justicia, pero a la vez admiten el análisis de eficiencias que puedan contrarrestar la ilicitud y darles el carácter de competitivos en carácter excepcional.

8.2.1.2 ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El derecho de la libre competencia tiene por objeto perseguir conductas que falseen la competencia en los mercados, lo cual no

¹²¹ Véanse los casos 5/69 *Franz Volk v SPRL Est J Vervaecke*; T-7/93 *Langnese-Iglo GmbH v Commission*; T-374/94 *European Night Services Ltd. and others v Commission*, y; C-226/11 *Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others*.

solo se restringe a los carteles, por el contrario, las conductas de carácter unilateral también se encuentran dentro del espectro de prácticas que pueden tener un potencial ilícito. Por lo anterior, es que se hace necesario dar somera revisión al abuso de posición dominante.

Este tipo de conducta dice relación con abusos que son de orden unilateral, es decir, una empresa a partir de su posición de dominio en un mercado determinado ejerce conductas atentatorias de la libre competencia al abusar de dicho poder. Con todo, la práctica y jurisprudencia también han sido testigos de casos en los cuales no estamos frente a abusos unilaterales, sino que el abuso se presenta a través de varios agentes del mercado que, de forma conjunta, abusan del poder de mercado que tienen para imponer condiciones ilícitas.

Tal como sucede con los carteles, la figura que tipifica el abuso de posición dominante es de carácter general, por cuanto el derecho de la libre competencia busca coartar todas las conductas que puedan caer en su ámbito. Tanto es así, que luego de utilizar un tipo general, se dan ejemplos para guiar al sentenciador a la hora de sancionar el variopinto rango de conductas bajo las cuales se puede desplegar un abuso de posición dominante.

El artículo 102 del TFUE expresa:

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.¹²²*

¹²² Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

En este orden de cosas, lo relevante a efectos de tener nociones sobre libre competencia en Europa, es dilucidar los siguientes puntos: i) ¿Qué es una posición dominante?, y; ii) ¿Qué se entiende por abuso?

Cómo se puede comprender de una simple lectura del precepto, se requiere no de cualquier empresa o grupo de empresas, más bien es necesario que concurra el requisito en ellas de ostentar una posición dominante en el mercado, de modo que estos agentes no solo deberán cumplir con el imperativo previsto en el artículo 101 del TFUE, evitar coludirse dado su poder de mercado, sino también con el consagrado en el artículo 102 del Tratado en comento. Pero ¿Qué es tener una posición dominante?

La jurisprudencia europea ha definido este concepto, de la siguiente forma en el caso de la Comisión contra Michelin (año 1981) al expresar: “Encontrar que una empresa tiene una posición dominante (...) en términos simples significa que, no importando las razones por las cuales haya adquirido esa posición de dominio, la empresa en cuestión tiene una *especial responsabilidad* de conseguir que con su conducta no se distorsione genuinamente la competencia en el mercado

común.¹²³ En consecuencia, los Tribunales no adoptaban una definición clara para la dominancia, sino que a raíz de una responsabilidad especial por el poder de mercado ostentado subsumían la conducta en el tipo de abuso. Es un método similar al utilizado en la responsabilidad civil extracontractual, en la cual se toma un modelo de responsabilidad (por ejemplo, el del hombre juicioso) y conforme a él se juzgan las acciones derivadas de la conducta del agente hechor del daño; en sede de competencia ello obedecerá al análisis de los efectos que la acción pueda tener en el mercado implicado.

Por otra parte, en el caso de la Comisión contra United Brands (del año 1976) se brindó una definición completa de la posición dominante, en tanto se trata de “una posición de fuerza económica que ostenta una empresa, la cual le impide mantener una efectiva competencia en el mercado relevante por cuanto actúa en él de forma independiente a sus competidores, clientes y en última instancia sus consumidores.”¹²⁴ En todo caso, “esto difiere de la idea de los economistas de una firma en la que su conducta no está estrechamente restringida por los productos competidores.”¹²⁵

¹²³ Caso 322/81 NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461, parágrafo 57.

¹²⁴ Caso 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, CMR 8429.

¹²⁵ KORAH, Valentine. Cases and materials on EC Competition Law. 3 edición. Estados Unidos. Hart Publishing, p. 98. Traducción libre de: “This differs from the economists’ idea of a firm whose conduct is not closely constrained by competing products.”

En base a lo expuesto, una posición dominante no solo conlleva la existencia de un alto poder de mercado que se refleje en una abundante participación de mercado, también incluye que dicho poder le permita a la o las empresas actuar de forma independiente respecto de sus competidores. Así, una vez dilucidada la posición dominante, recae sobre el agente económico una responsabilidad especial de conducir sus actos sin atentar o infringir la libre competencia en los mercados¹²⁶.

A su vez, se encuentra lo relacionado con el abuso de la posición dominante, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que el mero poder de mercado no constituye infracción a la libre competencia, de modo que es necesaria la concurrencia del abuso para concebir el ilícito anticompetitivo.

En un comienzo, no había un concepto claro de qué se debía entender por abuso ya que la norma del antiguo art. 82 como del actual art. 102 del TFUE, nunca contempló su definición, por lo que se estableció que “este no es un concepto unívoco pero cubre ambas, exclusiones y explotaciones, prácticas de empresas dominantes del mercado.

¹²⁶ Esto es acorde con lo planteado en Chile por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ya que en el caso de Fósforos (sentencia N° 90) y Chile Tabacos (sentencias N° 26 y 115), la judicatura le ha hecho ver a las empresas con alto poder de mercado que deben tener especial atención con sus actos en la medida que de ellos puede derivar un ilícito anticompetitivo que, tratándose de una empresa de menor envergadura, no acaecería.

Los abusos de exclusión son prácticas que no se basan en un normal desarrollo de los negocios sino que buscan dañar la posición competitiva de los competidores o excluirlos del mercado (...) la explotación de posición dominante, por otro lado, envuelve el atentado por el cual una empresa dominante explota las oportunidades que le brinda su fuerza en el mercado en orden a dañar directamente a sus clientes¹²⁷ (por ejemplo, la imposición de precios excesivos).

En el análisis del abuso se ha intentado traer a colación elementos del ámbito penal, con motivo de agregar un requisito de intencionalidad a la conducta, pero el derecho de la libre competencia en su autonomía se muestra como una rama objetiva en la cual influye mucho el antecedente económico. Por eso mismo, es que el abuso es un concepto objetivo, “no requiere una dimensión subjetiva como un ideario de la empresa dominante. Es simplemente una cuestión o hecho que debe ser determinado,

¹²⁷ ESTEVA, Carles, RYAN, Stephen, ALBACK, Svend y TIERNO, María Luisa. 2007. Article 82. En: FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali. The EC Law of Competition. 2 edición. Estados Unidos, Oxford University Press, p. 348. Traducción libre de: “that this is not an unequivocal concept but that it covers both exclusionary and exploitative practices by dominant undertakings. Exclusionary abuses are those practices not base on normal business performance which seek to harm the competitive position of the dominant company’s competitors, or to exclude them from the market altogether (...) Exploitative abuses, on the other hand, involve the attempt by a dominant company to exploit the opportunities provided by its market strength in order to harm customers directly...”

y por consiguiente no es necesario probar que un abuso fue cometido intencionalmente¹²⁸.

Así, las infracciones a la libre competencia se valoran, en primer término, como conductas desprovistas de intencionalidad, esto es, la ocurrencia del hecho descrito en la norma basta para sancionar sin ser necesario discurrir en la intencionalidad al momento de actuar. Con todo, la ausencia o concurrencia de la intención es un tema que podrá ser valorado al momento de determinar la multa a imponer como un criterio de disuasión de la conducta ilícita¹²⁹.

8.2.2 BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 107 DEL TFUE (ANÁLISIS GENERAL DE LAS AYUDAS ESTATALES)

Previo a analizar el contexto europeo, es necesario decir que el concepto de ayuda estatal en Chile no se encuentra desarrollado, al menos en lo que dice relación con el derecho de libre competencia, por

¹²⁸ Ibíd. P. 349. Traducción libre de: “not requiring any subjective dimension as to the mindset of the dominant firm. It is simply a question of fact to be determined, and it is therefore not necessary to prove that an abuse was intentionally committed.”

¹²⁹ Ello es un hecho, por cuanto en Europa la Comisión ha confeccionado la Guía sobre “Determining Fines”, la cual considera diversos criterios para lograr la disuasión de la conducta, entre los que se encuentra la gravedad de la misma. Lo mismo ocurre en Chile, aunque el mandato de valorar diversas circunstancias a la hora de imponer la multa es legal y obligatorio para los magistrados, en tanto el artículo 26, inciso final, del DL 211, fija criterios no exhaustivos para ello (se trata de una discrecionalidad reglada que obliga a los jueces a diferenciar la gravedad del acto).

cuanto en el derecho público, en particular el derecho administrativo, conoce de definiciones aunque ellas no dicen relación con el concepto mismo de ayuda estatal.

Así, el derecho administrativo a partir de la amplísima noción “ayuda estatal”, modela el concepto de subvención que se enmarca dentro del fomento como una de las finalidades de la actividad estatal¹³⁰. Por otra parte, como se verá más adelante, el concepto de ayuda estatal al que se hará referencia aquí es más amplio, tratándose de una relación género a especie con la subvención, por cuanto esta última es una de las diversas formas bajo la cual se puede desplegar una ayuda estatal.

Además, a diferencia de las intenciones del derecho administrativo, que busca modelar las subvenciones de conformidad al principio de legalidad, este trabajo tiene como objetivo analizar y extrapolar a Chile la ayuda estatal en base al derecho de libre competencia, esto es, cómo una medida estatal puede impactar en el libre desenvolvimiento de los mercados.

¹³⁰ No es materia propia de este trabajo el adentrarse en tópicos concernientes al Derecho Administrativo, menos aún en las medidas de fomento estatal como la subvención administrativa. En caso de requerir información al respecto, se recomienda la lectura de la Tesis de Magíster titulada “Ayudas Públicas. La subvención en el Derecho Administrativo”, del abogado William García Machmar, disponible en: http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111387/de-Garcia%20Machmar_w.pdf?sequence=3

En general, se dice que la revisión de las ayudas estatales es necesaria por cuanto el apoyo recibido por una empresa por medio de recursos estatales, le confiere una ventaja que no obtendría en un mercado competitivo, lo que podría generar efectos nocivos en la medida que esa empresa se aprovecha de una situación artificial para competir con los demás agentes económicos¹³¹. Aunque, por otro lado, también se da una justificación basada en que un régimen de ayudas estatales permite constreñir el gasto fiscal y con ello subordinar a los diversos Gobiernos, perspectiva que se centra mayormente en la faceta política de la ayuda¹³².

De acuerdo con la regulación europea, nos encontramos ante una Ayuda Estatal cuando concurren los siguientes supuestos:

¹³¹ Esto dice relación con el problema de convertir a un perdedor en ganador y cómo ello influye en el reparto de las riquezas e incentivos en un mercado. Para mayor información, véase PIREZ, A.J.G. Losers, Winners and Prisoners dilemma in International subsidy wars. CEPR Discussion Paper 5979.

¹³² “Las provisiones de ayudas estatales son disciplina para los estados miembros. En las presentes circunstancias, el auxilio que remedia disturbios serios en la economía puede quedar exento, pero solo temporalmente y bajo una estricta definición de lo que es un serio disturbio en la economía. La Corte Europea de Justicia puede jugar un rol activo en la futura disciplina de los estados miembros. Nada de este tipo puede ser imaginado para Estados Unidos o la mayoría de los países.” HEIMLER, Alberto y JENNY, Frederic. The limitations of european union control of state aid. Oxford Review of Economic Policy, Vol. 27, N º2, 2012, p. 351.

1. Ha existido una intervención estatal o por medio de recursos estatales (vale decir que ésta puede tomar una diversidad de formas que van desde préstamos hasta cláusulas preferenciales);
2. La intervención otorga una ventaja al receptor de la ayuda, siempre y cuando se conceda bajo criterios selectivos;
3. Se debe distorsionar o amenazar con distorsionar la libre competencia, y;
4. La intervención debe afectar el comercio entre los Estados Miembros de la Comunidad¹³³.

El actual artículo 107 del TFUE consagra las ayudas estatales, tanto su definición, requisitos, excepciones y compatibilidades, el cual dice:

“1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten

¹³³ Este último requisito no será objeto del estudio en esta tesis, desde que no podría recibir aplicación en el ordenamiento jurídico chileno. Lo anterior, en base a que la jurisdicción del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solo alcanza los efectos que las conductas anticompetitivas puedan generar en Chile, por lo que mal podría entrar a ejercer jurisdicción respecto de actuaciones extraterritoriales que no produzcan efectos en Chile (este tema ya se encuentra zanjado, como se concluye en la Sentencia N° 122/2012 del H. TDLC y en la Sentencia de fecha 24 de septiembre de 2013 de la Corte Suprema – Autos ROL N° 5308-2012, ambas recayeron sobre el caso de la FNE contra Tecumseh do Brasil y otra.

a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en

las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común¹³⁴;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

¹³⁴ Tanto las letras b) como c) del Art. 107.3 son esenciales para la compatibilidad de las energías renovables con el derecho de libre competencia, por cuanto la doctrina ha encontrado allí, sin perjuicio de otras regulaciones ambientales, la compatibilidad necesaria para las ayudas estatales en materia energética renovable. Así, “mientras no hay mención expresa a las energías renovables o, para esos efectos, a la energía, hay fundamentos para sostener razonablemente que una ayuda estatal anexa a propósitos ambientales puede ser compatible con el mercado interno (...) En otras palabras, proyectos de energía renovable que requieran grandes inversiones de capital en los estados miembros de la Unión Europea pueden ser justificados.” FILIS, Andrew y LEAL-ARCAS, Rafael. Legal aspects of the promotion of renewable energy within the EU and in relation to the EU’s obligations in the WTO. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 179/2014, p. 16.

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión¹³⁵.

Una rápida lectura del artículo nos permite notar que la configuración del mismo dista mucho de la técnica legislativa utilizada en nuestro país, por cuanto el precepto inicia con la prohibición total de las ayudas estatales¹³⁶, luego las define y posteriormente va cediendo en su prohibición inicial para dar paso a regímenes exentos y otros que serán compatibles con la normativa europea en cuanto se subsuman bajo ciertos supuestos.

Por otra parte, cabe destacar el hecho de no existir, en el ordenamiento jurídico chileno, una norma similar al artículo 107, en el sentido de contener una prohibición como la antedicha a partir de la regulación de la libre competencia en los mercados. Pese a lo anterior, tratando los tributos, nuestra Carta Fundamental dispone diversas normas tendientes a la subsidiariedad del Estado que cercenarían cualquier tipo de

¹³⁵ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

¹³⁶ Actualmente, ciertos autores han entendido que la interpretación que de esa prohibición general ha efectuado la Comisión Europea en el último tiempo es incorrecta y contraria a la jurisprudencia de la Corte de Justicia Europea, en la medida que se está pretendiendo crear una especie de principio de contaminación. “Una vez la ayuda estatal ha sido concedida a una empresa, la Comisión cree entender que cualquier intervención subsecuente que se tome en un corto periodo de tiempo también debe ser considerada una ayuda estatal (...) Se recomienda a la Comisión dejar en claro que un análisis casuístico debe ser realizado para cada medida, sin considerar la frecuencia de las intervenciones estatales.” Centre of European Law, Kings College London. Comments on the draft Commission Notice on the notion of state aid pursuant to Article 107 (1) TFUE, p. 7.

beneficio estatal hacia los privados, conjuntamente con la prohibición de impuestos específicos¹³⁷. Aun así, no encontramos norma alguna que consagre la prohibición en el ámbito de la libre competencia¹³⁸, como ocurre en Europa, sino que ella se concibe a partir de la regulación de los tributos.

Por de pronto, en sede de libre competencia no hay prevención alguna para los actos cometidos por el Estado o sus órganos, sino que ellos, al igual que como sucede con el resto de los agentes económicos, son comprendidos en los generalísimos vocablos utilizados por el Art. 3 del DL 211 (bajo la frase “El que”)¹³⁹.

¹³⁷ Constitución Política de la República de Chile, Art. 19 N° 20: “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.”

¹³⁸ De todas formas, amparándose en la existencia de un injusto genérico previsto en el Art. 3 del DL 211, es posible argumentar que una conducta como la descrita puede subsumirse bajo dicha norma y por tanto perseguirse y sancionarse, en la medida que tienda o provoque efectos anticompetitivos.

¹³⁹ En particular se debe revisar el inciso primero del artículo 3 del DL 211, pues como la doctrina autorizada ha dicho (Domingo Valdés), éste contiene el injusto antimonopólico universal, el cual, en su faceta subjetiva dicta: “**El que** ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención...” En este sentido: “Dicho sujeto activo no requiere de la concurrencia de ninguna calificación especial para reflejarse en el tipo en estudio. Así, dicha fórmula comprende toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, sea que obre personalmente, a través de órganos, mandatarios o agentes oficiosos, y sea que se trate de un simple particular, de una persona pública no comportándose como autoridad sino como competidor, de una autoridad privada o de una autoridad pública en ejercicio de potestades normativas infra legales.” En: Valdés, Domingo. Op Cit. P. 250-251.

Antes de revisar cada uno de los requisitos que deben concurrir para encontrarnos ante una ayuda estatal, cabe decir que el artículo 107 es claro en decir que la prohibición no solamente alcanza a las ayudas que distorsionen la libre competencia, sino también a aquellas que amenacen con hacerlo. Desde esta perspectiva, todos los preceptos que configuran la libre competencia en Europa se consuman bajo el mero riesgo, por tanto al derecho le parece suficientemente grave el poner en riesgo la libre competencia sin necesidad de que ella realmente se vea afectada para proceder a sancionar.

La Comisión europea ha sido clara en ese sentido, por cuanto en su Proyecto de Comunicación sobre el concepto de ayuda estatal, ha tenido la oportunidad de señalar que la revisión de los efectos de una ayuda estatal no deben recibir mayor análisis. “A este respecto, para que se presuma que la ayuda falsea la competencia, se suele considerar suficiente que esta conceda al beneficiario una ventaja liberándolo de los costes propios de su gestión corriente con los que normalmente debería haber cargado. La definición de ayuda estatal no requiere que el falseamiento de la competencia o los efectos sobre el comercio sean significativos o determinantes¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Proyecto de Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE, p. 51. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_es.pdf

En este contexto, la Comisión no centra su análisis en los efectos que puede producir la ayuda estatal, sino que “se limita a realizar un análisis económico a las razones por las cuales el mercado no permite alcanzar los objetivos deseados que por medio de la ayuda se obtendrán. En otras palabras y desde la perspectiva de libre competencia, en vez de potenciar el análisis de la distorsión en la competencia que provoca la medida, la Comisión sugiere un análisis económico que identifique las fallas de mercado que hacen necesaria la ayuda estatal¹⁴¹ .

En cuanto a una definición de ayuda estatal, la doctrina y jurisprudencia europea han declarado que ella no puede identificarse con los subsidios (como ya se dijera supra), sino que alcanza un amplio rango de medidas que no se agotan en la mera tradición de fondos. En consecuencia, “este artículo debe ser interpretado de forma laxa favoreciendo una amplia aplicación de la prohibición sobre las ayudas estatales que cubre mucho más que la noción de subsidio (...) El concepto de ayuda es amplio respecto al de subsidio porque enmarca no solo beneficios positivos, como los subsidios, sino también intervenciones que, en varias formas, mitigan las cargas que normalmente son incluidas en los presupuestos de las empresas y

¹⁴¹ HEIMLER, Alberto y JENNY, Frederic. Op cit, p. 356.

que, sin ser subsidios en el estricto sentido de la palabra, son similares en sus características y efectos¹⁴².

Por su parte, la jurisprudencia desde hace varias décadas que viene declarando el carácter genérico de las ayudas estatales. Es demostrativo de lo anterior la sentencia del Tribunal Europeo en el caso *Steenkolenmijnen v High Authority* del año 1961, en la cual se dice “que la noción de ayuda pone su énfasis en su propósito y está especialmente diseñada para un objetivo particular que no podría ser alcanzada sin la existencia de esa ayuda¹⁴³”.

Entonces, nos encontramos ante una definición de carácter genérico, la cual solo puede ser comprendida a partir del análisis pormenorizado de sus requisitos.

A continuación, se hará el estudio respectivo de cada uno de los requisitos necesarios para la configuración de una ayuda estatal.

¹⁴² COLLINS, Anthony y QUIGLEY, Conor. *EC State Aid Law and Policy*. Reino Unido, Hart Publishing, p. 3-4. Traducción libre de: “This provision is to be given a broad interpretation favouring a wide range of application of the prohibition on State aid which covers much more than the notion of a subsidy (...) The concept of aid is wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits, such as subsidies themselves, but also interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the Budget of an undertaking and which, without being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect.”

¹⁴³ Caso 30/59 *Steenkolenmijnen v High Authority* [1961 ECR 1, p. 19.

8.2.2.1 EXISTENCIA DE INTERVENCIÓN ESTATAL O POR MEDIO DE RECURSOS ESTATALES

Es necesario notar que la norma al hablar de Estado lo hace en términos amplios, de modo que incluye todo lo que normalmente se entiende por órganos de la administración del Estado. Así, “la definición de Estado es amplia, cubriendo tanto las autoridades regionales como locales y las autoridades públicas como los cuerpos públicos, incluyendo las empresas de dominio estatal¹⁴⁴.”

El primer punto relevante de este requisito dice relación con el origen de los recursos, pues el estudio de ello permite ver si la ayuda proviene realmente del Estado y así enmarcarse en la prohibición general. “La distinción efectuada en el precepto entre ‘ayuda otorgada por un Estado Miembro’ y ayuda otorgada ‘por medio de recursos estatales’ no significa que todas las ventajas entregadas por el Estado, financiadas por recursos estatales o no, constituyen ayuda, pero sí está dirigida a incluir dentro de la definición ambas ventajas, las que son entregadas directamente por el Estado y las que son otorgadas por un órgano público o privado designado o establecido por el Estado. La medida en cuestión debe significar

¹⁴⁴ KNAUL, Andreas y PÉREZ FLORES, Francisco. 2007. State Aid. En: FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali. The EC Law of Competition. 2 edición. Estados Unidos, Oxford University Press, p. 1706. Traducción libre de: “that the definition of State is very broad, covering both regional or local authorities and public authorities and public bodies, including publicly owned companies.”

un costo de algún tipo para el Estado¹⁴⁵. Entonces, a efectos de determinar si hay intervención estatal, sea directa o indirecta, lo primordial será revisar si la medida genera un sacrificio patrimonial para el Estado, esto es, si hay una exacción del erario fiscal. En todo caso, esto no solo obedece a medidas que consistan en la mera transferencia de fondos, pues también incluye otro tipo de actuaciones que impliquen conceder ventajas y, por lo mismo, generar una carga a quien otorga.

El criterio antes explicitado ya ha sido sostenido y confirmado por el Tribunal europeo, en tanto la ayuda estatal no solo puede significar una transferencia de fondos, sino también un alivio para las cargas de una empresa. Así, en los casos unidos *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV and Other v Commission* del año 1988, se dijo que “una ayuda es concedida ‘por un Estado miembro o por recursos estatales’ cuando Gasunie [compañía en que el gobierno holandés tenía una participación del 50% del capital], la tarifa para una cierta fuente energía es fijada en niveles menores a los que debiese haber cobrado¹⁴⁶. Lo relevante radica en el hecho de que el arreglo del precio permitió a la empresa obtener unas ganancias que, bajo la existencia de plena competencia, no habría obtenido o lo habría hecho de forma más onerosa, configurándose una ventaja que distorsiona la generación

¹⁴⁵ *Ibíd.* P. 1706.

¹⁴⁶ Caso 67, 68 y 70/85 *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV and Other v Commission* [1988] ECR 219, p 28.

de precios y competencia en el mercado, pues sus competidores se vieron enfrentados a una situación artificial de competencia.

La Comisión ha dado lineamientos para prever cuando nos encontramos ante fondos estatales, de conformidad a ello los fondos del sector público, de organismos privados al provenir de fuente estatal y los recursos de empresas públicas, caerían dentro del concepto de ayuda estatal. A su vez, las formas bajo las cuales se podrían desplegar, en sus variaciones más características, consisten en subvenciones directas, prestamos, garantías, inversión directa en el capital de empresas, beneficios en especie, entre otras¹⁴⁷.

Por otra parte, para que la ayuda provenga de fondos estatales se ha exigido también la imputabilidad de la medida al Estado, es decir, que el ente estatal haya participado decisivamente en el otorgamiento del beneficio. “Con todo, el requerimiento de que el Estado sea el detentador de los fondos no es suficiente para que una ayuda sea categorizada como fondo estatal; también es necesario que el Estado se vea envuelto de alguna forma en la adopción de la medida. Este es el llamado test

¹⁴⁷ Ver páginas 15 y siguientes del Proyecto de comunicación relativo al artículo 107 del TFUE.

la imputabilidad que aparece cuando una medida es tomada por un órgano distinto a una autoridad pública, usualmente una empresa pública¹⁴⁸.

El análisis mencionado en el párrafo anterior es eminentemente procedente cuando se desea revisar los actos de una empresa estatal, por cuanto ese tipo de sociedades, aun cuando el Estado tenga una influencia decisiva sobre las mismas, tienen un ámbito de acción que es autónomo y no se subsume bajo la figura de los fondos estatales. Entonces, el Tribunal de Justicia se ha encargado de sentar jurisprudencia y establecer cuáles son los criterios relevantes para el análisis en el caso *France v Commission* del año 2002, los que consisten en “la integración de la empresa pública en la estructura de administración del Estado, la naturaleza de sus actividades y el ejercicio de ellas en el mercado bajo condiciones normales de competencia con agentes privados, el estatuto legal de la empresa, la intensidad de la supervisión ejercida por las autoridades públicas en el manejo y cualquier otro indicador relevante que pueda demostrar el grado de influencia de las autoridades públicas en la adopción de la medida particular¹⁴⁹.

Además, existe un límite para la imputabilidad, el cual también ha sido reconocido en Chile, como se verá al analizar las

¹⁴⁸ KNAUL, Andreas y PÉREZ FLORES, Francisco. 2007. State Aid. Op cit. P 1707.

¹⁴⁹ Caso C-482/99 *France v Commission* [2002] ECR I-nyr, párrafo 56-57.

sentencias del Tribunal de Competencia, el que dice relación con los actos estatales de autoridad y el respeto del principio de legalidad en la ejecución de los actos administrativos. Reconociendo la inmunidad de la potestad estatal, es que la Comisión indica que “de la jurisprudencia se desprende que el artículo 107 del TFUE no se aplica cuando el Estado actúa ejerciendo la autoridad pública o cuando las entidades públicas actúan en calidad de Administraciones públicas¹⁵⁰.

Siguiendo con el punto tratado en el párrafo anterior, ello también debe ser visualizado desde la posición de la empresa que recibe la ayuda, en cuanto la ejecución de un mandato legal le sirve de protección frente a la persecución por parte de la Comisión. “Si la conducta anticompetitiva es requerida por la legislación nacional, o si el Estado crea un marco legal que por sí mismo elimina cualquier posibilidad para la actividad competitiva de la empresa, la restricción a la competencia no puede ser atribuida a la empresa. Su acción estará amparada^{151 - 152}.

¹⁵⁰ Proyecto de Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE. Op cit. P. 6.

¹⁵¹ EZRACHI, Ariel. Op cit, p. 304.

¹⁵² Sobre el particular, consultar los casos C-359/95P Commission and France v Ladbroke Racing y C-198/01 CIF v Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato; en los cuales la ley restringía a tal punto la autonomía de las empresas que ellas resultaron absueltas por obedecer el mandato de la ley sin posibilidad de conducta alternativamente.

En síntesis, los fondos para ser estatales no solo se requiere que vengan directamente del erario fiscal, pues es requisito copulativo al anterior el que el Estado haya intervenido de alguna forma en la concesión de los recursos o, en otras palabras, que ello le sea imputable, agregando que el diseño legislativo de la medida debe permitir a las empresas actuar de un modo compatible con la competencia, de lo contrario su acción es inimputable.

8.2.2.2 LA INTERVENCIÓN OTORGA UNA VENTAJA SELECTIVA AL RECEPTOR DE LA AYUDA

Como ya se ha visto, la ayuda es más amplia que un subsidio y puede desplegarse de diversas formas, pero lo esencial ahora es notar cuándo esas ejecuciones pueden concebirse como ventajas, pues en caso contrario no nos encontraríamos ante una ayuda estatal.

El concepto de ventaja ha sido definido como el que “comprende una ventaja otorgada a quien la recibe. En orden a determinar cuando la ventaja ha sido entregada a una empresa, el punto de partida es la de poner a la empresa *vis-a-vis* con sus competidores en el

mercado antes de la adopción de la medida¹⁵³. Otra definición, aún más exacta que la anterior destaca por su generalidad, en cuanto “una ventaja, a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, es todo beneficio económico que una empresa no habría obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal¹⁵⁴. Por tanto, al igual que lo acontecido hasta el momento, la definición de ventaja toma ribetes generales con el objetivo de buscar captar cualquier conducta estatal que pueda derivar en una ayuda de carácter prohibido.

Sin embargo, esa misma generalidad que es útil para englobar gran cúmulo de conductas, por otro lado, se presenta como una incerteza jurídica para quienes sean sujetos pasivos de la norma, en cuanto les resulta complejo determinar *ex ante* qué acciones se subsumirán bajo la prohibición general del artículo 107. Así, no es controvertido que un subsidio represente ayuda, desde que es una transferencia de fondos directa, pero el asunto no es tan simple respecto de otras medidas.

En razón de lo anterior, es que la Comisión ha adoptado un criterio para revisar cuándo nos encontramos ante una ventaja,

¹⁵³ COLLINS, Anthony y QUIGLEY, Conor. Op cit. P. 19. Traducción libre de: entails an advantage being given to the recipient. In order to determine whether has been granted to an undertaking, the point of departure is the position of that undertaking *vis-a-vis* its competitors within the common market before the adoption of the measure in issue.”

¹⁵⁴ Proyecto de Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE. Op cit. P. 19.

el cual se conoce como el Principio del Inversionista Privado (The Private Investor Principle) que, en pocas palabras, se levanta como un contra factual entre la acción desplegada por el Estado y la acción que adoptaría un inversionista privado que se encuentra inmerso en un mercado competitivo. En otros términos, “este principio establece que no hay intervención de ayuda estatal cuando una inversión es efectuada por el Estado en una empresa en términos y condiciones que serían aceptables para un inversionista privado de un tamaño comparable al del inversionista público, operando bajo condiciones normales de mercado. Si ese es el caso, la compañía no obtiene beneficio alguno que no pudiese obtener a partir del financiamiento en el mercado¹⁵⁵. En el mismo lineamiento, la jurisprudencia ha creado los conceptos de la prueba del acreedor privado y la prueba del vendedor privado, las cuales apuntan al mismo objetivo que la del inversionista, en tanto buscan hacer una comparación de la actuación estatal con un agente privado¹⁵⁶.

¹⁵⁵ KNAUL, Andreas y PÉREZ FLORES, Francisco. 2007. State Aid. Op cit. P. 1709.

¹⁵⁶ “De forma similar, los órganos jurisdiccionales de la Unión han desarrollado la prueba del acreedor privado para examinar si las renegociaciones de deuda por parte de los acreedores públicos implican ayuda estatal, comparando el comportamiento de un acreedor público con el de hipotéticos acreedores privados que se encontrarán en una situación similar. Por último, los órganos jurisdiccionales de la Unión han desarrollado la prueba del vendedor privado para apreciar si una venta realizada por un organismo público implica ayuda estatal, considerando si un vendedor privado, en condiciones normales de mercado, podría haber obtenido el mismo precio u otro mejor.” Ver los Asuntos C-525/04 P España/Comisión, Rec. 2007, p. I-9947; asunto C-73/11 P Frucona/Comisión Rec. 2013, p. I-0000; asunto C-256/97, DMTransport, Rec. 1999, p. I-3913; asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08 Land Burgenland y Austria/Comisión, Rec. 2012 p. II-0000.

Para efectos de realizar el análisis del principio en comento, es que se requiere la concurrencia de tres condiciones, a saber¹⁵⁷:

1. Transacción realizada en las mismas condiciones por entidades públicas y operadores privados (*criterio pari passu*);
2. Verificación de que las condiciones aplicadas a ambos inversionistas, privados y públicos, son las mismas, y;
3. El inversionista privado debe tener real significancia económica.

A las anteriores se debe agregar una cuarta, la cual solo es aplicable en los casos de venta y adquisición de activos, bienes y servicios u otras transacciones comparables, y dice relación con la existencia de una licitación abierta, transparente no discriminatoria e incondicional, que permite obtener datos para efectuar la comparación.

Por otra parte, la Comunicación de la Comisión sobre reglas para la aplicación de las ayudas estatales por las autoridades públicas del año 1984, expresa varios criterios que los inversionistas privados

¹⁵⁷ Todos ellos son atendibles cuando junto al inversionista público toma parte en las negociaciones un inversionista privado, pues si este último falta, habrá que estar a otros criterios que permitan realizar la comparación.

tomarían en cuenta a la hora de invertir, entre los que se hallan: el periodo de espera del retorno de la inversión atendiendo a la estructura de la deuda de la compañía, el flujo de caja de la empresa para financiar proyectos, si la influencia del Estado es tal que asiente en la continuación de actividades económicamente inviables, si la inyección de capital permite que la participación del Estado llegue a ser relevante o controladora, entre otras.

En conclusión, las actuaciones del Estado deben ser medidas bajo el prisma de la actuación de los privados, en cuanto un acto irracional para un privado también lo debiese ser para las autoridades públicas, bajo condiciones de mercado normales. Sin embargo, se ha dicho que cuando la ayuda va dirigida a solventar un servicio público, ello queda fuera del concepto de ayuda estatal en la medida que exista una conexión lo suficientemente fuerte y justificada entre la intervención estatal y el servicio público que se otorgará¹⁵⁸.

En lo relativo al carácter selectivo de la ventaja concedida, la selección se entiende en su sentido natural y obvio como la elección entre diversas empresas o productos, separándolas de las demás y

¹⁵⁸ “Dónde la medida de financiamiento va claramente dirigida como un *quid pro quo* a una clara y definida obligación de servicio público, no existe ayuda. Para que esto aplique debe haber y existir un manifiesto nexo entre la medida que financia y la obligación de servicio público.” AHLBORN, Christian y BERG, Claudia. Can state aid control learn from antitrust? The need for a greater role for competition analysis under the state aid rules. 2004. En: BIONDI, Andrea, EECKHOUT, Piet y FLYNN, James. The Law of State Aid in the European Union. Reino Unido, Oxford University Press, 2004, 389p.

prefiriéndolas. “El favorecimiento de ciertas empresas o la producción de ciertos bienes es un requisito esencial para la aplicación del artículo 87 (1) EC. Este requisito de selectividad se aplica a cualquier medida que no se aplique de forma general a todas las empresas de un Estado miembro¹⁵⁹. Así, la medida debe gozar de generalidad para no caer dentro de la prohibición, esto es, su aplicación debe ser tan vasta como lo son las empresas o bienes de un mercado determinado.

Una extensión tan vasta como la propuesta precedentemente resulta absurda, porque desfigura la selectividad y no toma en cuenta parámetros reales¹⁶⁰, pues qué medida puede ser tan general como para alcanzar a todos los ciudadanos. Esto fue planteado por M.J. Sussman, quien señaló que “ningún beneficio estatal es usado por cada ciudadano, todo se acumula en sectores específicos. Por ejemplo, los caminos pavimentados son solo usados por conductores de vehículos...”¹⁶¹

¹⁵⁹ COLLINS, Anthony y QUIGLEY, Conor. Op cit. P. 49. Traducción libre de: “The favouring of certain undertakings or the production of certain goods is an essential prerequisite for the application of Article 87 (1) EC. This requirement of selectivity applies to any measure which does not apply generally to all the undertakings in a Member State.”

¹⁶⁰ A raíz de esto, somos de la idea que toda revisión de una medida debe ir enfocada por el criterio *res ipsa loquitur* o, en otras palabras, el dejar que las cosas hablen por sí mismas. Ello, en cuanto la aplicación concreta de una medida es la oportunidad perfecta para ver si ella aprueba el test de la selectividad.

¹⁶¹ SUSSMAN, M.J. Countervailing Duties and the Specificity Test: an Alternative Approach to the Definition of Bounty or Grant, Law and Policy in International Business, 1986, Vol. 18, p. 475.

A su vez, transforma un análisis netamente de efectos económicos y competitivos, como es lo exigido por el derecho de libre competencia, a uno de argumentación jurídica basada en el concepto de la discriminación. El abogado general Darmon en el año 1992 intento zanjar los límites de la selectividad diciendo que “subrayo con C. Quigley que, "the dividing line between general aids and general measures of economic policy may be rather obscure". En mi opinión, debe determinarse la existencia de un factor específico que permita calificar de ayuda una medida general. La lectura de la jurisprudencia de este Tribunal me inclina a pensar que el único elemento fundamental requerido para la aplicación del apartado 1 del artículo 92, es el carácter excepcional de la medida, en su propia naturaleza, en relación con la estructura del sistema general en el que se inserta¹⁶². Pero ese intento no fue fructífero y “la especificidad consecuentemente se hizo sinónimo de la discriminación injustificada¹⁶³”.

Tal aserto, sin lugar a dudas, genera un problema gravísimo que ha sido identificado por la doctrina, y es que “no hay conexión alguna entre el concepto de discriminación injustificada y distorsión de la competencia. En otras palabras, es difícil reconciliar esta amplia definición [refiriéndose al de selectividad y discriminación] con las normas sobre efectos

¹⁶² Opinion of the Advocate General Darmon, del 17 de marzo de 1992, in Joined Cases C-72/91 and C-73/91 *Sloman Neptun*, párrafo 50.

¹⁶³ AHLBORN, Christian y BERG, Claudia. Op cit, p. 52.

en la competencia¹⁶⁴ desde el momento que no existen criterios para determinar cuándo una discriminación es justificada.

A su vez, podemos encontrar la existencia de diversos criterios para la selectividad.

En primer lugar, hallamos a los que dicen relación con las limitaciones de hecho y derecho, siendo la selectividad de derecho la que “resulta directamente de los criterios jurídicos para la concesión de una medida que está reservada desde un punto de vista formal, únicamente a determinadas empresas (...) La selectividad de hecho puede determinarse en casos en los que, aunque los criterios formales para la aplicación de la medida están formulados en términos generales y objetivos, la estructura de la medida es tal que sus efectos favorecen significativamente a un grupo de empresas concreto¹⁶⁵.

En segundo lugar, nos podemos encontrar ante un criterio de selección basado en parámetros geográficos, bajo el cual un Estado otorga ayudas a empresas o bienes discriminando por su lugar de asiento.

¹⁶⁴ Ibid. p. 53.

¹⁶⁵ Proyecto de Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE. Op cit. P. 35-36.

En tercer lugar y más importante aún, es el criterio de selección acorde a facultades de discrecionalidad administrativa. Lo anterior sucede cuando la ley o un cuerpo normativo infra legal le conceden a la administración campos de discrecionalidad en un sentido fuerte, es decir, su juicio no se encuentra reglado o sujeto a criterios para adoptar una decisión. Se ha dicho que “la Corte ha concluido que en estas circunstancias, por su objetivo y esquema general, el sistema bajo el cual la FNE contribuye a las medidas de acompañamiento de planes sociales puede colocar a determinadas empresas en una situación más favorable que otras y con ello alcanzar las condiciones para ser concebida como ayuda. En ese caso no fue el esquema general el que satisfizo la condición de especificidad sino la aplicación del mismo a los casos particulares¹⁶⁶. Otro ejemplo de esto lo demuestra el Caso *Ecotrade Srl v AFS* donde la legislación italiana consagraba un sistema especial de administración para empresas insolventes que les permitía tener trato privilegiado respecto a los acreedores, en tal proceso la Corte señaló que “en atención a la discreción permitida a las

¹⁶⁶ PLENDER, Richard. Definition of Aid. 2004. En: BIONDI, Andrea, EECKHOUT, Piet y FLYNN, James. The Law of State Aid in the European Union. Reino Unido, Oxford University Press, 2004, p. 22. Traducción libre de: “The Court concluded that in these circumstances, by virtue of its aim and general scheme, the system under which the FNE contributes to measures accompanying social plans is liable to place certain undertakings in a more favourable situation than others and thus to meet the conditions for characterization as aid. In that case it was not the general scheme that satisfied the condition of specificity but its application in individual cases.”

autoridades para determinar qué firma se beneficiaría de las medidas, el requerimiento de selectividad se encontraba satisfecho¹⁶⁷.

Con todo, y con la intención de otorgar certeza jurídica, es que la Comisión ha elaborado un conjunto de criterios para apreciar cuando una decisión administrativa implica selectividad, a saber¹⁶⁸:

1. Las autoridades fiscales tienen discrecionalidad para conceder decisiones administrativas;
2. Las decisiones no están a disposición de empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica similar;
3. La Administración parece aplicar un trato fiscal discrecional más favorable que a otros contribuyentes que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, y;

¹⁶⁷ Caso C-200/97 *Ecotrade Srl v AFS* [1998] ECR I-7907, párrafo 40. Para mayor información ver Caso C-295/97 *Piaggio SpA v Ifitalia SpA* [1999] ECR I-3735, párrafo 39.

¹⁶⁸ Ver el Proyecto de Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE, en sus páginas 45 y siguientes.

4. La decisión ha sido adoptada contraviniendo las disposiciones fiscales aplicables y dé como resultado un importe del impuesto inferior¹⁶⁹.

De este modo, las medidas a aplicar por el Estado no pueden ser de carácter específico. Lo que interesa es que una empresa cualquiera, dentro del mercado competitivo, no se vaya a ver beneficiada por una medida estatal que no habría conseguido en condiciones normales de competencia.

8.2.2.3 DISTORSIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto a este requisito, simplemente hacer unos alcances respecto su contenido:

- La figura de la ayuda estatal, en consonancia con el resto de las figuras de libre competencia, se erige como un tipo de peligro que se basta a sí misma con la amenaza al bien jurídico tutelado;

¹⁶⁹ De todas formas, estos criterios han sido criticados por los académicos, en cuanto siguen siendo lo bastante amplios como para no establecer fronteras a la discreción administrativa. Ver (17) Centre of European Law, Kings College London. Comments on the draft Commission Notice on the notion of state aid pursuant to Article 107 (1) TFUE, p. 8-9. Además, la jurisprudencia de los casos C-157/99 Smits and Peerbooms [2001] ECR I-5473 párrafo 90; C-203/08 Sporting Exchange Ltd, trading as 'Betfair' v Ministre van Justitie [2010] ECR I-04695 párrafo 50.

- Desde el momento que se concede una ventaja a un agente económico en un mercado liberalizado, la distorsión de la competencia se presume. Ello es controvertido en nuestra propuesta de ley, por cuanto propugnamos por el análisis de los efectos de la medida para resolver sobre su ilicitud anticompetitiva, no bastando con el mero criterio de la selectividad;

- No se requiere que la ayuda estatal provoque efectos significativos o determinantes, sino que se conceda una ventaja que le permita al beneficiario mantener una posición competitiva que sin ella no habría obtenido¹⁷⁰;

- No es necesario demostrar que la empresa se desempeña en un mercado relevante amplio, es suficiente que en el mercado en que se desenvuelven sus servicios éstos se tornen altamente insustituibles¹⁷¹ (el poder de mercado conseguido a partir de la ayuda genera barreras a la entrada para otros competidores).

¹⁷⁰ Ver Asunto T-55/99 CETM, Rec. 2000, p. I-3207, apartado 89; Asunto C-280/00 Altmark Trans, Rec. 2003, I-7747, apartado 81.

¹⁷¹ Casos en los cuales se generaron barreras a la entrada para otros competidores como consecuencia de una ayuda que permitió –artificialmente- aumentar la oferta local de servicios: Asunto T-288/07 Friulia Venezia Giulia, Rec. 2001, p. II-1619, apartado 41; Asunto C-280/00 Altmark Trans, Rec. 2003, I-7747, apartado 78.

8.3 DIRECTIVA 2009/72/CE SOBRE NORMAS COMUNES PARA EL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD

Este subcapítulo simplemente tiene por objeto, dar cuenta de las diferencias trascendentales que existen entre la normativa que regula el mercado interior de la electricidad en Europa y la LGSE que lo efectúa en Chile. La Directiva europea del año 2009 es la más reciente, ya que con ella se derogó la Directiva del año 2003 (2003/54/CE) que regulaba la misma materia, pues el Consejo europeo dada la experiencia adquirida a partir de las transposiciones nacionales, consideró que el mercado europeo de electricidad estaba preparado para asumir el reto de una liberalización más profunda.

El mercado común de la electricidad en Europa se comenzó a implementar el año 1999, con el objetivo de que los consumidores, fuesen personas naturales o jurídicas, tuviesen la posibilidad de elección del suministrador, se mejorasen las eficiencias del sistema y la calidad del servicio por medio de la competitividad. Con ello, esta nueva Directiva viene a tomar las mejores prácticas y experiencias, en orden a generar las condiciones para un mercado competitivo, seguro y económico.

8.3.1 DESCRIPCIÓN DE SUS ELEMENTOS DIFERENCIADORES CON LA LEGISLACIÓN CHILENA

Los puntos de esta Directiva que son divergentes a los de la legislación nacional, dicen relación con: i) la intervención estatal en las decisiones de los actores del mercado, y; ii) la decidida desintegración vertical, en particular en el segmento del transporte de electricidad.

8.3.1.1 INTERVENCIÓN ESTATAL EN LAS DECISIONES DE LOS ACTORES DEL MERCADO

La legislación chilena en materia eléctrica es conocida por su permisividad a la hora de controlar las decisiones de los actores económicos en los diversos segmentos del mercado, ello fue así en su génesis y hasta hoy se mantiene en lo cardinal¹⁷².

La normativa europea nace con ribetes liberalizadores el año 1999, pero luego de diversos problemas radica nuevamente en el Estado la planificación del sistema. Ejemplo de lo anterior,

¹⁷² Las leyes Cortas I y II a las que se hiciera referencia en el tratamiento del mercado eléctrico nacional, cambiaron en parte la identidad del sistema, por cuanto establecieron que los segmentos de transporte y distribución pasarían a ser de servicio público permaneciendo el de generación totalmente liberalizado. Con todo, en los últimos años el Estado ha propendido, por la vía de publicaciones no vinculantes (Estrategias de Energía de los Gobiernos de Piñera y Bachelet), ha intervenir de manera más decidida en la planificación del desarrollo eléctrico, tanto en la oferta económica (licitaciones públicas) como en la planificación y crecimiento de la infraestructura.

se deja ver ya en el artículo 7 de la Directiva en comento, donde se dice “1. Para la construcción de nuevas instalaciones generadoras, los Estados miembros adoptarán un procedimiento de autorización, que deberá seguir criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios¹⁷³. Tal situación indica que es el Estado quien otorga autorizaciones para la construcción de centrales generadoras de electricidad, con lo cual maneja el ingreso y ubicación de ellas, elemento que en Chile es netamente decisión del agente económico, sin perjuicio de las limitantes legales. Lo anterior, tiene como fundamento la planificación y crecimiento orgánico de las plantas de producción de electricidad.

En el mismo sentido, se puede apreciar que frente a la escasez de oferta por la construcción de nuevas centrales generadoras, el Estado tiene la potestad para llamar a licitaciones en orden a adjudicar las nuevas instalaciones, así lo preceptúa el artículo 8.1 de la Directiva. De este modo y, bajo el criterio de la seguridad de suministro y la competencia, se abren licitaciones para que los generadores eléctricos compitan por el mercado, en atención a que no solo en Europa sino en el mundo la concentración del mercado eléctrico es alta, y por lo mismo las licitaciones permiten condiciones no discriminatorias, transparentes y de libre

¹⁷³ Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 23 de septiembre de 2009, Artículo 7.1.

conurrencia para nuevos competidores que desafíen a los ya presentes en la generación.

8.3.1.2 DESINTEGRACIÓN VERTICAL DEL MERCADO¹⁷⁴, EL SECTOR TRANSPORTE

Uno de los mensajes fundamentales del Parlamento Europeo era que la separación patrimonial a nivel de transporte es la herramienta más eficaz para fomentar las inversiones en infraestructuras de una manera no discriminatoria, el acceso justo a la red de nuevos operadores y la transparencia del mercado¹⁷⁵, desde que el control sobre el sector transporte, como monopolio natural y segmento intermedio que es, permite manejar la expansión del sistema eléctrico y las tarifas para acceder al mismo.

En realidad, el *quid* se radica en los conflictos de intereses que surgen cuando un generador o suministrador de electricidad

¹⁷⁴ La Directiva sobre el mercado común eléctrico da definiciones de lo que entiende por empresa eléctrica integrada y empresa integrada verticalmente. Así, su artículo 2 señala: (20) <<empresa eléctrica integrada>>, una empresa integrada vertical u horizontalmente; (21) <<empresa integrada verticalmente>>, una empresa eléctrica o un grupo de empresas eléctricas en que la misma persona o personas tengan derecho, directa o indirectamente, a ejercer el control y en que la empresa o grupo de empresas realicen, como mínimo, una de las funciones de transporte o distribución y, como mínimo, una de las funciones de generación o suministro de electricidad.

¹⁷⁵ Ver Resolución del Parlamento Europeo, de fecha 10 de julio de 2007, sobre las perspectivas para el mercado interior del gas y la electricidad. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0326+0+DOC+XML+V0//ES>

tiene propiedad sobre las líneas de transmisión eléctrica, ya que esas relaciones de dominio propician conductas anticompetitivas que van en desmedro de los competidores, por cuanto son objeto de prácticas exclusorias y discriminatorias.

En su fundamentación de motivos, la Directiva en comento expresa que en “virtud de la separación patrimonial, debe exigirse, por lo tanto, a los Estados Miembros que velen porque la misma persona o personas no pueden ejercer control sobre una empresa de generación o de suministro y, al mismo tiempo, ejercer control o cualquier derecho sobre un gestor de red de transporte. De la misma manera, el control sobre una red de transporte o sobre un gestor de red de transporte debe excluir la posibilidad de ejercer control o cualquier derecho sobre una empresa de generación o de suministro¹⁷⁶.

Como contrapunto, en Chile la LGSE, en su artículo 7, incisos quinto y sexto¹⁷⁷, solamente exige un giro único a las empresas de transporte de electricidad, evitando con ello que por medio de personas naturales o sociedades relacionadas tomen parte en los segmentos de

¹⁷⁶ Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Op. Cit. Fundamento (11).

¹⁷⁷ Artículo 7°, inciso quinto y sexto, LGSE: “Estas sociedades no podrán dedicarse, por sí, ni a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma, el giro de generación o distribución de electricidad. El desarrollo de otras actividades, que no comprendan las señaladas precedentemente, sólo podrán llevarlas a cabo a través de sociedades anónimas filiales o coligadas.”

distribución y generación. En el caso europeo, con la Directiva del 2009, las empresas de transporte mutan en gestores de la red de transporte que actúan de forma independiente a los demás actores del mercado, lo que se consigue por medio de diversas cortapisas diseñadas con un lenguaje bastante genérico (como el ejercer control “de manera directa o indirecta¹⁷⁸”). Entonces, a diferencia del caso chileno, en Europa la prohibición es general y no solo se contenta con la restricción jurídica, pues también contempla límites fácticos.

Este es un problema bastante serio cuyos riesgos anticompetitivos se traducen en la integración vertical, el intercambio de información entre competidores y una respuesta menos competitiva como consecuencia de conflictos de interés. Lo anterior, se resume en la figura del

¹⁷⁸ Especial atención hay que dar al artículo 9.1 de la Directiva que señala: 9.1 Los Estados miembros garantizarán que, a partir del 3 de marzo de 2012: a) toda empresa propietaria de una red de transporte actúe como gestor de la red de transporte; b) la misma persona o persona no tengan derecho: i) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte, o ii) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro; c) la misma persona o personas no tengan derecho a nombrar a los miembros del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, de un gestor de la red de transporte o una red de transporte, y, directa o indirectamente, ejercer control o ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro, y d) ninguna persona tenga derecho a ser miembro del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, a la vez de una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro y de un gestor de la red de transporte o una red de transporte.

*interlocking*¹⁷⁹, esto es, en su despliegue más simple “cuando una misma persona integra el directorio de dos o más empresas¹⁸⁰”.

En Chile, se ha tenido la oportunidad de revisar esta situación, en particular en el mercado eléctrico cuando una compañía puede ejercer influencia decisiva sobre una empresa de generación y otra de distribución a la vez. En principio, hay que tomar en cuenta que el *interlocking* atenta contra la transparencia en el mercado, tal como fue advertido por la H. Comisión Resolutiva en el caso de la toma de control de Enersis S.A. por parte de Endesa España conjuntamente con el aumento de participación de Enersis en Endesa Chile, al decir “si bien Enersis y Endesa no pueden considerarse competidoras, tanto las vinculaciones entre la administración de una y otra, dado el carácter de matriz y filial con un control de casi el 60% del capital accionario de la segunda, como la utilización de cierta información por los directores de estas entidades, debe ser objeto de un debido resguardo con el fin de evitar prácticas del controlador integrado que pudieren excluir a rivales o a otros actores del mercado, propiciar conductas discriminatorias o

¹⁷⁹ Para un acabado estudio del tema se recomienda la lectura del libro “Antitrust Law. An analysis of antitrust principles and their application” (2010), de los autores Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp, y los documentos de la OCDE (2005 y 2008) titulados “Minority interests in competitors” y “Minority shareholdings”, respectivamente.

¹⁸⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras, noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Participaciones-minoritarias.pdf>

acciones que desincentiven la rivalidad de los competidores, como también que puedan afectar las facultades de los entes reguladores y fiscalizadores¹⁸¹.

En consonancia con lo anterior, la misma Resolución ya indicada, se hace cargo de la integración vertical existente, por cuanto Enersis S.A. tenía participación en Endesa Chile (generador eléctrico) y Chilectra S.A. (distribuidor eléctrico), con el fin de generar independencia entre los directivos de las sociedades. En ese entendido, en uno de sus resueltos indica que “los cargos de directores de las sociedades Enersis S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A. [Endesa Chile], o de alguna de éstas con Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A. [filiales de Enersis], ya fueren titulares o suplentes, deberán ser desempeñados por personas distintas e independientes. Se entenderá que un director es independiente cuando no desempeña cargos, trabajos o actividades en condición de dependencia de alguna de estas sociedades ni de cualquiera de sus directores¹⁸².”

En síntesis, las causas que llevan al legislador a separar los segmentos del mercado eléctrico, en su esencia, dicen relación con los conflictos de interés que pueden generar las integraciones verticales

¹⁸¹ Resolución N° 667/2002 de la H. Comisión Resolutiva, de fecha 30 de octubre de 2002, Considerando 23°. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/jurisprudencia-en-libre-competencia/decisiones-comisiones-antimonopolio/>

¹⁸² Ibíd. Resuelvo 3.1.

que tienden a restringir las respuestas económicamente óptimas de los agentes económicos.

8.4 COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

8.4.1 COMUNICACIONES DE CARÁCTER PARTICULAR

En los sub capítulos anteriores ya se estudió lo relativo a las ayudas estatales desde un punto de vista general, pero esta sección tiene por objetivo dar una mirada más detallada del tratamiento de este elemento en el mercado eléctrico.

8.4.1.1 COMUNICACIÓN RELATIVA A LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE LAS AYUDAS ESTATALES VINCULADAS A COSTES DE TRANSICIÓN A LA COMPETENCIA EN EL MERCADO ELÉCTRICO EUROPEO

Como ya se expuso, en el año 1999 se gestó el mercado común europeo de electricidad y con ello surgió el desafío, conforme a las normas que regulan la libre competencia en el TFUE, de liberalizar la electricidad en Europa y levantar las barreras nacionales para comenzar un mercado transfronterizo.

Consecuentemente, la conformación de precios en cada uno de los Estados miembros era distinta y en algunos de ellos se detectaron ciertos elementos que tergiversaban la generación de precios de la electricidad, lo cual obedecía a medidas estatales que salvaguardaban el mercado interior y a las empresas nacionales.

La presente Comunicación, nace como una respuesta de la Comisión al cúmulo de ayudas estatales que los Estados miembros comenzaron a otorgar, y ya otorgaban, a las empresas que operaban dentro de sus fronteras, por cuanto la liberalización del mercado las hacía competir con sus pares a nivel europeo generándoles costos que eran imprevisibles. En otras palabras, la Comisión vino a entregar certeza jurídica respecto al tratamiento de las ayudas estatales destinadas a sobrellevar los costos de transición a un mercado liberalizado.

Así, respecto a la energía eléctrica, la Comisión es consciente de que requiere un tratamiento particular, por ello al decidir sobre las ayudas “la Comisión toma en cuenta las específicas características del sector, especialmente la necesidad de su planificación a largo plazo. También toma en cuenta los requerimientos de una matriz energética diversificada¹⁸³.”

¹⁸³ COLLINS, Anthony y QUIGLEY, Conor. Op cit. P. 208. Traducción libre de: “the Commission takes account on the specific characteristics of the sector, notably the need to

Los costes de transición son compromisos o garantías de explotación que se conceden a las empresas del sector eléctrico aunque, tal como ocurre con las ayudas estatales, dichos costes pueden adoptar diversas formas “incluyendo contratos de compra de electricidad de largo plazo, inversiones realizadas con garantías explícitas o implícitas de venta o inversiones fuera de la actividad normal¹⁸⁴ .

En cuanto a los requisitos para encontrarnos frente a un costo de transición, la Comunicación relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a costes de transición a la competencia, señala lo siguiente¹⁸⁵:

- Requisito temporal: Los compromisos o garantías de explotación que puedan dar lugar a costes de transición a la competencia deben ser anteriores al 19 de febrero de 1997, y;

- Requisitos de fondo: Los compromisos o garantías de explotación deben estar sujetos al riesgo de que no puedan ser respetados debido a las

plan for the very long-term. It also takes account of the requirements of a diversified energy production system.”

¹⁸⁴ *Ibíd.* P. 208-209. Traducción libre de: “including long-term purchase contracts, investment undertaken with an implicit or explicit guarantee of sale or investments undertaken outside the scope of normal activity.”

¹⁸⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a costes de transición a la competencia, p. 3, punto 3, párrafos 3.1-3.3. Bruselas, 26 de junio de 2001. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_es.pdf

disposiciones de la Directiva 96//92/CE. Para constituir un coste de transición a la competencia, los compromisos o garantías deben, en consecuencia, convertirse en no económicos debido a los efectos de la Directiva 96/92/CE e incidir sensiblemente en la competitividad de la empresa en cuestión¹⁸⁶.

Un punto relevante a destacar, es que debe existir una relación de causalidad entre la necesidad del coste de transición y la entrada en vigor de la Directiva 96/92/CE, es decir, la dificultad de una empresa para desarrollar su actividad debe tener como antecedente necesario los efectos de aplicar sobre ella la Directiva recién citada. Además, en la revisión de la necesidad del coste, la Comisión utiliza criterios de eficiencia al calcular la cuantía del coste conforme a la solución más económica en ausencia de ayuda, con lo cual se emula el coste de transición en un mercado no liberalizado con el que tendría en un mercado competitivo.

En lo que dice relación con las ayudas estatales y los costes de transición a la competencia, hay un tema especial en la medida que “la liberalización del mercado de la electricidad se sitúa en el interés general del mercado común con arreglo al artículo 2 y a la letra t) del apartado

¹⁸⁶ Haciendo referencia a este requisito y para mayor claridad, la Comunicación, en su punto 3.3, párrafo segundo, indica: “Con mayor razón, cuando de los compromisos o garantías de que se trate se desprenda que, sin ayuda o medidas transitorias, podría verse comprometida la viabilidad de estas empresas, se considerará que dichos compromisos o garantías se ajustan a las condiciones del párrafo anterior.”

1 del artículo 3 del TFUE y completa la creación del mercado interior¹⁸⁷ (...), lo cual no es baladí porque desde ese encuadre la Comisión considera que, en principio, los costes de transición podrían valerse de la exención prevista en la letra c) del apartado 3 del artículo 107 del TFUE (ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común)¹⁸⁸.

En todo caso, la compatibilidad de la ayuda requiere de ciertas exigencias que se detallan a continuación:

- El coste a financiar debe ser específico: La ayuda deberá servir para compensar costes de transición a la competencia claramente determinados e individualizados;
- El instrumento utilizado para conferir la ayuda debe permitir tener en cuenta la evolución efectiva futura de la competencia;
- El criterio de la reducción progresiva de las ayudas;

¹⁸⁷ *Ibíd.* P. 6, punto 4.

¹⁸⁸ Ello no solo resulta relevante para el caso europeo, sino que es de aplicabilidad universal, por cuanto el mercado eléctrico es la base angular de la creación de energía en todos los países del mundo. Desde esa perspectiva, en Chile se podría argumentar que las ayudas estatales son necesarias para las ERNC, desde que las leyes 20.257 y 20.698 generan costos de transición para este tipo de generadores que deben competir con los de fuentes no renovables.

- Determinación ex ante del importe, cálculo, financiamiento y plazo de las ayudas que se concederán, y;
- Evitar la acumulación de ayudas en un mismo agente.

Por último, hay una cuestión relacionada al financiamiento de las ayudas que es esencial para el mercado eléctrico y la sustentabilidad de sus actores, la cual dice relación con la prohibición de medidas discriminatorias a la hora de recaudar los fondos para solventar las ayudas. En ese sentido, entre los clientes libres y regulados debe haber un tratamiento equitativo, motivo por el cual quien aporte al financiamiento no debiese desembolsar una suma mayor a la cuota de mercado que representa. Finalmente, cuando los fondos sean recolectados por alguna empresa privada, ésta debe separar la recaudación para ayuda pública de la que obtiene en su propio giro, y los primeros nunca deben favorecer a la sociedad que los gestione.

8.5 CASOS DE AYUDAS ESTATALES TRAMITADOS ANTE LA COMISIÓN EUROPEA

El objetivo buscado con estos casos es encontrar criterios que la Comisión ha considerado para la compatibilidad o prohibición

de las ayudas estatales, todo ello centrado en 3 casos en los que los Estados Miembros notificaron la medida. Además, son todas causas recientes y relativas al mercado eléctrico, en particular, a medidas tributarias para incentivar la generación de electricidad a partir de fuentes renovables de energía.

8.5.1 CASOS PARTICULARES (SELECCIÓN DE CASOS RECIENTES ASOCIADOS A TEMAS ELÉCTRICOS)

8.5.1.1 CASO N° 391/2006 – DENMARK, TAX RATE REDUCTIONS: HEAT PRODUCED IN CHP'S, HEAT PRODUCED BY ELECTRICITY, AND PROCESS HEAT¹⁸⁹.

El caso se basa en la estructura danesa de impuestos a la energía, por cuanto Dinamarca desde los años noventa que ha instaurado un sistema impositivo a la energía con motivo de incentivar la generación eficiente y limpia de electricidad.

Las medidas, en específico, disponen: i) la reducción del impuesto sobre los combustibles fósiles utilizados para producir calor; ii) la reducción del impuesto sobre la electricidad en la producción de

¹⁸⁹ Caso State Aid No N° 391/2006 – Denmark, Bruselas, de fecha 9 de noviembre de 2007. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/215577/215577_747852_44_1.pdf

calor; iii) la cancelación de un cargo por el uso de la electricidad en la producción de calor, y; iv) la reducción del impuesto sobre el CO₂ que se genera a partir de la electricidad usada para la formación de calor que posteriormente es utilizado en procesos intensos¹⁹⁰.

El objetivo de la medida que Dinamarca notifica a la Comisión, es una rebaja de impuestos que recae sobre las generadoras de electricidad que combinan la generación de energía y calor, esto es, a partir del uso de una turbina la estación genera tanto electricidad como calor utilizable. La rebaja viene dada en la operación de estas estaciones de energía.

La justificación de la ayuda viene dada por el hecho de que las centrales combinadas son exponencialmente más eficientes que la generación por separado de electricidad y calor, en la medida que una combinada utilizando la misma cantidad de energía es capaz de generar mayores beneficios. Además, “la tasa de impuestos para la generación de calor son muy elevadas en comparación con las tasas de co-generación y por ello no sería económicamente factible producir calor solamente (...) así, no habría sustituibilidad entre la generación convencional de energía y la co-generación eficiente de energía. La sustituibilidad sería entre la co-generación

¹⁹⁰ Ver página 3, párrafo (16) y siguientes del caso.

eficiente y la energía renovable¹⁹¹. Por de pronto, podemos notar que la intención del legislador danés es doble, por un lado, intenta incentivar a los inversionistas a construir plantas eficientes de generación combinada para producir menor daño al ambiente y, por otro lado, en el afán anterior es que intenta internalizar en medios menos eficientes, los contaminantes, los costos de las externalidades negativas que producen (equiparar los costos de las energías eficientes con las ineficientes).

Otro orden de justificaciones vienen dadas por el hecho de que estas reducciones impositivas son acordes con la naturaleza del sistema de impuestos a la energía de Dinamarca, considerando también su autonomía en el ámbito fiscal. Por otra parte, discurre en que las reducciones serán absorbidas por los consumidores de energía, en tanto ellos, en algunos casos, tienen participación en la propiedad de las centrales de co-generación.

Cómo era de esperarse, la Comisión en su evaluación considera que las medidas notificadas se configuran como ayuda estatal, en tanto: i) existe selectividad, en la medida que las reducciones de impuestos solo se aplican a las centrales de co-generación eficiente; ii) la

¹⁹¹ *Ibíd.* Página 2, párrafos (6) y (9). Traducción libre de: “The general tax rates for heat production are very high compared to the tax rates for co-generation and that is why it would not be economically feasible to produce heat only (...) Therefore, there will be no substitutability of conventional power by high co-generation efficiency CHP power. The substitutability will be between high co-generation efficiency CHP power and renewable power.”

reducción de tributos impacta el erario fiscal en forma negativa, de modo que envuelve el uso de recursos fiscales, y; iii) dada la existencia de un mercado común de electricidad, la ayuda sobre los precios de estas centrales tiene potencial para distorsionar la generación de precios en el Estado y respecto de los demás Estado Miembros.

En todo caso, la medida fue aprobada por entenderse que se subsume bajo el artículo 87.3 letra c) del TFUE (actual 107.3 letra c)), desde que facilita el desarrollo de una actividad no alterando los intercambios de forma contraria al interés común. La novedad para nuestro entendimiento, es que el respeto al medio ambiente y los compromisos adquiridos conforme a ello, deben ser cumplidos por los órganos de la comunidad, especialmente cuando se han dado *Guidelines* (las *Guidelines on State Aid for Environmental Protection*) que se erigen como excepción a la prohibición general de ayudas estatales. Valga resaltar que es necesario probar cómo la medida propende al bienestar del medio ambiente, pues ello es una exigencia de las *Guidelines*.

8.5.1.2 CASO N° 394/2007 – DENMARK, NON-APPLIANCE TO WIND POWER PLANTS OF LOWER DEPRECIATION RATE¹⁹²

¹⁹² Caso State Aid No N° 394/2007 – Denmark, Bruselas, de fecha 13 de marzo de 2008. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/220946/220946_801931_28_1.pdf

El caso trata una medida por medio de la cual Dinamarca desea excluir a las centrales de generación eólica de la instauración de una tasa de depreciación menos favorable, toda vez que el gobierno danés en su plan “*A visionary Danish energy policy 2025*” piensa que la generación de electricidad a partir de fuentes eólicas contribuye decididamente en la provisión de energía amigable con el medio ambiente.

La tasa de depreciación actual alcanza el 25% para el equipo, en realidad, la planta completa de energía se entiende como una sola pieza de equipamiento¹⁹³ para efectos de tributación de la misma. Sin embargo, la nueva legislación tributaria contempla un cambio para la tasa de depreciación, pasando del actual 25% al 15% de forma gradual, recién el año 2016 se alcanzaría el 15%. Con todo, esa reducción de tasas no sería aplicable a las centrales eólicas, por cuanto la Ley sobre Depreciación Fiscal de Dinamarca, en su artículo 5C, contempla una excepción y permite que este tipo de centrales mantenga la tasa del 25%, y de allí viene la notificación a la Comisión.

¹⁹³ En el párrafo 2.2 que trata sobre los eligible costs, se detalla lo que se incluye dentro de la estructura completa: “the Price of wind mill, customs, freight and construction costs, as well as all procurement costs for buildings and movable parts, tower, foundation, electrical installations, connection to the grid, electrical wiring and transformation systems, ground studies in connection with the foundation of the wind mill and equipment for operating and remote surveillance of the installation.”

La evaluación efectuada por la Comisión arriba a la conclusión de la existencia de una ayuda estatal, en tanto: i) hay una ventaja económica para las centrales eólicas, desde el momento que el mantenimiento de la tasa del 25% les genera beneficios que otros generadores no consiguen y que no habrían obtenido sin la intervención estatal; ii) la tasa del 25% implica una pérdida fiscal, de modo que no puede sino concluirse que hay recursos fiscales que financian la ventaja, y; iii) la existencia del mercado común de la electricidad permite que las ventajas otorgadas por un Estado a un generador eléctrico, repercutan o puedan hacerlo en el resto de los Estado Miembros, de modo que tiende a distorsionar la competencia.

Nuevamente la Comisión decide exceptuar a la ayuda estatal consultada por Dinamarca, basándose en los mismos argumentos ya señalados en el Caso N° 391/2006 – Denmark. Pese a ello, cabe destacar que este caso al tratarse de energías renovables, recibe la aplicación de otro principio, que ya se viera a partir de las recomendaciones de la OECD y la experiencia europea, el que “permite la ayuda para la producción de energía renovable en orden a compensar la diferencia que se produce entre los costos de producción de la energía renovable y el precio de mercado del tipo de energía involucrada¹⁹⁴. Como se podrá apreciar, existe

¹⁹⁴ *Ibíd.* P. 5, párrafo 3.2. Traducción libre de: “allows for operating aid for the production of renewable energy in order to compensate for the difference between the production costs of renewable energy and the market price of the form of power concerned.”

total congruencia entre la norma y su aplicación, por cuanto la Comisión es consciente que la forma de incentivar el desarrollo de las ERNC y la descontaminación pasa por equiparar la base de costos de la energía renovable con los combustibles fósiles.

8.5.1.3 CASO N° 691/2009 – HUNGARY, HUNGARIAN STRANDED COSTS COMPENSATION SCHEME¹⁹⁵

Este caso de ayuda estatal trata sobre la revisión de un esquema que el parlamento de Hungría confeccionó para compensar los costos de transición de una medida que afectaba al mercado eléctrico en su integridad. La situación que da origen a este esquema se remonta a los años noventa, período en el cual gran parte de la energía eléctrica producida en Hungría era comprada por la empresa estatal *Magyar Vilamos Művek Zrt.*, la cual celebró contratos de compra entre 1995 y 2001 por períodos de largo plazo (entre 15 y 27 años). Tales contratos fueron prohibidos y declarados ilegales en el caso sobre ayuda estatal C-41/2005 *State aid awarded by Hungary through Power Purchase Agreements*, lo que obligaba a las empresas beneficiarias a devolver las sumas que habían sido concedidas como ventajas por el Estado. Como consecuencia de lo anterior y atendiendo

¹⁹⁵ Caso State Aid No N° 691/2009 – Hungary, Bruselas, de fecha 27 de abril de 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf

al resguardo del mercado eléctrico, es que Hungría desarrolla el esquema de transición para impedir sucesivas insolvencias de las empresas generadoras.

El esquema de compensación favorece a tres empresas por sus costos de transición, basándose en la Comunicación de la Comisión sobre costos de transición en el mercado eléctrico (ya revisada supra). El fundamento para invocar tal documento, es que se desea compensar los nuevos costos en los que tendrán que incurrir estas empresas, por cuanto con anterioridad a la liberalización del mercado invirtieron en infraestructura de generación tomando en cuenta las garantías de operación y pagos previstos en los contratos que fueron declarados ilegales, en otros términos, podríamos decir que estamos frente al principio *rebus sic stantibus* que busca solucionar el cambio sobreviniente de circunstancias.

En concreto, las decisiones de inversión tomadas en el período previo a la liberalización del mercado se habrían tornado no económicas, en cuanto “se espera que las inversiones no puedan ser recuperadas por los ingresos generados por la operación de las plantas de energía. Los costos de transición corresponderían a la diferencia entre los costos de inversión asociados a las ganancias de operación generadas por las plantas de energía en el pasado y las que se esperan generar en el futuro hasta que se cumpla el plazo fijado en los contratos celebrados [con la

empresa estatal húngara]¹⁹⁶. El punto elemental de la medida, es que la autoridad húngara desea sincronizar la recuperación de las ayudas concedidas bajo los contratos de largo plazo con la compensación a la transición, así: i) si hay un resultado positivo entre la diferencia de los costos antes mencionados, les corresponde a las empresas pagar esos montos al Estado (es una forma de reducir el monto que deben devolver al Estado como consecuencia de la ayuda ilegal), y; ii) si la diferencia es negativa, el Estado húngaro no pagará nada a las empresas y con ello evita la concesión de una ayuda estatal.

En la evaluación de la medida, la Comisión declara que la medida es una ayuda estatal, en cuanto: i) se trata de una ventaja selectiva, en la medida que solo favorece a tres empresas del sector de generación eléctrica; ii) es una medida imputable y financiada por el Estado, desde que el esquema previsto por el parlamento restringe los ingresos fiscales al conceder la ventaja y es directamente implementada por el Estado, y; iii) distorsiona la competencia y afecta el comercio entre Estados Miembros, especialmente porque Hungría se ubica en el centro de Europa y tiene

¹⁹⁶ Ver párrafo (8), página 2 del caso. Traducción libre de: “their investments are expected not to be recouped through the revenues generated by the operation of the power plants. The stranded costs correspond to the difference between the investments costs concerned and the operating profits generated by the power plants in the past and expected to be generated in the future until the expiry dates of the PPA (...)”

interconexiones con otros 6 Estados, lo cual claramente afectaría la generación liberalizada de precios de la electricidad.

Finalmente, se aprobó la medida notificada por Hungría, ya que se concluyó que se cernía a lo dispuesto en la Comunicación sobre costos de transición en el mercado eléctrico. Lo medular del razonamiento de la Comisión, es el reconocimiento que las operaciones en el mercado eléctrico para ser racionales siempre deben tener una aptitud comercial o de negocio, pues una resolución como la ilegalidad de las ayudas y su devolución no puede soslayar la existencia de un mercado y sus decisiones comerciales. “La Comisión nota que la inversión en cuestión es una inversión en plantas de energía. Éstas particularmente son inversiones de largo plazo, las cuales son muy sensibles a las tendencias del precio de la electricidad que es muy complejo de predecir, especialmente durante la transición a un mercado completamente liberalizado. Los costos de esta inversión no pueden ser recuperados en casos donde el precio de la electricidad es más bajo que los precios previstos al momento de construir las plantas de energía¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Ver párrafo (52), página 11, del caso. Traducción libre de: “The Commission notes that the investments in question are investments in power plants. These are particularly long-term investments, which are very sensitive to electricity price trends that are difficult to predict, in particular during the transition to a fully liberalized market. The costs of these investments cannot be recouped in cases where the electricity prices are lower than the prices provided when the power plants were built.”

8.5.2 PRINCIPIOS GENERALES

Las lecciones que, a nuestro juicio, podríamos extraer de estos casos europeos para ser consideradas en la elaboración del concepto de ayuda estatal en Chile, son las siguientes:

- Europa es pionero en temas medio ambientales y junto con ello ha ratificado diversos instrumentos que le exigen el cumplimiento de diversas metas. Las decisiones recién estudiadas dan cuenta que, en ciertas ocasiones, los logros ambientales son superiores a los económicos, por cuanto las metas son baremos que deben ser cumplidos por la comunidad. En este sentido, en Chile tenemos las obligaciones legales auto impuestas en las leyes 20.257 y 20.698 ¿Somos realmente conscientes de ello?¹⁹⁸

- La valoración que hacen los europeos respecto al mercado relevante se extiende al mercado común de la electricidad, considerando a la totalidad de los Estados Miembros. Hay que notar que tal razonamiento no es replicable en Chile, desde el momento que los cuatro sistemas eléctricos que hay en el país

¹⁹⁸ A modo de ejemplo, en España no fueron conscientes de ello y ahora están pagando las consecuencias. Ello lo explican en “que la generosa política de energías renovables, si bien ha sido un “éxito” en términos de reducción de emisiones (se han dejado de emitir muchos millones de toneladas de CO₂, cuyos efectos no se pueden valorar por el momento) ha tenido efectos muy perturbadores sobre la financiación y los costes del sistema. Tenemos un sistema eléctrico muy limpio, pero muy caro, cuyo coste nadie quiere pagar.” ARIÑO, Gaspar. Energía en Europa: problemas actuales. 2011. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, p. 50.

no tienen interconexión entre ellos, de modo tal que cada uno de ellos, por separado, representaría un mercado relevante distinto.

- La intervención del Estado en el mercado energético es aceptada cuando ella tiene como fundamento aspectos medio ambientales, de modo que ese bien jurídico es superior al de la libre competencia en los mercados. De este modo, la equiparación de costos de producción entre ERNC y energías no renovables por la vía de internalizar las externalidades negativas en los últimos, aun cuando produzca efectos anticompetitivos, es tolerada en un sistema que generalmente prohíbe las ayudas estatales. En este contexto y relacionado con lo ya expuesto en el Capítulo III, “dejando a un lado las razones ambientales que llevan a promocionar las renovables, las razones detrás de la necesidad de movilizar recursos estatales para promover el emprendimiento y escalada de la energía renovable se relacionan con la permanente carencia de una relación competitiva entre fuentes renovables y convencionales de energía. Las razones detrás de las actuales condiciones de mercado son múltiples e incluyen el histórico y alto nivel de subsidios a las energías convencionales (...) Contra esta situación general de intensificación del daño ambiental, la “falla de mercado” detrás del hecho que las renovables

no han despegado lo suficiente debe ser revertida por la intervención estatal en el mercado¹⁹⁹.

- Desde luego que la prohibición de las ayudas estatales no puede tener como correlato una desfiguración de la racionalidad económica, en el sentido que trastoque esencialmente las decisiones de inversión. En otros términos, la prohibición de ayuda no podría despojar de su aptitud comercial o de negocio a decisiones de inversión ya adoptadas, especialmente considerando las vicisitudes del mercado eléctrico.

8.6 RECAPITULACIÓN

El derecho de libre competencia en Europa, a diferencia de lo que ocurre en Chile, dentro de sus instituciones contempla a las ayudas estatales. Ellas, en términos simples, son las ventajas selectivas que concede el Estado a empresas ineficientes de un mercado determinado.

¹⁹⁹ FILIS, Andrew y LEAL-ARCAS, Rafael. Legal aspects of the promotion of renewable energy within the EU and in relation to the EU's obligations in the WTO. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 179/2014. p. 15. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380517 Traducción libre de: "Setting aside the environmental reasons that make the promotion of renewable pressing, the reasons behind the need to mobilize state resources to promote the take-up and scale-up of renewable energy relate to the persistent lack of a competitive relationship between renewable and conventional energy resources. The reasons behind the existing market conditions are manifold and include historic high-level subsidization of conventional energy resources (...) Against the backdrop of intensifying environmental degradation, the market 'failure' behind the fact that renewables have not sufficiently taken off has to somehow be addressed by State intervention into the market."

Los requisitos esenciales para encontrarnos ante una ayuda estatal son el que ella sea otorgada por el Estado o por medio de sus recursos, la concesión de una ventaja selectiva a un agente económico, la amenaza o distorsión de la competencia y la afectación del comercio entre los estados miembros.

La normativa particular sobre ayudas estatales para el mercado eléctrico da cuenta que la Comisión ha sido benevolente con el mercado eléctrico, pues en sus decisiones toma en cuenta las especificidades de éste, tales como sus inversiones de capital a largo plazo y la volatilidad de los precios.

En los casos particulares que la Comisión ha resuelto sobre fomento a las ERNC, es evidente que las *Guidelines* repercuten en que, pese a existir una ayuda estatal, el bien jurídico medio ambiente es preferente al de la competencia en los mercados.

De todo lo anterior, se puede extraer un marco teórico asociado al concepto de ayuda estatal, el que luego será utilizado para crear un mecanismo de regulación y control para que el fomento a las ERNC no repercuta en la competitividad del mercado eléctrico. De todas formas, se

requiere un estudio de lo resuelto en nuestro país y la adaptación del marco europeo al nacional.

9. CAPÍTULO IX: TRASPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA A CHILE

9.1 INTRODUCCIÓN

En el inicio del tratamiento de las materias sobre libre competencia, se tuvo la oportunidad de comentar que en nuestro país no existe un marco teórico para el concepto de ayuda estatal, motivo por el cual se debió recurrir a la normativa, jurisprudencia y doctrina europea, para sobre llevar ese vacío dogmático.

En razón de lo anterior, es que el presente capítulo tiene por objeto utilizar, en el análisis de la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excma. Corte Suprema, los conocimientos obtenidos desde el estudio del concepto de ayuda estatal en Europa.

Nuestros cuerpos normativos, tribunales y doctrina, aún no tienen interiorizada a la ayuda estatal como una práctica anticompetitiva, más bien son conscientes del hecho que las actuaciones de los órganos de la administración del Estado pueden tener efectos sobre la libre competencia, pero ese ilícito no lo conceptualizan bajo todos los elementos

que configuran una ayuda estatal. En otras palabras, al Estado se le sanciona por sus prácticas anticompetitivas, pero la figura bajo la cual se le sanciona no corresponde a la de una ayuda.

En consecuencia, el análisis de la jurisprudencia nos llevará a discernir qué elementos son los valorados por la judicatura de libre competencia respecto a los actos estatales y así, apreciar cómo esos juicios podrían incluir variantes propias de la ayuda estatal para alinear las ventajas que otorga el Estado con los objetivos de un mercado competitivo.

9.2 CASOS SEGUIDOS ANTE EL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC) Y LA EXCMA. CORTE SUPREMA (CS)

Previo a comenzar el análisis, es necesario decir que es jurisprudencia asentada que los órganos de la administración del Estado se encuentran sujetos a las normas de libre competencia. Tal aserto no es contemporáneo, sino que tiene raigambre de larga data, en tanto la H. Comisión Resolutiva, predecesora del H. TDLC, dijo que “el ejercicio por parte de la autoridad de facultades discrecionales encuentra un límite en las normas

legales que regulan la libre competencia²⁰⁰. En el mismo sentido, al revisar actuaciones de la autoridad declaró que “el legislador del Decreto Ley N° 211, de 1973, entrega a esta Comisión Resolutiva funciones específicas destinadas a la Defensa de la Libre Competencia en las actividades económicas y en esa virtud le asiste competencia suficiente para avocarse al conocimiento de esas materias y, por tanto, para analizar y calificar los motivos o fundamentos en que se han basado tales resoluciones²⁰¹.”

En concordancia con lo recién expuesto, el Tribunal de Competencia en una de sus primeras sentencias declaró “este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el D.L. N° 211, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal (...)”²⁰².

²⁰⁰ Resolución N° 173/1984 de la Comisión Resolutiva. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/jurisprudencia-en-libre-competencia/decisiones-comisiones-antimonopolio/>

²⁰¹ Resolución N° 37/1977 de la Comisión Resolutiva. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/jurisprudencia-en-libre-competencia/decisiones-comisiones-antimonopolio/>

²⁰² Sentencia N° 11/2004 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=745&GUID=> En el mismo sentido, ver Sentencias N° 121/2012, Considerando Quinto y Sentencia N° 138/2014, Considerando Séptimo.

A su vez, resultaría inconcebible exceptuar a los órganos del Estado de la sujeción a las normas de libre competencia, pues ello significaría que la Administración se encontraría facultada para irrogar daños al “bien jurídico de la libre competencia en los mercados monopólicos, concreción de la libertad para ejercer actividades económicas en armonía con las normas legales que las regulen –reconocida y tutelada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Política²⁰³-, cuestión que por lo visto no solo significaría una transgresión legal, sino también la violación de una de las garantías fundamentales prevista en la Constitución Política.

A mayor abundamiento, la misma técnica legislativa del artículo 3 del DL 211 permite investigar, juzgar y sancionar los actos del Estado, desde que “se agregó la consideración de que el artículo 3° del D.L. N° 211, que tipifica los ilícitos de libre competencia, se aplica a cualquier sujeto (“el que”) y a todo acto (“cualquier hecho, acto o convención”), lo que reafirmaría la sujeción de los órganos de la administración del Estado a sus normas²⁰⁴.

²⁰³ Sentencia Rol 1448-09-INA del Excmo. Tribunal Constitucional, Considerando 20°.

²⁰⁴ NEHME, Nicole. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado. 2011. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, p. 327-328.

De esta forma, queda aclarado que el Estado puede ser legitimado pasivo de la acción y con ello sus conductas pueden ser objeto de juzgamiento por parte del H. TDLC, tal cual sucedería con un agente económico del sector privado.

El análisis de los casos que se enumeran a continuación, se efectuará estudiando los considerandos pertinentes a efectos de delinear los criterios que el Tribunal fija para apreciar las conductas anticompetitivas del Estado.

9.2.1 CAUSA C-179-08 DEMANDA DE NETLAND CHILE CONTRA MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES

Esa causa, tramitada bajo el Rol N° C-179-08, se inicia con las demandas de Netland Chile S.A. y Marcom Ltda. en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), la cual concluyó su tramitación ante el H. TDLC con la sentencia N° 105/2010 y posteriormente se definió en la resolución del recurso de reclamación interpuesto para ante la Excm. Corte Suprema (vale decir que en ambas sedes se desestimaron las demandas).

Las acusaciones se basaban en que el MTT a través del concurso “Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación”, asignó un subsidio para el desarrollo de servicios de acceso a internet en áreas rurales financiado por el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. A juicio de las demandantes, las bases de la licitación impedían el libre acceso a prestadores locales de internet, generaban barreras de entrada para potenciales competidores y creaban riesgos de conductas predatorias, atendido que el subsidio solamente se entregó a un solo prestador de servicios.

Tanto el Tribunal como la Corte, pese a encontrar la existencia de elementos anticompetitivos en la bases, desechan las peticiones de las demandantes basados en criterios de políticas públicas que limitan los alcances de la libre competencia en el diseño de las mismas.

El Tribunal de Competencia en sus considerandos Quincuagésimo en adelante realiza un análisis de costo beneficio del subsidio, arribando a la ilicitud del mismo, sin perjuicio de lo cual la medida no fue sancionada. En tal entendido, “el diseño de la licitación podría haber sido realizado de forma tal que restringiera en menor medida la participación de oferentes de cualquier tamaño, pudiendo eventualmente existir fórmulas alternativas que favoreciesen una mayor participación de proponentes

idóneos, ampliando las oportunidades para competir, en este caso, “por la cancha”. Sin embargo, no existen antecedentes en autos que permitan dar por acreditado que las restricciones contenidas en las bases eran injustificadas, atendido el objetivo perseguido por la autoridad con el Concurso y la restricción presupuestaria existente²⁰⁵.

Un punto extremadamente importante es que el H. TDLC identifica el daño que un subsidio mal enfocado puede generar, reconociendo que una medida como esa puede cercenar la competencia por el mercado. El considerando 91° nos brinda luz en este aspecto al decir que “cuando se aplica o se anuncia este tipo de subsidios, no sólo se puede crear una barrera efectiva a la entrada de nuevos competidores, sino que se puede terminar excluyendo del mercado a los incumbentes, creando artificialmente poder de mercado para el subsidiado. Este poder de mercado, si bien no afecta el precio del servicio mínimo –que se encuentra regulado por la licitación–, puede afectar el precio de servicios diferentes al regulado, provistos por el ganador de la misma, y que no estarían sujetos a la regulación tarifaria de la licitación. Adicionalmente, conlleva el riesgo de permitir la mantención de empresas ineficientes o impedir la entrada de otras más eficientes al mercado, lo que en el mediano y largo plazo terminaría

²⁰⁵ Sentencia N° 105/2010 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando 64°, p. 34. Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_105_2010.pdf

perjudicando a los consumidores²⁰⁶. Por tanto, no es trivial la concesión de subsidios aun cuando ellos se encuentren supeditados a la adjudicación de una licitación pública, por cuanto el subsidio mal enfocado es capaz de otorgar un poder a la empresa beneficiaria que distiende la competencia y con ello la innovación y mejoramiento de los productos para los consumidores.

Otro alcance trascendental de este fallo es el reconocimiento del carácter selectivo de la medida, lo cual, no solo es una transgresión hacia la libre competencia sino que también toma ribetes de inconstitucionalidad. Pues bien, “este tipo de subsidios pueden constituir discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia, en el trato que el Estado brinda en materia económica. Así, en el caso analizado en este proceso, la LGT [Ley General de Telecomunicaciones] establece beneficios directos para determinados agentes económicos que actúan en mercados específicos y que, por lo tanto, no están establecidos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, como prescribe el artículo 19 N° 22 de nuestra Carta Fundamental²⁰⁷ (...). De este modo, nuestros tribunales han precisado que un subsidio otorgado por el Estado, lo cual también podría ser replicable para otras medidas de índole económico, no puede ser selectivo en cuanto a su destinatario, ni material ni jurídicamente, pues ello es un mandato del

²⁰⁶ *Ibíd.* Considerando 91°, p. 41.

²⁰⁷ *Ibíd.* Considerando 101°, p. 43.

constituyente que impide la concesión de ventajas a particulares en desmedro de los legítimos competidores que éste pueda tener en un mercado específico.

Por último, la Excma. Corte Suprema estableciendo algo así como una doctrina de excepciones y limitaciones a la prohibición de ayudas estatales, delimita el alcance de la libre competencia ya que existen ciertos criterios de diseño de políticas públicas que no pueden ser deformados por parámetros de eficiencia, tal como el acceso a internet y comunicaciones para lugares rurales y personas de escasos recursos. Desde esta perspectiva “el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos de un servicio básico de tecnología de información y comunicación, ampliando progresivamente su cobertura (...) Vale decir, no sólo debe preocuparse cuando no hay oferta, sino también cuando la que existe no es suficiente y no se presta en condiciones de eficiencia, todo lo cual da soporte a un régimen subsidiado estableciendo un precio máximo que es similar al que rige en el resto del país, dirigido a sectores de la población ubicados en sectores rurales y de bajos ingresos²⁰⁸.

²⁰⁸ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 15 de julio de 2011, recaída en los autos Rol N° 9265-2010, Considerando 15° (sobre el fallo del recurso de reclamación interpuesto en los autos C-179-08 del TDLC).

Las formulaciones vitales de estas resoluciones en relación al diseño de un concepto de ayuda estatal en Chile, se asocian con los siguientes temas: i) necesidad de valorar la medida bajo un análisis de costo-beneficio o de proporcionalidad; ii) reconocimiento de que un subsidio mal enfocado puede causar daño a la competencia en el mercado; iii) el hecho que una medida estatal no puede desplegarse selectivamente porque ello crea condiciones artificiales perniciosas, y; iv) las políticas públicas no pueden ser desfiguradas por la libre competencia, hay ciertos deberes y garantías constitucionales y legales que lo impiden.

9.2.2 CAUSA ROL C-219-11 DEMANDA DE NAVIERA VALDIVIA CONTRA MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

Este caso, tramitado bajo el Rol N° C-219-11, nace de una demanda de Naviera Valdivia Limitada, Comercial Selva EIRL y Ricardo da Bove Fierro, en contra del Fisco de Chile y la Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada, la cual fue dirimida por la Sentencia N° 121/2012.

La acusación versa, por un lado, en que el Fisco diseñó una licitación que facultó al concesionario (Somarco) a cobrar una tarifa exclusiva de competidores y, por otro lado, en que Somarco, en su calidad de

concesionario, efectivamente cobró una tarifa que produce los efectos exclusorios alegados, pudiendo haber establecido una que no excluye o tendiera a excluir.

La sentencia estableció que en el caso concreto la licitación confeccionada por el Fisco entregaba herramientas a Somarco para excluir competidores en el mercado de transporte marítimo-fluvial entre las localidades de Niebla y Corral, por cuanto se licitó el servicio de transporte como la administración y mantenimiento de la infraestructura portuaria de forma verticalmente integrada. Además, el concesionario se encontraba habilitado para cobrar una tarifa que tenía como efecto o tendía a expulsarlos del mercado de transporte.

En sus considerandos Trigésimo y Trigésimo tercero, el fallo da cuenta de la ventaja que el Estado otorga a Somarco, de modo tal que lo beneficia por sobre el resto de sus competidores en el mercado relevante. Ello se demuestra en que “la Licitación provocó una integración vertical, porque entregó el control de rampas de hormigón al concesionario encargado también de proveer servicios de transporte de vehículos de pasajeros y carga entre Niebla y Corral. Como resultado, a partir de la entrada en operación de la concesión, Somarco, integrado verticalmente con la única infraestructura portuaria relevante, compite con los demandantes

en el mercado aguas debajo de provisión de transporte de vehículos de pasajeros y de carga²⁰⁹. Una de las características de las licitaciones es que son el “mecanismo para fomentar la competencia por el mercado o competencia ex-ante, particularmente en situaciones tales como las concesiones de infraestructura, donde la competencia en el mercado –una vez adjudicado el contrato- va a quedar bastante reducida, o incluso puede llegar a ser inexistente²¹⁰. En consideración a las características de esta licitación que, entregaba una infraestructura que era insumo esencial en el mercado y el derecho a cobrar una tarifa, es indudable que concurre una ayuda estatal, desde el momento que tal integración vertical concede una ventaja a una de las empresas por sobre las demás incumbentes y, a ello, se debe sumar el hecho de que la ventaja selectiva distorsiona la competencia por cuanto le permite a la empresa beneficiada abusar de su posición al haber sido eliminada la competencia con la adjudicación de la licitación.

Por otra parte, el H. TDLC agrega, en su considerando Trigésimo noveno y Cuadragésimo, que el despliegue de una política estatal debe producir el menor menoscabo a la libre competencia, es decir, es necesario realizar un análisis de costo beneficio de la medida a

²⁰⁹ Sentencia 121/2012 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando 30º, p. 29. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=3110&GUID=>

²¹⁰ IRARRÁZABAL, Felipe y ARAYA, Fernando. Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional. 2011. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, p. 166.

implementar. Así, “el objetivo de política pública esgrimido no es susceptible, en sí mismo, de control por parte de este Tribunal, sí constituye materia relevante en esta sede si el procedimiento seguido para alcanzarlo pudo haber causado efectos anticompetitivos. Lo anterior, por cuanto este Tribunal considera que pueden existir otras formas de conseguir los mismos objetivos de política pública produciendo menores distorsiones para la libre competencia²¹¹ (...). De este modo, se concibe un control de proporcionalidad de las medidas adoptadas, cuestión que escapa a lo previsto en Europa en la medida que en ese lugar el análisis de una ayuda estatal se inicia desde una prohibición general pasando por medidas compatibles y excepciones legales o previstas ex-ante por los organismos respectivos.

De este modo, esta sentencia nos entrega dos criterios relevantes en orden al desarrollo de un concepto de ayuda estatal en Chile: i) La concesión de facultades por parte del Estado a una empresa selectivamente es algo contrario a la libre competencia porque la limita o derechamente la elimina, y; ii) El debido examen de proporcionalidad entre el medio (restrictivo de la competencia) y el fin perseguido (política pública a satisfacer).

²¹¹ Sentencia 121/2012 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Op. Cit. Considerando 39°.

9.2.3 CAUSA C-256-13 DEMANDA DE RAMÍREZ Y COMPAÑÍA LIMITADA CONTRA MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES

Este caso, tramitado bajo el Rol N° C-256-13, nace de una demanda de Ramírez y Compañía Limitada y Guly Sociedad Anónima, en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), la cual fue dirimida por la Sentencia N° 138/2014.

La acusación versa en que el MTT diseñó una licitación para las plantas de revisión técnica de vehículos que creó barreras de entrada y riesgos de colusión, además de discriminar a incumbentes de origen extranjero.

La sentencia desechó ambas demandas, pues no se logró probar la creación de las barreras de entrada y los riesgos de colusión y, en lo relativo a la discriminación por nacionalidad, la desestimación vino dada porque la necesidad de constituir una sociedad en Chile es una medida adecuada para velar por el desempeño de las funciones públicas del demandado. Cabe decir que Guly fue condenada en costas por haber sido totalmente vencida.

Un asunto importante dilucidado en esta sentencia es el de los actos que puede revisar el Tribunal de Competencia respecto de licitaciones públicas²¹², ámbito que quedó determinado en que “cuando las bases de una licitación se ajustan a lo dispuesto en el D.L. N° 211, la competencia de este Tribunal para pronunciarse respecto de actos de autoridad que transcurran con posterioridad a su aprobación, cesa luego de completada la tramitación del acto administrativo aprobatorio (...) a diferencia de los casos anteriores, las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello²¹³. En concordancia con ello, el H. TDLC podría entrar a revisar las actuaciones de los órganos durante el diseño de las licitaciones, pues la confección de una licitación puede permitir no solo crear riesgos anticompetitivos, sino también habilitar la concreción de los mismos una vez adjudicada.

²¹² Valga decir que la mayoría de los casos en que el Estado ha sido demandado o requerido ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dicen relación con licitaciones públicas y cómo éstas afectan la libre competencia. Por eso es relevante la determinación de los ámbitos de competencia, pues una posible argumentación para evadir el control competitivo dice relación con la competencia del H. Tribunal de la Contratación Pública o la Contraloría General de la República, en cuanto dichos órganos son los encargados de juzgar si los actos se apegan a las bases de licitación respectiva.

²¹³ Sentencia 138/2014 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerandos Duodécimo y Décimo tercero, p. 21.

Otro tópico interesante es que el Tribunal deslinda cuáles son las limitaciones que el Derecho de Libre Competencia le impone a las actuaciones del Estado, comenzando por señalar un principio general para luego indicar ejemplos. En esa sintonía, el “Tribunal entiende que lo exigido es simplemente la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, en el entendido que esta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables (...) se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases²¹⁴. Esto resulta trascendental, pues de una interpretación holística de los ejemplos antes expuestos, aunque no sea expresamente dicho, el H. TDLC condena que el Estado a través de sus actos genere un beneficio (ventaja) competitivo para la empresa que finalmente resulta adjudicataria de la licitación; o, en otras palabras, el Estado tiene un amplio espectro de elección de medidas, pero la que estime conveniente no puede afectar la competencia o de hacerlo debe ser en un rango proporcionado. Entonces, no es permisible la concesión de privilegios que no se darían sin la intervención estatal, pues tal

²¹⁴ Sentencia 138/2014 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Op. Cit. Considerandos 16° y 17°.

circunstancia falsea el pleno desenvolvimiento del mercado y sus agentes al crear condiciones artificiales de competencia.

Por último, el Tribunal zanja una problemática recurrente entre la libre competencia y el principio de legalidad. En conformidad a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, los órganos de la administración del Estado deben sujetarse en sus acciones a lo dispuesto en la ley, so pena de extralimitar su esfera de competencia y con ello incurrir en una nulidad de derecho público. Así las cosas, no es posible exigir al Estado y sus organismos decisiones pro competitivas si ello transgrede la legalidad vigente, pues se ha resuelto “de seguirse la tesis de la demandante, el MTT debiera contemplar la posibilidad de no optar por el criterio de menor precio en algunas ocasiones, infringiendo con ello el principio de legalidad que rige sus actuaciones. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que está vedado a los organismos públicos desatender dicho principio aún a pretexto de proteger la libre competencia²¹⁵ (...).

De esta forma, a la libre competencia le resultan irrelevantes los actos estatales que se ciñan directamente a lo ordenado por la

²¹⁵ Ibíd. Considerando 43°, p. 30.

ley²¹⁶, por el contrario, cuando existe discrecionalidad administrativa se pueden entrar a juzgar las conductas si ellas generan efectos anticompetitivos.

De este modo, la *ratio legis* de este caso nos entrega tres puntos relevantes a la hora de configurar un concepto de ayuda estatal: i) Fijación de la competencia del H. TDLC en licitaciones (actos y contrato administrativo particular); ii) Los límites que el derecho de libre competencia le impone a los actos administrativos, y; iii) La primacía del principio de legalidad por sobre la libre competencia en la ejecución de un acto administrativo.

9.2.4 CAUSA C-148-07 REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA LA JUNTA AERONÁUTICA CIVIL Y CAUSA C-242-12 DEMANDA DE SONDA CONTRA SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN

²¹⁶ La vía idónea para impugnar actos de la Administración son los recursos de reposición y jerárquico contemplados en la Ley N° 19.880, o bien el posterior reclamo de ilegalidad ante la ltma. Corte de Apelaciones competente. Por otra parte, también es posible seguir la vía administrativa ante la Contraloría General de la República, especialmente cuando un organismo no se ajusta a las bases de licitación. Para los casos de infracción de garantías constitucionales, el legislador ha contemplado algunas vías recursivas: i) El recurso (acción) de amparo económico para perseguir conductas atentatorias del Art. 19 N° 21 de la Constitución; ii) El recurso (acción) de protección para invalidar acciones u omisiones, ilegales o arbitrarias, indicadas en el Art. 20 de la Constitución, y; iii) Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Excmo. Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 6 de la Constitución), cuando un precepto legal del ordenamiento jurídico, aplicado al caso concreto, produce un efecto de inconstitucionalidad y por ello el juez de fondo debiese verse inhabilitado de aplicarlo.

La unión de estos dos casos no es caprichosa, sino que obedece a que la conjunción de ambos demuestra el avance jurisprudencial que la Corte Suprema ha dado en la aplicación del principio de legalidad como límite a la libre competencia.

Ambas causas dicen relación con licitaciones públicas. La diferencia se enmarca en que en el caso de la FNE contra la Junta Aeronáutica Civil (JAC), esta última se veía obligada a aplicar un criterio de mejor oferta económica (para adjudicar la licitación) por mandato legal, mientras que en el caso de Sonda contra el Registro Civil este último solamente se veía obligado por las bases de licitación.

El avance jurisprudencial es palpable en cuanto en el caso de la JAC la Excma. Corte se contentó con declarar que el principio de legalidad se veía satisfecho cuando la autoridad estatal se encontraba compelida a actuar por mandato de ley, pero dando un paso más allá, el Supremo Tribunal extiende el rango legal del precepto y en el caso del Registro Civil tan solo exige la subordinación a las bases de una licitación. Conforme a lo anterior, el bloque de legalidad ya no solo queda comprendido por normas legales y supra legales, pues también contiene preceptos infra legales, como las bases de licitación que vendrían a formar parte de un contrato administrativo.

En lo pertinente, en el caso de la JAC, la Excma. Corte dijo que “resulta de meridiana claridad que al elaborar las bases para el proceso de licitación de las frecuencias aéreas restringidas materia de esta causa la Junta de Aeronáutica Civil no hizo más que dar fiel cumplimiento a la legislación vigente que resulta aplicable en la especie. Es el Decreto Supremo N° 102, por remisión del Decreto Ley 2564, el que establece que las frecuencias deben ser asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor cantidad de dinero por cada una de ellas, encontrándose obligada la Junta a elaborar las bases de licitación en concordancia con tales condiciones, según expresamente lo dispone el inciso segundo del artículo 3 de la Ley de Aviación²¹⁷. Para el órgano de la administración del Estado es ineludible su obligación de cumplir con el mandato legal, en tanto para los sentenciadores es imperativo fallar conforme a las normas vigentes en el ordenamiento jurídico, motivo por el cual no pueden dejar de desatender la normativa sectorial para decidir una controversia conforme al DL N° 211.

Por otra parte, en el caso del Registro Civil, la Excma. Corte además de declarar incompetente al H. TDLC para conocer de ciertos asuntos sobre licitaciones, fue enfática en expresar “la facultad de que se trata en autos, vale decir, aquella relativa a la selección del proponente que

²¹⁷ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 15 de junio de 2009, recaída en los autos Rol N° 1855-2009, Considerando 7° (sobre el fallo del recurso de reclamación interpuesto en los autos C-148-07 del TDLC).

ha de adjudicarse la licitación, corresponde a una reglada y cuyo ejercicio se encuentra extensamente normado en las Bases Administrativas y Técnicas del concurso en referencia. En ese entendido resulta necesario consignar que no se advierte de qué manera el desarrollo de facultades como las descritas podría afectar la libre competencia en los mercados. En efecto, una vez aprobadas las Bases de la Licitación el órgano público se encuentra obligado a respetar su contenido, de manera que su proceder, en tanto se ciña a las mismas, no podrá ser sino calificado de apegado al ordenamiento jurídico y en ese contexto no se le podrá imputar que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos (...) ²¹⁸.

En conclusión, el principio de legalidad se erige como una excepción infranqueable ante la normativa de libre competencia, en el entendido que la Administración no puede verse obligada, en aras de la libre competencia, a generar actos administrativos que adolezcan de vicios de nulidad por violar derechamente la Constitución, leyes o normas infra legales. Entonces, la libre competencia como bien jurídico es valorable, pero no puede proyectarse por sobre la legalidad de las decisiones administrativas.

²¹⁸ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 6 de agosto de 2014, recaída en los autos Rol N° 13.972-2013, Considerando 19° (sobre el fallo del recurso de reclamación interpuesto en los autos C-242-12 del H. TDLC).

9.3 PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES

A modo de síntesis, los fallos de las judicaturas encargadas de velar por la libre competencia en Chile, nos entregan los siguientes principios jurisprudenciales en orden a la creación de un concepto de ayuda estatal:

- La entrega de ventajas a partir de una licitación se encuentra prohibida, pues de la licitación misma la competencia por el mercado se verá restringida o anulada completamente (Causa C-219-11 del H. TDLC);
- El Examen de proporcionalidad de la medida es requerido, ya que es admisible una transgresión de la libre competencia cuando ello es congruente y necesario en atención al fin que se busca conseguir con la política pública (Causas C-179-08 y C-219-11 del H. TDLC);
- La competencia le impone límites mínimos a los actos del Estado (no se puede cercenar definitivamente la libre competencia), mientras que el principio de legalidad prima por sobre los criterios competitivos en todo caso (Causas C-179-08 y C-256-13 del H. TDLC);

- Los subsidios mal enfocados son dañinos para la competencia, cuestión que es replicable respecto de todas las otras decisiones que la Administración pueda adoptar para intervenir en el mercado (Causa C-179-08 del H. TDLC), y;

- El carácter no selectivo de las medidas estatales viene dado por mandato de la Constitución Política, de modo que los magistrados se encuentran obligados a prohibir beneficios particulares a agentes específicos (Causa C-179-08 del H. TDLC).

10. CAPÍTULO X: PROPUESTA DE LEGE FERENDA, SOBRE LA CREACIÓN DE UNA REGULACIÓN PARA EL CONTROL DE LAS AYUDAS ESTATALES EN CHILE

Desde el inicio de este trabajo que se viene propugnando por el incentivo de las energías renovables no convencionales, luego se dio revista al método más adecuado para su financiamiento estableciendo que la intervención estatal era necesaria para tomarse en serio el desafío. Con todo, hasta ese momento, no se había reparado en las consecuencias que la intervención estatal podría producir, especialmente porque en Chile no hay normativa general sobre ayudas estatales.

Lo anterior es de suma importancia, ya que la intervención en el mercado eléctrico significaría un giro de política pública, en tanto la idea matriz de esa legislación desde los años 80 hasta la actualidad ha sido la liberalización del mercado. Además, se trata de uno de los pilares de la productividad nacional, motivo por el cual la introducción de ayudas estatales debe ir precedida de, al menos, una reflexión entorno a la generación de competencia artificial que ello podría provocar.

Un asunto a responder es el siguiente ¿La creación de una normativa sobre ayudas estatales debe efectuarse en el DL N° 211, en

la LGSE o en una ley general que trate el tema? Conforme ya fue tratado, la normativa de libre competencia nacional consagra un tipo monopólico universal que logra captar una inmensidad de conductas que tiendan a afectar la competencia, dentro de las cuales están los actos del Estado, por lo que a través del procedimiento del DL 211 es posible perseguir una ayuda estatal, aunque con matices respecto a como se da en Europa. Por otro lado, la LGSE en varias ocasiones otorga competencia al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para regular ciertas situaciones (precios), pero sería inoficioso consagrar un artículo específico sobre ayudas estatales si en el artículo 3° del DL 211 ya hay un tipo general que permite conocer, juzgar y sancionar actos estatales que puedan desplegar ventajas selectivas.

Lo que se recomienda es la consagración de un cuerpo general e independiente, más bien una llamada Ley Marco para el control de las ayudas estatales en el mercado eléctrico nacional, ello por cuanto una disgregación normativa en leyes sectoriales, como ocurre en otras áreas del derecho, solo contribuye al desconocimiento del precepto y el alejamiento del mismo del quehacer jurídico; cuestión que no es baladí, en cuanto los agentes económicos que se desenvuelven en los mercados buscan certeza y ello solo es posible con normas claras, de fácil acceso y comprensión.

En razón de lo anterior, es que este capítulo tiene por objeto el diseño de una normativa sucinta que recoja los aspectos esenciales de las ayudas estatales, dando fundamento a cada uno de los preceptos que se presentarán.

Precepto legal propuesto	Justificación normativa
<p><i>Artículo 1.- <u>Concepto de ayuda estatal</u></i></p> <p><i>Las ayudas estatales son todo tipo de auxilio otorgado por el Estado o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, los que al ser concedidos favorecen a determinados agentes económicos, sectores o actividades.</i></p> <p><i>El auxilio otorgado debe ser</i></p>	<p>Nos parece que la normativa debiese partir por la definición de lo que se entiende por ayuda estatal, en la medida que dicho concepto no recibe definición alguna en nuestro ordenamiento, menos aún en normativa energética o de libre competencia. Con todo, se sugiere una definición amplia como la expuesta, ya que la experiencia europea y también la chilena han demostrado que conceptos rígidos son insuficientes para abocarse a temas de libre competencia²¹⁹.</p>

²¹⁹ En este sentido, ha sido reconocido por la legislación y diversas judicaturas que la libre competencia es una materia eminentemente técnica y sujeta a constantes cambios, motivo por el cual las figuras rígidas no son concebibles en esta área del derecho. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno en reciente jurisprudencia y revisando el sistema de libre competencia nacional (citando también jurisprudencia europea), ha dicho: "Vale decir, la pluralidad y complejidad de industrias o mercados comprometidos, tanto como la multiplicidad de variables que pueden afectar la libre competencia en un caso determinado, hacen difícil, incluso a veces contraproducente, establecer por anticipado —en una ley— la gravedad de las

<p><i>imputable al Estado, entendiéndolo por ello que ha de haber participado decisivamente en su concesión. La ventaja concedida debe ser tal que ella, en las condiciones normales del mercado bajo revisión, no habría sido otorgada.</i></p>	<p>A su vez, la expresión contenida en el TFUE “empresas o producciones” fue modificada por la de “agentes económicos, sectores o actividades”.</p> <p>Esto dice relación, en primer lugar, con la debida coherencia que debe existir entre los preceptos jurídicos que regulan el quehacer económico en nuestro país. Por lo mismo, la inclusión de las palabras “sectores o actividades” viene dada por una remisión al texto constitucional, en específico, la norma que impide las discriminaciones arbitrarias en materias económicas²²⁰.</p>
--	---

infracciones a este interés jurídico altamente tutelado (Considerando 6°) ... Atendida la diversidad de situaciones y contingencias donde ese bien jurídico debe ser tutelado, es atendible que el legislador haya remitido la concreción de tales facetas a la jurisprudencia de un tribunal (Considerando 14°). Sentencia 2658-2014-INA, de fecha 9 de octubre de 2014, del Excmo. Tribunal Constitucional. En abono de esta posición, también se puede consultar el Informe en Derecho titulado “El injusto monopolio y la graduación de las sanciones. Legislación chilena y comparada”, del abogado Ricardo Jungmann, de agosto del año 2014.

²²⁰ A estos efectos, la norma en referencia es el artículo 19 N° 22 de la Constitución Política de la República que prohíbe la discriminación arbitraria en materia económica: “22°.- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;”

	<p>Por otra parte, la reformulación hacia “agentes económicos” es necesaria para comprender un cúmulo variopinto de sujetos que pueden recibir ayuda estatales. Nos parece que no basta la tradicional referencia a personas naturales y jurídicas, debido a que en materias económicas existen cosas que pueden ser objeto de auxilio estatal (por ejemplo, fondos de inversiones)²²¹, y que de no ser por esta nueva formulación, escaparían al control de competitividad.</p> <p>El artículo propuesto solo busca la definición del concepto de ayuda estatal, por lo tanto en él se contienen los requisitos para encontrarnos ante este tipo de ayuda. Desde esta perspectiva, a</p>
--	--

²²¹ Ese argumento sobre la omnicomprensión de los sujetos pasivos se encuentra zanjado en el DL 211, pues en su artículo 3° explicita que “*El que ejecute o celebre*”, lo cual ha sido entendido como una fórmula lo suficientemente amplia para subsumir a cualquier persona, natural o jurídica. Ese mismo efecto se quiere lograr con la alusión a los “*agentes económicos, sectores o actividades*”, pues ello permite incluir no solo personas, sino también bienes que reciben o potencialmente pueden recibir ayudas estatales.

	<p>diferencia de lo ocurrido en Europa, no hay un prejuzgamiento inicial de la ayuda estatal, es decir, en nuestra propuesta no hay una prohibición general de las ayudas estatales que vaya seguida por un catálogo de excepciones y compatibilidades con el régimen.</p>
<p><i>Artículo 2.- <u>Conducta anticompetitiva</u></i></p> <p><i>La ayuda estatal que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será eliminada, modificada o aceptada, sin perjuicio de las acciones que pueda entablar el Estado para obtener el reintegro de los fondos concedidos.</i></p>	<p>La utilización de los vocablos “impida, restrinja o entorpezca” viene dada por dar coherencia a la normativa sobre ayudas estatales con el Decreto Ley N° 211, en particular, su artículo 3° que contempla el injusto antimonopólico. De esa forma, la redacción europea que habla de “falseamiento de la competencia” es modificada.</p> <p>A lo anterior, debemos agregar que respecto al Art. 107 del TFUE, se mantiene la figura del riesgo bajo la nomenclatura</p>

	<p>nacional del “tienda a”.</p> <p>Al igual que como sucede con la descripción de las conductas anticompetitivas en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, ninguno es exhaustivo. Lo mismo se pretende hacer con la definición del tipo en este caso, por cuanto la configuración se centra en los efectos que la ayuda provoca más que en la descripción detallada de sus elementos²²².</p> <p>Ello no puede ser de otra forma, desde que la anticompetitividad de una ayuda estatal o, la razón por la cual recibe regulación, es el hecho de conceder ventajas a un agente</p>
--	--

²²² En este sentido, hay un problema ontológico sobre la naturaleza del derecho de libre competencia y, con ello, de las ayudas estatales. En Chile está claro que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce jurisdicción y funciona como un tribunal ordinario al resolver controversias conforme al procedimiento contencioso previsto en el Art. 18 N° 1 del DL 211, pero cosa distinta son sus otras facultades que escapan al ejercicio de la jurisdicción y se refieren netamente a actuaciones de regulación pública (Véanse sentencias 1448, 2361 y 2658 del Excmo. Tribunal Constitucional chileno), las cuales estarían enmarcadas dentro del derecho administrativo sancionador.

	<p>que ha demostrado ser ineficiente en el mercado²²³. Como se podrá notar, configurar un tipo a partir de una descripción como la anterior no es posible.</p> <p>En atención a ello, es conveniente dotar de contenido a dicha conducta por medio de la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o la actividad de promoción que la Fiscalía Nacional Económica pueda hacer de la misma²²⁴.</p> <p>Asimismo, se otorga al Estado una acción para perseguir la restitución de aquellas ayudas que hayan sido consideradas ilícitas.</p>
--	--

²²³ Así ha sido definida la conducta anticompetitiva que se encubre en una ayuda estatal: “El asunto es que si, a consecuencia de la ayuda, el beneficiario de la misma puede expandir su posición competitiva respecto de sus competidores aun cuando ellos son igual o más eficientes.” (traducción libre de: “the concern is rather that, as a result of the aid, the beneficiary may be able to expand its position relative to his competitors even if his competitors are equally or more efficient”). AHLBORN, Christian y BERG, Claudia. Can state aid control learn from antitrust? The need for a greater role for competition analysis under the state aid rules. 2004. En: BIONDI, Andrea, EECKHOUT, Piet y FLYNN, James. The Law of State Aid in the European Union. Reino Unido, Oxford University Press, 2004, 389p.

²²⁴ En Chile no ha habido problemas constitucionales con aceptar tipos más genéricos de lo habitual, en tanto se entiende que el legislador ha optado por utilizar esa técnica legislativa debido a las características propias de la conducta que busca tipificar. En específico, el Art. 3 del DL 211 que, como ya se dijera, es bastante amplio en sus términos, superó la prueba de tipicidad ante el Excmo. Tribunal Constitucional en su sentencia 2658-14-INA, habiendo sido ya largamente ratificado por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema.

	<p>A diferencia de la configuración europea que inicia con una prohibición general, somos de la idea de que el control de las ayudas estatales viene concebido como un límite al actuar del Estado, de modo que las medidas deben analizarse tomando en consideración como la intervención estatal, en términos competitivos, afecta el mercado particular bajo revisión. Tal como se señaló al revisar la jurisprudencia del H. TDLC, se entiende que una ventaja concedida por el Estado puede ser negativa pero ello no siempre es así por la existencia de otros fines concurrentes y preponderantes, de modo que la ayuda estatal, en el caso chileno, no puede ser ilícita per se.</p>
<p><i>Artículo 3.- <u>Control de efectos</u></i> <i>El control de los efectos</i></p>	<p>Este artículo viene a zanjar nuestra posición respecto a como deben ser</p>

<p><i>anticompetitivos que se produzcan o puedan producirse como consecuencia de la concesión de una ayuda estatal es obligatorio, siendo primordial el análisis económico-competitivo por sobre el de selectividad.</i></p>	<p>abordados el impedimento, restricción o entorpecimiento a la libre competencia que una ayuda estatal provoca o tiende a provocar. En particular, el efecto primordial de una ayuda estatal, la concesión de una ventaja a un agente que tiene como contrapartida la creación de competencia artificial para los competidores.</p> <p>En primer lugar, entendemos que su estudio es obligatorio para quien revisa la medida estatal, y no puede solamente limitarse a encontrar las fallas de mercado que sustentan el otorgamiento del beneficio, sino que realmente debe estudiar el impacto de la ayuda en el mercado en que ella incidirá.</p> <p>En tal análisis los elementos de competencia son los relevantes, como criterios de eficiencia, análisis del costo-beneficio de la medida, su debida proporcionalidad respecto al fin buscado, el</p>
--	--

	<p>mayor o menor tamaño del mercado relevante en cuestión, entre otras.</p>
<p><i>Artículo 4.- <u>Excepciones al control</u></i></p> <p><i>Una resolución de la Fiscalía Nacional Económica establecerá un principio de <u>mínimis</u> que defina los casos que, por tener una aptitud mínima para lesionar o tender a lesionar la libre competencia en los mercados, no serán objeto de su control.</i></p> <p><i>El respeto al principio de legalidad, en tanto la concesión y ejecución de la ayuda se consagre en una ley, implica que ella siempre quedara exenta de</i></p>	<p>Criterios de eficiencia en la resolución de los casos impone la obligación de excluir del proceso de revisión a conductas que no posean la aptitud para generar efectos nocivos en el sistema o mercados²²⁵, pues ello permite reducir los costos administrativos.</p> <p>Cuando el legislador es quien construye la ayuda estatal por medio de una ley, la Administración se encuentra obligada a ejecutar el mandato legal (Arts. 6 y 7 de la Constitución Política), mientras que los jueces no pueden desconocer la ley para resolver una controversia.</p>

²²⁵ Sobre este punto se pueden consultar textos sobre análisis económico del derecho procesal. Así, "Derecho y Economía" de los autores Robert Cooter y Thomas Ulen; "Análisis Económico de Derecho", de Richard Posner; "Justice and Fairness" de los autores Kaplow y Shavell.

<p><i>control.</i></p>	<p>En razón de lo anterior, es que consideramos erigir al principio de legalidad, explícitamente, como una excepción al control. Además, ello es concordante con la jurisprudencia europea y chilena, incluso con la estadounidense²²⁶.</p>
<p><i>Artículo 5.- <u>Órganos competentes</u></i></p> <p><i>La Fiscalía Nacional Económica es el órgano encargado de aprobar, modificar o desechar las ayudas estatales que sean objeto de consulta obligatoria por parte de la Administración del Estado.</i></p> <p><i>Para estos efectos, la misma</i></p>	<p>La idea que la Fiscalía sea la encargada de revisar el otorgamiento de ayudas estatales va en sintonía con lo dispuesto en Europa, donde las normas de competencia pueden ser armonizadas con otras leyes sectoriales a través de órganos técnicos y especializados.</p> <p>De este modo, el proceso de las ayudas estatales en Chile se prevé que sea regido conforme a normas no contenciosas y así</p>

²²⁶ Ello se ha dejado ver en la más reciente jurisprudencia sobre el tema, a partir del caso *Phoebe Putney*, donde la doctrina del *The State Action* fue sostenida al decir: "our case law makes clear that state-law authority to act is insufficient to establish state-action immunity; the substate governmental entity must also show that it has been delegated authority to act or regulate anticompetitively. Caso Federal Trade Commission v. Phoebe Putney Health Sys., Inc. U.S. No 11-1160, 2013 WL 598434.

<p><i>Fiscalía conjuntamente con elaborar la Resolución sobre de minimis, confeccionará otra Resolución que indique determinadamente las operaciones que sean objeto de consulta obligatoria como también un catálogo de ayudas compatibles con la libre competencia.</i></p> <p><i>La tramitación se regirá por lo dispuesto para el procedimiento no contencioso previsto en el artículo 31 del D.L. Nº 211, siendo partes interesadas el órgano de la administración del Estado consultante y el agente económico beneficiario. Cuando se trate de sectores o actividades, se permitirá la participación como interesados,</i></p>	<p>resulte en una tramitación expedita.</p> <p>Para evitar confusiones, se deja en claro que estamos frente a un procedimiento administrativo y que la resolución final emitida por la Fiscalía se trata de un acto administrativo, por lo que el régimen supletorio y las garantías a aplicar son las contenidas en las Leyes 18.575 y 19.880.</p> <p>Se trata de un régimen de consulta obligatoria, pero que contiene herramientas para dejar fuera casos poco relevantes y le entrega a la FNE una facultad de crear criterios que permitan fomentar ayudas compatibles con el sistema de libre competencia.</p> <p>El número de participantes en el proceso se reduce drásticamente, pues se considera como indispensable la sola participación de interesados. Con todo, al</p>
---	---

<p><i>de quienes ostenten un interés legítimo.</i></p> <p><i>Podrá existir la participación de terceros, pero los derechos de ellos se restringirán a informar y aportar antecedentes, mas no tendrán facultades para solicitar medidas en cuanto al fondo del asunto.</i></p>	<p>tratarse de actividades o sectores, la legitimidad activa debe ampliarse, de modo que haya agentes que puedan defender sus posiciones, siempre y cuando demuestren un interés legítimo en ello.</p> <p>Como la FNE representa y defiende el interés general de la colectividad, por expreso mandato legal, no se hace necesario dar mayores derechos de participación y petición a terceros en el proceso, pues ello y ha quedado resguardado.</p>
<p><i>Artículo 6.- <u>Recursos</u></i></p> <p><i>Solo procederá recurso extraordinario de reclamación contra el acto emitido por la Fiscalía Nacional Económica, el cual se deberá interponer ante el</i></p>	<p>La intención del recurso es simplemente dar un espacio, únicamente a las partes interesadas, para recurrir del acto administrativo solo en lo referente al derecho y lo económico. Con ello se quieren generar incentivos para que las</p>

<p><i>mismo órgano y dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.</i></p> <p><i>Los legitimados para recurrir serán únicamente quienes hayan actuado como partes interesadas ante la Fiscalía.</i></p> <p><i>Conocerá del recurso el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el que solo tendrá competencia para abocarse al conocimiento del derecho y cuestiones económicas.</i></p> <p><i>Asimismo, el H. Tribunal podrá rechazarlo de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento.</i></p>	<p>partes entreguen toda la información fáctica a la Fiscalía, de modo que la intermediación de este órgano sea óptima y por esa vía su decisión sea correcta.</p> <p>A su vez, con motivo de controlar el sistema recursivo consagrado se entrega al H. Tribunal una causal para desechar in limine todo recurso carente de fundamento. Tal facultad le permite a los jueces ir generando incentivos en la Fiscalía para que sus decisiones sean acordes a las sentencias ya emitidas, de modo tal de crear una externalidad positiva: la generación de precedentes en torno a este tema²²⁷. Valga decir que esta atribución es idéntica a la que tiene la Corte Suprema respecto al recurso de casación en el fondo</p>
--	--

²²⁷ Un sistema de control de ayudas estatales requiere eficiencia y ello se logra por medio de sentencias óptimas. Tal objetivo puede ser conseguido por la vía de que las decisiones de la Fiscalía se alineen con lo resuelto por el Tribunal, de modo que este último al controlar la admisibilidad de los recursos pueda generar una amenaza creíble respecto a las desviaciones de sus sentencias. Este argumento puede ser encontrado en SHAVELL, Steven. The Appeals Process and Adjudicator Incentives. Journal of Legal Studies, University of Chicago, 2006, 29p.

	<p>y que está contemplada en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil.</p> <p>Por otra parte, la doble faceta de procedimiento administrativo seguido de un control judicial, mantiene la tradición chilena de control judicial de los actos administrativos, con la debida sutileza de incluir en dicho control solamente lo referido al derecho y los argumentos económicos.</p>
--	---

11. CAPÍTULO XI: CONCLUSIONES

El trabajo se inició demostrando que el costo de la inacción frente a los temas ambientales es demasiado oneroso, por lo que es beneficioso adentrarse en soluciones para dichos problemas. Conforme a ello sostuvimos que el apoyo estatal a las energías renovables es el camino para solucionar el dilema, siempre y cuando esa vía fuera plenamente informada a la población.

Las recomendaciones de la OECD y la experiencia de países europeos en lo que dice relación al apoyo a las renovables, nos demostró que el soporte a este tipo de energía no es concebible si no se hace un emparejamiento en la cancha con las convencionales, es decir, se requiere adoptar fórmulas bajo las cuales las energías contaminantes internalicen sus externalidades negativas en sus precios. Además, se visualizó que ello solo podía ser alcanzado con sacrificios patrimoniales del Estado, esto es, recursos fiscales involucrados en el financiamiento de las energías verdes.

La revisión de la normativa chilena alusiva a este tipo de energías dio como resultado la inexistencia de elementos fiscales que pudiesen propender al incentivo de las renovables, sumado a obligaciones

legales de cumplimiento de metas en la generación de electricidad en el sistema eléctrico nacional.

El hecho de carecer de un sustrato teórico para plantear una solución nos hizo recurrir al concepto de ayuda estatal, cuya formulación se puede encontrar en el derecho europeo de libre competencia. Una revisión del concepto, tanto en su faceta normativa como jurisprudencial, más la trasposición de esos elementos al nivel local, permitieron generar la solución al problema inicial: cómo incentivar las energías renovables en Chile.

En conclusión, una normativa general e independiente sobre control de las ayudas estatales en el sector eléctrico, es la solución para permitir el florecimiento de las energías renovables en Chile bajo una perspectiva conservadora. Pues, de esa forma, se logra conciliar la intervención del Estado en el mercado energético con la debida mantención de la competencia en el mismo, produciendo el enverdecimiento y diversificación de la matriz energética nacional bajo reglas claras de intervención pública.

12. BIBLIOGRAFÍA

- (1) AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Chile Energy Policy Review 2009. París, 2009a. 270p.
- (2) AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Sectoral Approaches in Electricity, Building bridges to a safe climate. París, 2009b. 186p.
- (3) AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. Energy World Outlook 2010. [gráfico] París, 2010. 738p.
- (4) AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA. World Energy Outlook 2012. [gráfico] París, 2012, 690p.
- (5) AHLBORN, Christian y BERG, Claudia. Can state aid control learn from antitrust? The need for a greater role for competition analysis under the state aid rules. 2004. En: BIONDI, Andrea, EECKHOUT, Piet y FLYNN, James. The Law of State Aid in the European Union. Reino Unido, Oxford University Press, 2004, 389p.
- (6) ARBAULT, Francois y SAKKERS, Ewoud. 2007. Cartels. En: FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali. The EC Law of Competition. 2 edición. Estados Unidos, Oxford University Press, 1844p.
- (7) ARIÑO, Gaspar. Energía en Europa: problemas actuales. 2011. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, p. 487-501.

- (8) BATOR, Francis. The Anatomy of Market Failure. The Quarterly Journal Economics, Vol. 72, No 3, The MIT Press, 1958, 351-379.
- (9) BID avanza en análisis para interconexión eléctrica regional. El Mercurio. Santiago, Chile. 28 de Mayo de 2012. B-2.
- (10) BORREGAARD, NICOLA y KATZ, RICARDO. Opciones para la matriz energética eléctrica. [en línea] Santiago <<http://www.ffla.net/new/es/publicaciones.html?start=10>> [consulta: 26 de Mayo de 2011].
- (11) Caso C-27/76 United Brands Company and United Brands Contineental BV v Commission [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, CMR 8429.
- (12) Caso C-30/59 Steenkolenmijnen v High Authority [1961 ECR 1.
- (13) Casos C-67, 68 y 70/85 Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV and Other v Commission [1988] ECR 219.
- (14) Caso C-322/81 NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461.
- (15) Caso C-482/99 France v Commission [2002] ECR I-nyr.
- (16) Caso Federal Trade Commission v. Phoebe Putney Health Sys., Inc. U.S. No 11-1160, 2013 WL 598434.
- (17) Caso State Aid No N° 391/2006 – Denmark, Bruselas, de fecha 9 de noviembre de 2007.

- (18) Caso State Aid No N° 394/2007 – Denmark, Bruselas, de fecha 13 de marzo de 2008.
- (19) Caso State Aid No N° 691/2009 – Hungary, Bruselas, de fecha 27 de abril de 2010.
- (20) Centre of European Law, Kings College London. Comments on the draft Commission Notice on the notion of state aid pursuant to Article 107 (1) TFUE, 12p.
- (21) CENTRO DE DESPACHO ECONÓMICO Y DE CARGA DEL SISTEMA INTERCONECTADO CENTRAL. Anuario 2010 CDEC-SIC. [en línea] Santiago https://www.cdec-sic.cl/contenido_es.php?categoria_id=4&contenido_id=000034 [consulta: 28 de Mayo de 2011].
- (22) CENTRO DE DESPACHO ECONÓMICO Y DE CARGA DEL SISTEMA INTERCONECTADO CENTRAL. Costo marginal real del mes. Santiago [en línea] <https://www.cdec-sic.cl/est_operacion_publica.php#C4> [consulta: 5 de Junio de 2011].
- (23) CLARKE, RORY. Can taxes on energy work? [en línea] OECD Observer, December 2006 N° 258/259 <http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/2100/Can_taxes_on_energy_work.html> [consulta: 21 de Mayo de 2011].
- (24) COLLINS, Anthony y QUIGLEY, Conor. EC State Aid Law and Policy. Reino Unido, Hart Publishing, 2004, 394p.

- (25) COMISIÓN ASESORA PARA EL DESARROLLO ELÉCTRICO, Informe Comisión Asesora para el desarrollo eléctrico. Santiago de Chile, 2011. 181p.
- (26) COMISIÓN DE INTEGRACION ENERGÉTICA REGIONAL. Síntesis informativa energética de los países de la CIER 2009. Montevideo [en línea] <<http://www.cier.org.uy/d06-sie/index.htm>> [consulta: 28 de Mayo de 2011].
- (27) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Programa de trabajo de la energía renovable, Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible. Bruselas, 10 de Enero de 2007.
- (28) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a costes de transición a la competencia. Bruselas, 26 de junio de 2001.
- (29) Comisión de las comunidades europeas. Proyecto de Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE, 53p. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_es.pdf

- (30) COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA. Energy Policy: New Guidelines. Santiago, 2008.
- (31) COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA y DEUTSCHE GESSELLSCHAFT FÜR TECHNISCHE ZUSAMMENARBEIT (GTZ). Las energías renovables no convencionales en el mercado eléctrico chileno. Santiago [en línea] <http://www.cne.cl/cnewww/opencms/05_Public_Estudios/publicaciones.html> [consulta: 4 de Junio de 2011].
- (32) COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Análisis económico del derecho. 2 edición. México. Fondo de Cultura Económica, 772p.
- (33) CORFO. Chile: Investment opportunities in the renewable energy industry. [en línea] Santiago <http://www.investchile.com/opportunities/renewable_energy/renewable_energy> [consulta: 4 de Junio de 2011].
- (34) DERNBACH, John y KAKADE, Seema. 2008. Climate Change Law: An Introduction. Energy Law Journal 29 (1): 1-31.
- (35) Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 23 de Abril de 2009.
- (36) Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 23 de septiembre de 2009.

- (37) DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISES AFFAIRS, COMPETITION COMMITTEE, OECD. Latin American Competition Forum, Contribución de Chile (FNE). 2010. P. 14.
- (38) EGENHOFER, CHRISTIAN, FUJIWARA, NORIKO y NUÑEZ, JORGE. The political economy of environmental taxation in european countries. [en línea] <<http://aei.pitt.edu/6688/>> [consulta: 8 de Mayo de 2011].
- (39) ESPAÑA. 2007. Ley 15/2007 de Libre Competencia.
- (40) ESTEVA, Carles, RYAN, Stephen, ALBACK, Svend y TIerno, María Luisa. 2007. Article 82. En: FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali. The EC Law of Competition. 2 edición. Estados Unidos, Oxford University Press. 1844p.
- (41) EZRACHI, Ariel. EU Competición Las, An analysis guide to the leading cases. 4ta. edición. Reino Unido, Hart Publishing, 2014, 589p.
- (42) FABRA, Natalia, MONTERO, Juan Pablo y REGUANT, Mar. La Competencia en el Mercado Eléctrico Mayorista en Chile. Estudio encargado por la Fiscalía Nacional Económica, Enero de 2014, 87p. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2014/01/30/la-competencia-del-mercado-electrico-mayorista-en-chile-2/>
- (43) FILIS, Andrew y LEAL-ARCAS, Rafael. Legal aspects of the promotion of renewable energy within the EU and in relation to the EU's obligations in the WTO. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 179/2014. 42p.

- (44) FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. Santiago de Chile, Octubre de 2012, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>
- (45) FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras, noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Participaciones-minoritarias.pdf>
- (46) GALETOVIC, ALEXANDER y MUÑOZ, CRISTIÁN. Energías renovables no convencionales ¿Cuánto nos van a costar? En: Centro de Estudios Públicos, Primavera de 2008. 51p.
- (47) GARCÍA MACHMAR, William. Manual de la libre competencia. Santiago, Thomson Reuters, 2011. 330p.
- (48) Gobierno licita estudio para unir el sistema eléctrico central con la Patagonia. El Mercurio. Santiago, Chile. 28 de Mayo de 2012. B-2.
- (49) HEIMLER, Alberto y JENNY, Frederic. The limitations of european union control of state aid. Oxford Review of Economic Policy, Vol. 27, N^o2, 2012, 20p.
- (50) IRARRÁZABAL, Felipe y ARAYA, Fernando. Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional. 2011. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, 601p.

- (51)JUNGMAN, Ricardo. El injusto monopólico y la graduación de las sanciones. Legislación chilena y comparada, agosto de 2014, 24p.
- (52)KNAUL, Andreas y PÉREZ FLORES, Francisco. 2007. State Aid. En: FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali. The EC Law of Competition. 2 edición. Estados Unidos, Oxford University Press, 1844p.
- (53)KORAH, Valentine. Cases and Materials on EC Competition Law. 3 edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 788p.
- (54)INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers: Climate Change 2014 Impacts, Adaptación, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. United Kingdom, Cambridge, Cambridge University Press and New York. 34p.
- (55)La huella energética de los presidentes. El Mercurio. Santiago de Chile. 29 de Mayo de 2011. D-4 Y D-6.
- (56)MÁRQUEZ, MIGUEL. Por una propuesta energética para Chile...sin carbón. [en línea] Santiago <<http://www.greenpeace.org/chile/es/documentos/propuesta-energetica-para-chile-sin-carbon/>> [consulta: 28 de Mayo de 2011].
- (57)Medio Ambiente. Encuesta: Chilenos están poco dispuestos a pagar más por cuidar el medio ambiente. [en línea] La Segunda. 3 de Mayo de 2011.<http://www.la2da.cl/modulos/catalogo/Paginas/2011/05/03/LUCS_GDI27SG0305.HTM> [consulta: 1 de Junio de 2011].

- (58) MINISTERIO DE ENERGÍA DE CHILE, Agenda de Energía. Un desafío país, progreso para todos. Santiago de Chile, Mayo de 2014. 132p.
- (59) MINISTERIO DE ENERGÍA DE CHILE. Antecedentes sobre la matriz energética en Chile y sus desafíos para el futuro. [diapositivas] Santiago, 2011. 19p.
- (60) MINISTERIO DE ENERGÍA. Estrategia Nacional de Energía 2012 – 2030. Santiago de Chile. 2012. 38p.
- (61) MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO E INSTITUTO PARA LA DIVERSIFICACION Y AHORRO DE ENERGIA. Plan de Energías Renovables de España 2005-2010. Agosto de 2005.
- (62) MOTTA, Massimo. Competition Policy Theory and Practice. Estados Unidos, Cambridge University Press, 2004, 616p.
- (63) NEHME, Nicole. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado. 2011. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, 601p.
- (64) OECD. Taxation, Innovation and Environment. París, 2010. 251p.
- (65) OECD. Maintaining Momentum: OECD Perspectives on Policy Challenges in Chile. París, 2011. 259p.
- (66) Opinion of the Advocate General Darmon, del 17 de marzo de 1992, in Joined Cases C-72/91 and C-73/91 *Sloman Neptun*.

- (67)PIRES, A.J.G. Losers, Winners and Prisoners dilemma in International subsidy wars. CEPR Discussion Paper 5979.
- (68)PLENDER, Richard. Definition of Aid. 2004. En: BIONDI, Andrea, EECKHOUT, Piet y FLYNN, James. The Law of State Aid in the European Union. Reino Unido, Oxford University Press, 2004, 389p.
- (69)Renewable Energy Technology Deployment (RETD). Climate Change Adaptation, Damages and Fossil Fuel Dependence. [en línea] <<http://iea-retd.org/wp-content/uploads/2011/11/SC6-Costs-of-Inaction-Final-Report.pdf>> [consulta: 13 de Marzo de 2014]. P. 103.
- (70)Renewable Energy Technology Deployment (RETD). Strategies To Finance Large-Scale Deployment Of Renewable Energy Projects: An Economic Development And Infrastructure Approach. [en línea] <<http://iea-retd.org/wp-content/uploads/2011/12/111205-FINANCE-RE-Final-Report.pdf>> [consulta: 12 de Diciembre de 2012].
- (71)Real Decreto 661/2007 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Boletín Oficial del Estado, 25 de Mayo de 2007.
- (72)REINO UNIDO. 1998. Competition Act (art. 2.1).
- (73)Resolución N° 37/1977 de la H. Comisión Resolutiva.
- (74)Resolución N° 173/1984 de la H. Comisión Resolutiva.
- (75)Resolución N° 667/2002 de la H. Comisión Resolutiva.

- (76)RODRÍGUEZ GROSSI, JORGE. ¿Amenaza de crisis energética?
[presentación power point] Santiago, 2011.
- (77)RUDNICK, Hugh. Comentarios al estudio: Energías renovables no
convencionales: ¿cuánto nos costarán? En: Centro de Estudios
Públicos, Enero de 2008. 24p.
- (78)Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 6 de agosto de 2014,
recaída en los autos Rol N° 13972-2013.
- (79)Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 15 de julio de 2011,
recaída en los autos Rol N° 9265-2010.
- (80)Sentencia N° 11/2004 del H. Tribunal de Defensa de la Libre
Competencia.
- (81)Sentencia N° 105/2010 del H. Tribunal de Defensa de la Libre
Competencia.
- (82)Sentencia N° 121/2012 del H. Tribunal de Defensa de la Libre
Competencia.
- (83)Sentencia N° 138/2014 del H. Tribunal de Defensa de la Libre
Competencia
- (84)Sentencia Rol 1448-09-INA del Excmo. Tribunal Constitucional.
- (85)Sentencia Rol 2361-13-INA del Excmo. Tribunal Constitucional.

- (86) Sentencia Rol 2658-2014-INA del Excmo. Tribunal Constitucional.
- (87) SHAVELL, Steven. The Appeals Process and Adjudicator Incentives. Journal of Legal Studies, University of Chicago, 2006, 29p.
- (88) SMITH, Steven. Environmental Economics: A very short introduction. Estados Unidos, Oxford University Press, 2011. 135p.
- (89) STERN, Nicolas. Stern Review on the Economics of Climate Change. Her Majesty's Treasury, Government of United Kingdom, 2006, p. 56. [en línea]. http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/destaques/sternreview_report_complete.pdf [consulta: 13 de Marzo de 2014].
- (90) SUSSMAN, M.J. Countervailing Duties and the Specificity Test: an Alternative Approach to the Definition of Bounty or Grant, Law and Policy in International Business, 1986, Vol. 18, 475p.
- (91) SWEENEY, James. Problemas y políticas de los energéticos: una evaluación. P. 510. En: HAVEMAN, Robert y MARGOLIS, Julius. Un análisis del gasto y las políticas gubernamentales. México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 669p.
- (92) WHISH, Richard. Competition Law. 5 edición. Reino Unido, LexisNexis, 2003, 989p.
- (93) VALDÉS, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2009, 637p.