



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MERCADO ELÉCTRICO
POR SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO**

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

Autora: Bárbara Belén Vergara Soto

Profesor Guía: Adrián Schopf Olea

Santiago, Chile

2016

INDICE

Resumen	6
Introducción y Planteamiento del problema	8
Capítulo Primero: Breve explicación del mercado eléctrico chileno	13
1. Segmentos del Mercado: generación, transmisión y distribución	13
2. Deberes y Obligaciones de las empresas que lo integran	19
a. Deberes Generales	19
b. Deberes específicos de las empresas eléctricas distribuidoras	21
3. Sanciones en caso de incumplimiento	24
a. Determinación de la naturaleza jurídica y el objeto de la sanción administrativa	25
b. Deber de compensación	32
c. La dificultad del derecho a repetir de la distribuidora	33
Capítulo Segundo: Compensaciones artículo 16 B Ley N° 18.410	37
1. Deber de compensar a los clientes regulados afectados	37
a. Primer problema: la enorme carga de la distribuidora	45
b. Segundo problema: la responsabilidad automática que se atribuye a los distribuidores	45
c. Tercer problema: la insuficiencia de la compensación	48
2. Compensación inmediata. Explicación de esta situación conforme	49

a la normativa civil	
a. Responsabilidad por hecho ajeno	51
b. Obligación de garantía	51
3. Respuesta de la jurisprudencia.	57
Capítulo Tercero: Estatuto de Responsabilidad Civil Aplicable	63
1. Regímenes de responsabilidad contemplados en el Código Civil	63
a. Responsabilidad Contractual	64
b. Responsabilidad Extracontractual	66
2. ¿Qué régimen es aplicable al caso en cuestión?	67
a. Respecto a las obligaciones de las distribuidoras de compensar y suministrar energía	67
b. Presencia de un estatuto contractual entre clientes regulados y la distribuidora	70
c. Argumentos a favor del estatuto de responsabilidad contractual	72
Capítulo Cuarto: Estructura de Responsabilidad Aplicable, análisis de los elementos propios del régimen elegido	76
1. Incumplimiento contractual	76
2. Culpa	78
a. Culpa infraccional	79
b. Prueba de la Culpa	81

c. Causal de exención de responsabilidad: caso fortuito	82
3. Daño	83
a. Lucro cesante	84
b. Daño emergente	86
4. Relación de causalidad entre el perjuicio y el incumplimiento	87
5. Mora	89
Capítulo Quinto: Posibilidad de demandar perjuicios civiles por	91
interrupción de suministro eléctrico	
1. Costos	91
2. Difícil determinación de sujeto pasivo de la acción	92
a. Alternativa posible: Demandar Responsabilidad Colectiva	94
b. Alternativa posible: Esperar a que esté firme la resolución que	97
determina al sujeto responsable para demandarlo por los perjuicios	
c. Alternativa posible: demandar a la distribuidora	101
3. Creación de una división del SERNAC en materias de daños por	103
corte de suministro	
a. Demostración de por qué es aplicable	104
b. Sujetos e interés protegidos	106
c. Fin de de la propuesta	108
Conclusión	111
Bibliografía	116

RESUMEN

Este trabajo analiza en profundidad el artículo 16 B de la Ley N° 18.410 referente a las compensaciones en materia eléctrica, norma que regula tanto el monto como al ente responsable de llevar a cabo dichas compensaciones.

Ello, con el objeto de exponer a la comunidad académica dos problemáticas, la primera referente a la indemnización de los daños sufridos por los clientes regulados, la cual no es siempre proporcional al daño causado. Y la segunda, en relación a la situación del ente encargado de llevar a cabo las compensaciones, quien es siempre la distribuidora, independiente de que el culpable sean las generadoras o transmisoras, y que aún cuando se le concede la posibilidad de repetir en contra de los responsables, esto es susceptible de variadas trabas.

Todo lo cual es tratado a lo largo de cinco capítulos, siguiendo un orden deductivo, en el primero, se explica el funcionamiento del mercado eléctrico, sus agentes, deberes y obligaciones, en el segundo, se exponen los problemas mencionados en el párrafo anterior, mientras que en el capítulo III y IV, se establece el estatuto de responsabilidad civil aplicable, junto a un estudio de los elementos, para luego finalizar en el capítulo V con análisis de los pros y contras de las diversas soluciones propuestas, frente a la difícil determinación

del sujeto pasivo, y así, entregar los argumentos que permitan justificar la tesis propuesta.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La importancia que tiene la electricidad para la vida en el mundo moderno ha llevado a que el Estado juegue un rol relevante en la regulación del mercado y haya dividido la industria en los ámbitos de generación, distribución y transmisión de la electricidad, imponiendo una serie de obligaciones a las empresas integrantes del sistema eléctrico con el fin de darle la máxima seguridad posible, esto implica que nos encontramos ante un mercado complejo que debe cumplir con normas sectoriales y técnicas que fijan un estándar de conducta y diligencia que va más allá de lo establecido en el derecho común.

Dentro de estas obligaciones existen dos deberes específicos en los cuales nos concentraremos; el de suministrar la energía y el de compensar, la infracción del primero produce los *black outs* o apagones que afectan a los clientes regulados dando lugar a las sanciones de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en adelante SEC, mientras que la infracción del segundo deber, da lugar a que las empresas distribuidoras de electricidad deban compensar a los clientes regulados el duplo de la energía no suministrada, por interrupciones no autorizadas del servicio, sin perjuicio de poder repetir en contra de los verdaderos responsables.

Como consecuencia de este deber de compensar, regulado en el artículo 16 B de la Ley N° 18.410, que surge el tema central de esta tesis, pues, pareciera no ajustarse a la lógica de nuestra normativa civil y, por lo demás, deja desconforme tanto a los clientes regulados como a las empresas, sin lograr cumplir con los fines compensatorios para los que fue creado. Así dejaremos planteado dos principales problemas que nos genera esta norma, uno de ellos consiste en que la obligación de compensar recae siempre en las distribuidoras, aun cuando no sean ellas las infractoras, dejando a salvo una posibilidad de repetir difícil de concretar. Mientras que el otro problema, consiste en que la compensación del artículo 16 B no siempre es suficiente para satisfacer el perjuicio del cliente regulado.

Así, existen casos en que el daño ocasionado con la infracción es superior al duplo de energía no suministrada, por ello, surge la pregunta principal ¿Podríamos aplicar las normas de indemnización civil para lograr una compensación real? Al mismo tiempo, surgen otras interrogantes específicas que debemos determinar tales como: ¿Qué tipo de daños serían cubiertos?, ¿Cómo determinaríamos al sujeto pasivo de la acción?, ¿Bajo qué estatuto de responsabilidad nos encontraríamos? Independiente de la respuesta creemos estar ante un régimen de responsabilidad por culpa infraccional, y por tanto ¿Qué supuestos se deben cumplir para que proceda? Por otro lado, ¿Qué

solución podemos plantear para la enorme carga impuesta en las distribuidoras?

Otro problema específico que será tratado en esta tesis, y que surge como consecuencia de los antes mencionados consiste en que además se da lugar a compensaciones de manera automática, sin detenerse a evaluar que se cumpla con todos los presupuestos de la responsabilidad infraccional.

Junto con esas interrogantes y problemas planteados, para una mayor comprensión del tema a tratar, previamente se expondrá y diferenciará las sanciones infraccionales de las sanciones civiles, las cuales se encuentran profundamente relacionadas con el artículo en cuestión.

En síntesis, el objetivo de este proyecto es determinar la relación actual que existe en el derecho chileno entre el procedimiento sancionatorio y reparatorio presente en el mercado eléctrico con la responsabilidad civil. El tema parece relevante a la luz de distinta normativa regulatoria que necesariamente nos obliga a hacer la pregunta de si la sanción prevista por la regulación sectorial es suficiente para cubrir los daños sufridos por terceros, si las normas civiles

pueden corregirlas o si podemos encontrar una solución a la enorme carga impuesta en la distribuidora.

Por otro lado, serán abordados los vínculos entre la empresa responsable de la falla y la distribuidora, y entre ésta y el cliente regulado, los cuales darán lugar a responsabilidad contractual o extracontractual. Además, para una más completa comprensión de este punto se describirán los dos estatutos civiles de responsabilidad y se abogará por el estatuto que se cree tiene aplicación en el mercado eléctrico. Asimismo, abordaremos la reparación de daños ya sea que exista interés individual o colectivo, e intentaremos buscar la mejor solución para que se logre una reparación real y efectiva de los perjuicios civiles ocasionados a los clientes regulados.

Cabe agregar que la motivación para llevar a cabo este trabajo la encontramos en los injustos que sufren las personas, en especial los comerciantes; locatarios de negocios o restaurantes quienes frente a una infracción del suministro eléctrico, tienen grandes pérdidas económicas, sin embargo aún cuando existe la intención por parte de estos nunca se ha llevado a cabo una demanda de este tipo.

Finalmente, proponemos como base de esta investigación, un método analítico el cual establece una relación de causa – efecto de los elementos que componen el objeto de la investigación, acompañado de un método deductivo puesto que de una investigación de los aspectos generales sobre el funcionamiento del mercado eléctrico nos vamos acercando a sus problemas puntuales para lograr así proponer soluciones concretas. Todo esto a través de una revisión de las normas que rigen el sector eléctrico, la historia de estas leyes, la doctrina civil y la incipiente doctrina eléctrica en nuestro país, junto con un análisis de la jurisprudencia nacional creada en torno a dichas normas, para poder estar al tanto de la problemática que sufren las empresas distribuidoras cuando pretender repetir lo dado como compensación y en otro plano, las trabas con las que se encuentran los clientes regulados por lograr una indemnización de los perjuicios ocasionados.

I. CAPITULO: BREVE EXPLICACIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO CHILENO

1. Segmentos del Mercado: generación, transmisión y distribución

Dada la importancia de la electricidad para la vida en el mundo moderno y teniendo en consideración las características propias de este mercado en particular, es que se ha tomado la decisión de intervenirlo mediante regulación sectorial específica y no dejarlo en manos del libre mercado. De este modo, con el fin de mantener la seguridad y calidad del servicio y de resguardar a los consumidores de los riesgos para la Libre Competencia implicados en un mercado integrado verticalmente, el regulador tomó la decisión de dividir el mercado eléctrico en tres segmentos, estos son: generación, distribución y transmisión, cada uno con particularidades propias que integran el denominado “sistema eléctrico”. Este último ha sido definido en la Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE, como “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”.

El segmento de generación tiene por objeto la producción de electricidad mediante centrales generadoras sin importar la fuente primaria de energía, así, entre otras, pueden existir centrales hidroeléctricas cuya fuente es el afluente de agua; termoeléctricas cuya fuente puede ser carbón, gas natural, o algún otro combustible; plantas solares cuyo recurso serán los rayos ultravioleta; o plantas eólicas que producen energía por la fuerza del viento. El profesor Enrique Sepúlveda lo ha simplificado diciendo que la generación consiste en el uso de una técnica transformadora de energía proveniente de una fuente primaria, a una secundaria, mejor conocida esta última como energía eléctrica¹.

Este segmento es el único que se ha dejado relativamente libre en cuanto a regulación se refiere, si bien es claro que en todo caso debe cumplir con la normativa técnica pertinente, pueden existir tantas centrales generadoras como oferentes dispuestos a integrar el mercado², ahora bien, respecto a los precios y métodos de cobro deberán estarse a lo establecido en la ley y en relación a su comportamiento dentro del mercado deben cumplir las normas de Libre

¹Sepúlveda, Enrique, Sistema y Mercado Eléctricos, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 41.

² En la regulación eléctrica española se optó por un modelo similar al nuestro, en el cual el segmento de generación es dejado abierto al libre mercado, es decir, se auto regula mediante la oferta y la demanda, sin perjuicio de estar regulado en otros aspectos, como por ejemplo en relación al medio ambiente, seguridad de las personas, interés de los consumidores, etc. Ver Alcolea, José Miguel, La separación de actividades en los grupos verticalmente integrados del sector eléctrico, en: Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, Tomo I, aspectos jurídicos. p. 693.

Competencia en cuanto le fueren aplicables³. Es un mercado competitivo, que no tiene economías de escala ni grandes barreras a la entrada en que el precio se determina en gran parte por los costos marginales de producción⁴.

Un elemento muy relevante respecto al segmento de generación es la condición de no almacenable que tiene la energía, esta característica condiciona en gran medida la configuración y operación de los distintos sistemas eléctricos, y es un antecedente clave para la determinación de obligaciones y deberes con que deben cumplir los actores del mercado⁵.

Por su parte, el segmento de transmisión tiene por objeto el transporte de energía; ya sea desde las centrales eléctricas hasta los puntos donde la tomarán las distribuidoras para hacerlas llegar a sus clientes finales, para llegar a aquellos usuarios que han contratado suministro de electricidad de manera independiente o a las subestaciones de transformación⁶. Por sus características propias tales como presentar economías de escala e indivisibilidad de la inversión, resulta ser un monopolio natural entendiendo esto como aquel que deriva de la naturaleza de la actividad económica de que se trate⁷, esto implica que necesariamente debe ser regulado detalladamente mediante instrumentos tales como decretos tarifarios con el fin de evitar abusos provenientes de su

³ Sepúlveda, op. cit., p. 58.

⁴ Evans, Eugenio y Seeger María, Derecho Eléctrico, Santiago, 3ª Edición, Legal Publishing, 2010, p. 2.

⁵ Sepúlveda, op. cit., p. 43.

⁶ Evans y Seeger, op. cit., p. 2.

⁷ Valdés, Domingo, Libre Competencia y Monopolio, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p.396.

posición privilegiada ante los consumidores. Para cumplir con el fin de transportar energía, el segmento de transmisión cuenta con diferentes tipos de líneas eléctricas que se clasifican de acuerdo a la cantidad de energía y potencia que son capaces de transportar. Así se puede distinguir entre líneas de transmisión troncal, de subtransmisión y de transmisión adicional.

Finalmente, en relación al segmento de distribución es necesario hacer presente que este tiene por objeto hacer llegar la energía desde las subestaciones eléctricas hasta los usuarios finales ubicados dentro del área de concesión de la respectiva empresa distribuidora. Para entender el funcionamiento de este segmento es necesario distinguir entre los distintos tipos de consumidores, en este sentido podemos decir que aquellos se clasifican entre los llamados clientes libres y clientes regulados. De acuerdo al artículo 147 de la LGSE en relación con el artículo 149 del mismo cuerpo normativo, se puede distinguir entre aquellos clientes que no están sometidos a regulación de precios, pudiendo negociar el suministro eléctrico directamente con las empresas generadoras mediante contratos de suministro eléctrico o "PPA" -por su sigla en inglés *Power Purchase Agreement*-. En segundo lugar están aquellos sometidos a regulación de precios por no tener capacidad de negociación suficiente, es por eso que con el fin de resguardar el interés público

comprometido ⁸ , el regulador establece las fórmulas para realizar la determinación de precios que mantenga un equilibrio eficiente entre el menor costo posible para los usuarios e incentivar la inversión en el mercado.

Las distribuidoras se encargan de hacer llegar la electricidad a aquellos clientes regulados que se encuentran ubicados dentro de su área de concesión respectiva; es por eso que el regulador ha establecido una serie de reglas tendientes a proteger a dichos consumidores, no solo en cuanto a regulación de precios se refiere, si no también respecto a las condiciones de calidad y seguridad en que debe prestarse el servicio y a la forma de compensar a dichos clientes en casos de interrupción en el suministro injustificadas, entre otras.

Además de las empresas que integran los sistemas eléctricos del país, existen algunos organismos que tienen por objeto regular, fiscalizar, aplicar sanciones, resolver controversias que se generen entre los distintos actores del mercado y mantener una adecuada comunicación y coordinación entre los integrantes del sistema. Estas entidades son: el Ministerio de Energía, la Comisión Nacional de Energía o CNE que es el organismo regulador encargado de dictar la normativa sectorial técnica lo cual incluye el análisis de precios, tarifas y normas técnica⁹;

⁸ Sepúlveda, op. cit., p. 51.

⁹ Sepúlveda, op. cit., pp. 154 y 155.

la SEC, encargada de fiscalizar el debido cumplimiento de las normas regulatorias y técnicas así como de aplicar sanciones en caso de incumplimiento y puesta en peligro de la seguridad del sistema¹⁰; el Panel de Expertos que funciona como tercero independiente, con el fin de solucionar los conflictos suscitados al interior del sector eléctrico¹¹; y finalmente los Centros de Despacho Económico de Carga, en adelante CDEC, este organismo es integrado por las empresas transmisoras y generadoras con el fin de mantener un constante equilibrio entre la oferta y demanda de energía mediante la determinación de la operación en conjunto de instalaciones de un sistema eléctrico¹²; actúan en tiempo real y se encarga de operar el sistema eléctrico correspondiente de manera coordinada y eficiente económicamente, esto último implica que ordena el despacho de energía a aquellas centrales generadores que tengan menores costos de producción por kilowatt primero, y avanza hacia las más costosas en la medida en que es necesario¹³.

¹⁰ Evans y Seeger, op cit. pp. 344-349.

¹¹ Sepúlveda, op cit., p. 163.

¹² Sepúlveda, op cit., p. 67.

¹³ Sepúlveda, op cit., p. 45.

2. Deberes y Obligaciones de las empresas que integran el sector eléctrico

a. Deberes Generales

El legislador ha establecido una serie de obligaciones específicas a las empresas integrantes del mercado eléctrico, esto implica que nos encontramos ante un mercado complejo que debe cumplir con normas sectoriales y técnicas que fijan un estándar de conducta y diligencia que va más allá de lo establecido en el derecho común. Dentro de los valores centrales que funcionan como rectores de la regulación de este mercado podemos encontrar la seguridad del sistema y la necesidad de otorgar suministro eléctrico de buena calidad al menor costo posible y garantizar el acceso abierto a los sistemas de transmisión troncal y subtransmisión¹⁴. Es por esto que el legislador impone dos deberes principales a todas aquellas empresas que integran el mercado eléctrico, el deber de interconexión y el deber de coordinación¹⁵.

El que se haya decidido dividir la industria para evitar la integración vertical, no implica que los 3 grandes segmentos que la integran puedan actuar de manera independiente, evidentemente no serviría de nada un sistema en que las centrales de generación energética no se conectaran a la red de transmisión y

¹⁴ Sepúlveda, op cit., pp.76 y 77.

¹⁵ Sepúlveda, op cit., p. 61.

que a su vez estos no pudieran llegar a los usuarios por la falta de conexión con las distribuidoras; la producción y operación interconectada consiste en que las unidades generadoras no producen energía para sí mismas ni para un cliente en particular, si no que para inyectarla al sistema¹⁶.

Así, en primer lugar el artículo 137 de la LGSE impone el deber de interconexión. Dicho deber consiste en la obligación de todos los actores, sin importar su naturaleza, de conectar todas sus instalaciones a la red eléctrica, eso implica necesariamente que ninguna empresa puede operar de manera independiente al sistema. Este deber surge como una necesidad para que el servicio opere una vez que se divide el mercado eléctrico en los tres segmentos mencionados anteriormente.

Como deben conectarse y dada la naturaleza física de la electricidad surge el segundo deber, que consiste en la necesidad de una constante coordinación entre los actores del sistema, lo que se busca en términos amplios es el equilibrio entre la producción y el consumo que asegure el menor costo posible y permita operar un sistema seguro. El órgano encargado de que esto ocurra es el CDEC, de acuerdo a lo establecido en el artículo 225 letra b) de la LGSE.

¹⁶ Sepúlveda, op cit., p. 45.

Por otro lado, el deber de coordinación consiste básicamente en la necesidad jurídica que tienen los actores del servicio de estar en constante comunicación con el fin de evitar que se produzcan fallas y restablecer el servicio lo más rápido posible en casos de apagones, según señalan los artículos 137 y 138 de la LGSE.

La infracción de este deber de coordinación es uno de los motivos por el cual la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ha sancionado a las empresas eléctricas cuando hay *black outs* o apagones que afectan a los usuarios finales y del cual surge del deber de indemnizar los daños derivados del corte de suministro por la falta en el estándar de conducta debido establecido en las leyes y reglamentos que regulan la actividad, incurriendo así en responsabilidad.

b. Deberes específicos de las empresas eléctricas distribuidoras

Para determinar los elementos a analizar a la hora de imputar responsabilidad a las empresas distribuidoras resulta relevante preguntarnos en primer lugar, cuáles son sus obligaciones, y en segundo lugar, cual es la naturaleza jurídica de éstas.

Respecto a la identificación de las principales obligaciones que deben cumplir las empresas distribuidoras es posible señalar que además de los deberes de interconexión y coordinación antes descritos, existe por un lado la obligación de suministrar energía¹⁷ que contiene las obligaciones de dar servicio a quien lo solicite dentro de su área de concesión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 125 de la LGSE, y por otra parte la obligación de disponer permanentemente del suministro de energía que permita satisfacer el consumo proyectado para los 3 años siguientes¹⁸, esta obligación está dada con el fin de garantizar el objeto de las distribuidoras, cual es la actividad de llevar la energía hacia los usuarios finales localizados en su área de concesión específicamente determinada mediante el decreto que la otorga¹⁹.

Por otro lado, el legislador impone el deber de compensar a clientes regulados en aquellos casos en que se interrumpa el suministro de manera injustificada, esta segunda obligación demuestra que el legislador a otorgado una posición de garante de las distribuidoras frente a los clientes regulados en cuanto los obliga a compensar incluso en aquellos casos en los que no está probada la responsabilidad de la distribuidora, permitiendo a esta última repetir el pago en contra de quienes resulten ser los verdaderos responsables, como se verá más adelante.

¹⁷Evans y Seeger, op cit., p. 23.

¹⁸Sepúlveda, op cit., p. 46.

¹⁹Evans y Seeger, op cit., p. 3.

En cuanto a la naturaleza de la obligación de suministrar energía a los clientes regulados, es posible señalar que se trataría de una obligación de resultados²⁰, puesto que la empresa distribuidora debe necesariamente hacer llegar la electricidad a sus clientes, la diligencia empleada no es relevante si no se cumple con la obligación de suministro a la hora de determinar el incumplimiento de la obligación y la aplicación de la sanción correlativa por parte de la SEC. Una de las posibles explicaciones para que se imponga esta carga a dichas empresas es el carácter de servicio público de la distribución de energía eléctrica por el cual es aplicable el principio de la continuidad del servicio. El profesor Vergara Blanco ha definido el principio de continuidad como “la prestación ininterrumpida de suministro eléctrico”²¹. Es posible entender como excepciones a este deber una interrupción aceptada y prevista por la legislación, es decir, la causal de justificación es restrictiva y excepcional.

De este modo, es posible concluir que la obligación de suministrar energía es de resultados dado que por su carácter de servicio público no basta la sola diligencia, se requiere que el servicio sea continuo, por lo que la interrupción se permite solo en casos calificados, como es el caso fortuito o fuerza mayor.

²⁰ Entendemos obligación de resultados como aquella en que el cumplimiento de la obligación está dado por la satisfacción del interés primario del acreedor y no por el simple empleo de un estándar de diligencia debido como sería en el caso de las obligaciones de medio.

²¹ Vergara, Alejandro, Derecho Eléctrico, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 366.

Por otra parte, cuando el servicio falla por infracción de los deberes antes mencionados, surge el deber de compensación que está consagrado en el artículo 16 B de la Ley N° 18.410. El cual señala que las distribuidoras deberán compensar a los usuarios por interrupciones no autorizadas del servicio, sin perjuicio de poder repetir en contra de los verdaderos responsables. La obligación de compensación es de garantía, puesto que la distribuidora siempre deberá responder ante los clientes regulados, independiente de si incurrió o no en culpa o si hay o no un vínculo causal entre el daño causado y el actuar de la empresa, teniendo siempre presente que podrá repetir contra los verdaderos responsables.

3. Sanciones en caso de incumplimiento

En aquellos casos en que las empresas eléctricas incumplen sus deberes y obligaciones, el ente fiscalizador, en este caso, la SEC tiene la potestad de sancionar ya sea mediante amonestaciones escritas, aplicación de multas y, en los casos de mayor gravedad, incluso con la clausura del establecimiento.

a. Determinación de la naturaleza jurídica y el objeto de la sanción administrativa

Previo al análisis de la pregunta sobre el fin y naturaleza jurídica de la sanción administrativa nos referiremos brevemente a la legitimidad de ésta. Durante mucho tiempo ha sido criticado que la administración pueda aplicar sanciones, quienes se oponen a ello argumentan básicamente una abierta contradicción con el principio democrático de división de poderes, donde sólo al poder judicial le corresponde juzgar y sancionar las conductas antijurídicas.

Dicha postura crítica ha sido abandonada por la tesis que se fue forjando a través de la jurisprudencia de los tribunales superiores de España conocida como “la tesis de la potestad punitiva del Estado y sus dos manifestaciones”²² y que aún cuando requiere de ciertos ajustes parece la forma más óptima de explicar esta potestad, ya que supone que el *ius puniendi* es uno, pero se expresa en dos potestades; la administrativa sancionatoria y la penal de los tribunales judiciales. Así la jurisprudencia española señala: “La administración que resignó en los tribunales muchas de sus potestades represivas, conservó

²² Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Editorial Tecnos, 2005, p. 86.

en sus manos -como señala la doctrina- un evidente poder penal residual, al margen de teorías sobre división y separación de poderes y funciones”²³.

El reconocimiento anterior, también lo podemos encontrar presente en nuestro país a través de este Dictamen de La Contraloría General de la República referente a una reclamación de las empresas eléctricas “tanto la potestad sancionadora penal como administrativa, constituyen una manifestación del *ius puniendi* general del Estado, razón por la cual se ha entendido que es posible aplicar -con matices- los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, ámbito de los cargos que en materia eléctrica ahora interesan”²⁴. O explicado en palabras más simples, la aplicación de la sanción por el ente administrativo se justifica “por existir un vínculo entre esa potestad y las autorizaciones o concesiones administrativas de que disfrutaban las empresas destinatarias de las sanciones”²⁵, es decir, quien disfruta de los beneficios otorgados por la administración a través de una concesión también debe hacerse cargo de las pérdidas y obligaciones que la actividad conlleva.

En nuestro país, el mensaje de la Ley N° 20.600 expone de manera completa y resumida la opinión reinante: “Si bien sobre la sanción administrativa ha existido

²³ Nieto, op. cit., p. 87. citando STS 8 de octubre de 1988 (Ar 7458, Reyes).

²⁴ Dictamen Contraloría General de la República N° 63.697N11

²⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, t. II, Editorial Thomson Civitas, 2002, p. 165.

bastante discusión, nuestro Tribunal Constitucional ha ido estableciendo ciertos criterios y estándares que legitiman su aplicación por parte de las autoridades administrativas, en tanto éstas representan el interés público y no los intereses de parte”²⁶. Superada esta discusión damos por cerrado el paréntesis referente a la legitimidad.

Corresponde ahora referirnos a la naturaleza jurídica y fin de la sanción administrativa. Es menester señalar que la electricidad es un servicio de extrema utilidad o necesidad pública, de ahí que tenga el carácter de derecho público, y que por tal se rija por sus principios, entre ellos uno de los de mayor importancia para el presente caso es el de continuidad definido anteriormente y que en síntesis pretende que no se produzcan los conocidos apagones o *black out*.

Lo anterior genera que existan dos obligaciones para las empresas distribuidoras de electricidad, una de suministrar la electricidad a los clientes y otra de compensar a los mismos cuando dicha obligación se ve quebrantada. Así, la infracción no autorizada al deber de suministrar energía eléctrica da lugar a una correlativa sanción administrativa que se manifiesta en una multa, por lo general.

²⁶ Historia de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, Mensaje del Ejecutivo. p. 9.

Mientras que la obligación consagrada en el artículo 16 B de la Ley N° 18.410 busca la compensación a los clientes regulados que han sufrido una interrupción no autorizada del suministro eléctrico, esto es, pretende hacerse cargo de los perjuicios causados a los particulares.

Ambas consecuencias jurídicas son distintas y por ende, tienen distintas finalidades. Así el profesor Eduardo Cordero define la administrativa como “un mal infligido por un órgano administrativo que supone una conducta ilícita por parte del particular y una finalidad esencialmente represora”²⁷. Esta finalidad represora confirma lo anteriormente dicho quedando de manifiesto que la naturaleza jurídica de esta sanción es imponer un castigo a la empresa infractora y no contempla la reparación de los daños de las víctimas directas, puesto que no está dentro de sus fines.

El propio proyecto de ley del Ejecutivo, que dio origen a la Ley N°19.613, señalaba que: “la sanción administrativa consiste en cualquier medida correctiva o disciplinaria aplicada por la administración a una persona, como consecuencia de una conducta ilegal, a resultas de un procedimiento

²⁷Cordero, Eduardo, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014, p.4.

administrativo y con una finalidad puramente represora”²⁸. Es decir, la finalidad de estas sanciones no es reparar el daño causado a los clientes regulados que sufren el perjuicio, sino que buscar impedir la vulneración a la normativa, a través de métodos disuasivos como las sanciones y a la vez que si dicha sanción se llega a aplicar sirva de ejemplo para los otros posibles infractores, es decir, se les incentiva a otorgar un servicio continuo y de calidad, ya que en caso de que no cumplan con ello, se aplicará la multa.

Lo anterior queda reflejado en la sanción aplicada a Chilectra S.A. la cual dispone que teniendo presente las facultades sancionatorias de la Superintendencia, se deja constancia que para determinar el monto de la multa se tomará en cuenta “la aplicación de la multa como herramienta efectiva para el mejoramiento de la calidad y seguridad del suministro eléctrico que la concesionaria entrega a sus clientes”²⁹, regulando una vez más en pos del bien general, sin tomar en cuenta la compensación privada a la víctima.

Habiendo quedado determinada la naturaleza de la sanción, diremos que toda esta regulación tiene como fin último proteger el interés general de la nación, y no velar por el interés particular de cada individuo, ello se justifica en el carácter público del derecho eléctrico, ya que los bienes objetos de la materia son de

²⁸ Historia de la Ley N° 19.613 que modifica la ley 18.410, con el objeto de fortalecer el régimen de fiscalización del sector; entre otros introduce el artículo 16 B.

²⁹ Superintendencia de Electricidad y Combustible, sanción a Chilectra S.A., Res. Exe. N° 3256.

carácter público, es por ello que el Estado debe intervenir, administrarlo y supervisarlos. Tal como se señala en los objetivos de la LGSE “otorgar al Estado los instrumentos de control, de regulación, normativas necesarias y suficientes para un funcionamiento racional del sector”³⁰.

Se pretende resguardar las condiciones que propendan al interés general a través de una sanción, esto es que en los mercados donde existe libre competencia, propender a ella y que en los mercados con fallas como el presente, supervisarlos e intervenir para que funcione del modo más eficaz posible.

De este modo, es en los mercados con fallas, ya sean asimétricos o monopolios naturales como el presente, la administración interviene más agresivamente dando origen a una regulación (Mercados Regulados). “En definitiva, no cualquier regulación determina que un mercado tenga esta condición, pues se requiere la existencia de un supuesto previo (fallas del mismo) y de una intervención más intensa por parte de los órganos administrativos en la gestión empresarial”³¹. La falla está en que se trata de un monopolio natural, el que funciona de manera más eficiente de ese modo, pero que evidentemente trae

³⁰ Vergara, op. cit., p.3.

³¹ Cordero, Eduardo, “Sanciones administrativas y mercados regulados”, Revista de Derecho, Valdivia, Volumen XXVI - Nº 1, 2013, p.125.

los problemas de un monopolio dejando a los consumidores en una posición vulnerable a los posibles abusos de estos gigantes, y por ende, quien debe intervenir regulando y sancionando en contrario es el Estado.

Como vemos, el objeto de la regulación eléctrica “en principio, se encuentra en una necesidad evidente: los consumidores no cuentan con la capacidad y los medios para determinar la calidad de los productos y servicios que se les ofrecen, y el mercado tampoco puede imponer tales condiciones”³². ¿Pero en qué consiste dicha protección al consumidor o cliente regulado? ¿Significa ello que las normas administrativas sancionan a las empresas que causan un perjuicio a los clientes? y luego de sancionarlas ¿Dejan al cliente particular en el estado anterior a la ocurrencia del perjuicio, es decir, lo dejan indemne?

Podríamos responder someramente estas preguntas sintetizando lo anteriormente tratado, esto es, que en el mercado eléctrico la Superintendencia interviene sancionando con una multa a beneficio fiscal a las empresas eléctricas que infringen la obligación de coordinación y suministro, con el objeto de incentivarlos a que entreguen un óptimo servicio a los clientes, todo lo cual obedece a una regulación que tiene como fin último un correcto funcionamiento del mercado y la sociedad.

³²Cordero, op. cit., p. 124.

b. Deber de compensación

En una segunda etapa, luego de la sanción administrativa queda un vacío frente al particular que soporta el perjuicio directo de la infracción del suministro, el cual pretende ser cubierto a través de la compensación del artículo 16 B de la Ley N° 18.410. A continuación analizaremos, en qué consiste este deber de compensar a los clientes regulados, y si dicho artículo cumple con su objetivo, puesto que en caso de que este no sea suficiente tendríamos que recurrir en una tercera etapa a la regulación común de responsabilidad civil para intentar dejar indemne al cliente.

Teniendo en consideración lo señalado en la sección anterior es posible concluir que la sanción administrativa no tiene por objeto la reparación de los daños causados, así habrá necesariamente concurrencia entre la sanción administrativa de derecho público y la reparación de daños en el ámbito privado. Haciéndose cargo de lo anterior el legislador establece el mecanismo de compensaciones que fue tratado a propósito de las obligaciones de las empresas distribuidoras ante sus clientes en el artículo 16 B de la Ley 18.410, en el se refiere a las compensaciones que están obligadas a pagar las empresas distribuidoras de electricidad a los clientes sometidos a régimen de regulación de precios en aquellos casos en que se producen interrupciones o

suspensiones no autorizadas de suministro. El artículo referido hace un cálculo del *quantum* de la compensación *ex ante*, señalado que será el duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio.

Cabe preguntarse entonces si la cuantía de la compensación cubre efectivamente los daños sufridos por aquellos clientes. Pareciera ser que el agente regulador hizo un cálculo de acuerdo a los estándares referenciales promedio, pero es evidente que no es un cálculo real y no se hace cargo de los daños efectivos que se pueden haber sufrido por un cliente en alguna situación particular, por ello a través de esta memoria se pretende determinar la facultad que tendría un cliente regulado de demandar en sede civil la indemnización de perjuicios que corresponda al daño efectivo sufrido.

c. La dificultad del derecho a repetir de la distribuidora.

Asimismo se pretende abordar un segundo problema enfocado en la facultad de repetir de las distribuidoras, esta situación quedó al descubierto a raíz de los apagones que hubo el 14 de marzo de 2010, donde la SEC, mediante Oficio Ordinario N° 10.426 de 3 de octubre de 2011, ordenó el abono inmediato de compensaciones relativas a interrupción de suministro de energía eléctrica en

los términos previstos en el artículo 16 B de la Ley N° 18.410 a la empresa distribuidora CGE Distribución S.A.

Posteriormente las empresas distribuidoras interpusieron recurso de protección con fecha 4 de noviembre de 2011 ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago con el fin de que el oficio ordinario mencionado fuera declarado arbitrario e ilegal por no serle imputables los daños que debían reparar mediante compensaciones. Sosteniendo que no corresponde ser cargado con el riesgo de pagar compensaciones mientras no estuvieran determinados los responsables de la falla de manera definitiva.

Al ser requerida la SEC para informar sobre los hechos reclamados en el recurso de protección, ésta señaló que “pese a haberse identificado a los responsables de la falla, de acuerdo al texto legal, no resultaba procedente que este organismo fiscalizador ordenase la concurrencia de los mismos en el pago de las compensaciones procedentes, toda vez que (...) es un deber que recae sobre las empresas de servicio público de distribución de energía eléctrica, que

se hace exigible cada vez que tenga lugar una suspensión o interrupción de suministro no autorizada en conformidad a la ley o a los reglamentos³³.

Los tribunales superiores que conocieron de la reclamación presentada por la empresa eléctrica confirmaron el criterio de la Superintendencia, señalando además que la reclamante estaba obligada al pago de compensaciones siempre que haya “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” es decir, basta que la interrupción o suspensión no sea autorizada para que haya lugar a la compensación, independiente de no estar determinada la responsabilidad o de que la ley contemple casos de indisponibilidad como causal de exención de ésta, ya que distingue la obligación de compensar con la de suministrar y dichas causales sólo son aplicables a la segunda³⁴.

Es evidente que si la distribuidora no fue la responsable del corte de suministro que dio lugar al pago de compensaciones debe existir un mecanismo de repetición del valor pagado, es por eso que le mismo artículo 16 B otorga la posibilidad de repetir el pago ante los verdaderos responsables, ahora bien,

³³ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Oficio Ordinario N° 12.781, 30 de noviembre de 2011, p.7.

³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 21514-2011.

este mecanismo de restitución no está regulado de manera adecuada, surgiendo otros problemas. Por ejemplo, la dificultad que representa para la distribuidora obtener el pago efectivo de quienes hayan resultado responsables de acuerdo a lo determinado por la SEC dada la falta de determinación de responsabilidad, una muestra evidente de ello es la demanda ingresada con fecha 29 de diciembre de 2014 por parte de la empresa distribuidora mencionada, en la cual se dirige en contra de 116 empresas como sujetos pasivos de la acción de repetición del valor pagado por concepto de compensaciones.

Lo anterior demuestra claramente que hay un problema a la hora de determinar responsabilidades dentro del mecanismo de reparación de daños, tanto desde el punto de vista del sujeto que debe pagar por los perjuicios causados, como de la forma de determinación de los verdaderos responsables del daño causado. Como veremos más adelante, este problema será de gran relevancia a la hora de proponer un sistema de reparación de daños complementario a las compensaciones establecidas por el artículo 16 B de la Ley N° 18.410.

II. CAPITULO: COMPENSACIONES ARTÍCULO 16 B LEY N° 18.410

1. Deber de compensar a los clientes regulados afectados.

El artículo 16 B de la Ley N° 18.410, introducido por la Ley N° 19.613 señala en su inciso primero: “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”.

Analizando el primer inciso de este artículo lo primero que podemos concluir es que la regulación administrativa establece una especie de protección a los clientes regulados o consumidores, a través de una sanción -normalmente multa- que se aplica siempre a las empresas eléctricas que integran el Sistema Interconectado que incumplen su obligación de suministrar energía, lo cual queda expresado con la frase “sin perjuicio de las sanciones que correspondan”. Junto con ello, establece a la vez, una evaluación legal de los

perjuicios a través de la obligación de compensar al consumidor o cliente regulado con un equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio no autorizado, que recae en las empresas distribuidoras, las que con posterioridad podrán repetir contra los verdaderos responsables.

En relación a lo anterior, en materia civil el profesor Hernán Corral señala que “un hecho que es sancionable administrativamente (con multa, por ejemplo) si produce daño a otro (y el daño es consecuencia directa de la conducta sancionada), da lugar a ambas responsabilidades: contravencional (para los efectos de cumplir la sanción legal impuesta) y civil (para reparar el daño producido)”³⁵. En otras palabras, para este autor más allá de la discusión sobre la naturaleza de las sanciones es un hecho que estas concurren en conjunto con la responsabilidad civil del mismo modo que lo hacen las infracciones penales, es decir, si un mismo hecho infringe la normativa administrativa y a la vez ese hecho causa un daño a un tercero, el responsable será sancionado con multa (por lo general) y tendrá además la obligación de reparar el perjuicio causado.

Este criterio básico en materia civil, no tiene aplicación general en la responsabilidad del derecho eléctrico, ya que muchas veces las empresas

³⁵ Corral, Hernán, “Lecciones de Responsabilidad civil extracontractual”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 23.

sancionadas con multas a beneficio fiscal por cometer infracción a la obligación de suministro, no son las mismas que deben compensar a los clientes regulados, dicha obligación de compensar recae siempre en las distribuidoras aun cuando no sean las infractoras, surgiendo un primer problema específico, tal como se manifiesta en la demanda de “GCE en contra de TRANSELEC y en subsidio todas las Empresas Eléctricas que resulten responsables”.

Muy ligado a lo anterior, surge otro problema referente al criterio que la SEC utiliza para dar lugar a las compensaciones del artículo 16 B de manera casi automática sin detenerse a evaluar previamente que a quien está sancionando haya cumplido con los requisitos de responsabilidad por culpa al infringir el deber de suministro.

En efecto, nos encontramos con un gran problema que se refiere a la insuficiencia de esta compensación la cual al materializarse en la devolución del duplo de la energía no suministrada, no satisface necesariamente el perjuicio del cliente regulado, dado que muchas veces el daño ocasionado por el corte de electricidad es superior a este, lo cual estaría en directa contradicción con nuestra normativa civil, que establece la obligación de compensar y dejar indemne a la víctima. Además, la propia Ley N° 19.496 de Protección a los Derechos del Consumidor en el artículo 3 estipula “el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños morales y materiales en

caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor”.

De este modo, el artículo 16 B que está enfocado a la reparación del particular no cumple ese objetivo, por ello, debemos recurrir a la legislación común y general de nuestro ordenamiento, y buscar las respuestas en esta para poder ajustar la regulación eléctrica con lo que ella manda, con el objeto de lograr dejar indemne a la víctima del daño que le causó la interrupción de suministro. No perdiendo de vista, que igualmente estamos en presencia de un mercado con normas propias.

Continuando con la exposición de este problema toca analizar la siguiente frase del Tratado del profesor Barros “por lo general, el juicio de responsabilidad civil tiene por objeto que se declare una indemnización, cuya medida es el daño sufrido”³⁶. De dicha afirmación entendemos dos cosas, en primer lugar, tenemos que por lo general el objeto es que se declare una indemnización, lo cual no siempre será así, ya que para que ello ocurra se deben cumplir con los otros requisitos de la responsabilidad, mientras que en segundo lugar cabe destacar que la indemnización debe ser de igual medida al perjuicio sufrido, esto ya que como recientemente dijimos nuestra legislación consagra una

³⁶ Barros, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 38.

reparación íntegra del daño, lo cual tampoco debe entenderse en el extremo de pretender una reparación exacta.

Todas estas ideas no logran aplicación en la normativa eléctrica, porque el duplo de la energía no suministrada que consagra el artículo 16 B no sirve para compensar el daño patrimonial causado a -por ejemplo- los almacenes, restaurantes, y comercio que pierden su mercadería o ventas al no poder funcionar por la falta de electricidad, sin embargo nadie se hace cargo de estos perjuicios.

Como vemos existen problemas específicos y otro principal en este artículo; por un lado, existe una gran carga impuesta en la distribuidora la cual siempre debe compensar al usuario, aun cuando no sea ella la infractora y sancionada por la SEC, junto con ello ocurre que en ocasiones se sanciona por los cortes de suministros condenando a las distribuidoras a compensar, sin tomar en cuenta los presupuestos para que proceda la atribución de responsabilidad, o las indisponibilidades aceptables que están reguladas por la ley. Mientras que por otro lado, tenemos como problema principal que en muchas ocasiones cumpliéndose todos los requisitos de la responsabilidad por culpa, el duplo de la energía no suministrada no es suficiente para dar lugar a la reparación íntegra del daño causado al privado.

Es decir, en ocasiones esta compensación es insuficiente (problema principal) y en otras la compensación debiera ser improcedente (problemas específicos), siendo necesario aclarar que no por ello, son contradictorios ambos problemas.

Así la SEC se vale de este artículo para siempre obligar a la distribuidora por la interrupción o suspensión de suministro no autorizado en su afán de dar protección a los clientes regulados. Sin embargo, ello no siempre se cumple, ya que en un extremo, existiendo responsabilidad de la *concesionaria*³⁷, el cliente pudo haber sufrido un daño mucho mayor a la restitución del duplo de la energía -como señala la ley- no satisfaciéndose el perjuicio del particular. Mientras que en el otro extremo, nos podemos encontrar con que no haya existido culpa, relación de causalidad o perjuicio e incluso que exista una indisponibilidad permitida e igualmente la SEC condené a la distribuidora a la restitución del duplo de la energía.

A continuación profundizaremos en el primer y segundo problema ya que ambos se encuentran entrelazados. Es pertinente para esto mencionar la opinión de la SEC³⁸, la cual en lugar de establecer que la obligación de

³⁷ Cabe mencionar que concesionarias son tanto las generadoras como las distribuidoras, y que sin embargo y sin mayor fundamento en el artículo 16 B dicha carga recae sólo en las distribuidoras.

³⁸ Superintendencia de Electricidad y Combustibles “la norma legal reconoce que las compensaciones son un mecanismo que pretende resarcir el patrimonio de los usuarios regulados, más allá de la sanción que sea aplicable. Vale decir, las compensaciones operan existiendo o no sanciones de por medio”. 2011b, 4. en: Quintanilla, Jorge, “Compensación por

compensación se genera como consecuencia de la infracción a la norma administrativa, las separa y permite que se compense aún cuando no se haya comprobado dicha infracción y su consiguiente sanción.

En otras palabras, en el entender de la SEC, el cliente regulado tiene derecho a la compensación establecida en el artículo 16 B aun cuando se determine que no hay responsable de la interrupción o suspensión de suministro, con lo cual se daría lugar a la procedencia de compensaciones bajo un esquema, prácticamente de responsabilidad objetiva, o bien se da lugar a la compensación de la distribuidora cuando los infractores –determinados así por la SEC- son otros.

De este modo, para la SEC la sanción administrativa de multa o amonestación por interrupción en el suministro eléctrico, no es necesaria para dar lugar a la obligación de compensar a los clientes regulados, ésta última se trataría de una obligación que siempre debe ser cumplida.

Quedando en evidencia el primer problema, referente a la carga impuesta en la distribuidora designada como la única de todas las empresas, que debe compensar siempre, independiente de que se aplique o no sanción

interrupción no autorizada del suministro eléctrico”, Revista Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica, N° 19, 2014, p.222.

administrativa a las otras. Ello, porque el razonamiento de la SEC no toma en cuenta que se requiere primero de responsabilidad infraccional del sujeto que infringe la obligación de suministrar energía, para luego -y sólo como consecuencia de lo anterior- hacerlo soportar la obligación de compensación del artículo 16 B, sino que las hace independientes.

De este modo, no se debiera tratar de una responsabilidad objetiva, y automática que sobrevenga en caso de interrupción no autorizada del suministro eléctrico, sino que se deberá probar por lo menos la responsabilidad infraccional del concesionario, la cual requiere los mismos requisitos que los establecidos para el régimen general de responsabilidad por culpa.

Pero esta culpa tiene la particularidad de que debemos encontrarla en la infracción misma de la norma que establece el estándar de conducta, por lo tanto su infracción nos permite cumplir con el requisito de culpa que exige este sistema de atribución de responsabilidad civil. Puesto que de lo contrario si se llegará a la conclusión de que “la o las empresas eléctricas no incurrieron en responsabilidad infraccional, las compensaciones que se hubieren pagado anticipadamente a los clientes regulados resultarían jurídicamente improcedentes, pues, carecerían de causa”³⁹, ya que no existiría motivo o fin que las justifique o de origen a ellas. Por otro lado, y para descartar plenamente

³⁹ Quintanilla, op cit. 224p.

la atribución de responsabilidad objetiva, sabemos su carácter excepcional, de modo que para que tenga este carácter debe estar establecido expresamente por la ley.

Habiendo quedado planteado el escenario, las soluciones a estos problemas en términos amplios serían las siguientes:

a. Primer problema: la enorme carga de la distribuidora

Este tema será tratado extensamente en el siguiente título, pero a modo introductorio dejo planteado que se debiese hacer responsables de compensar directamente ante los clientes a quienes infringieron la obligación de suministrar energía. O bien, antes de que la SEC investigue y determine a o los responsables, todas las empresas deben abonar inmediatamente a las distribuidoras, para que de este modo todas asuman la carga y una vez determinada la culpable, ésta inicie un proceso de devolución y reliquidación de lo dado por las que se encuentran exoneradas.

b. Segundo problema: la responsabilidad automática que se atribuye a los distribuidores.

Como ya mencionamos anteriormente, se deberían evaluar en una primera instancia el cumplimiento de los requisitos de responsabilidad por culpa infraccional del sujeto infractor y luego a éste atribuir la obligación de compensar.

Junto con ello, se deben respetar las indisponibilidades de suministro aceptables, que en virtud de un criterio de racionalidad y proporcionalidad, reconoce que es imposible obtener el 100% del cumplimiento del servicio, materia que se encuentra regulada en el artículo 245 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante RLGSE, y pretenden descontar a las distribuidoras del valor a compensar, las indisponibilidades aceptables, es decir, las infracciones al suministro que en virtud del reglamento le fueron permitidas, lo anterior sólo opera en materia de compensación, no en la sanción administrativa.

Sin embargo, la SEC no las ha tomado en cuenta para calcular las compensaciones reguladas en el artículo 16 B, argumentando que el mencionado artículo 245 se refiere a indisponibilidades de calidad de generadoras y transmisoras y no a compensaciones. Agregando, que en caso de que estuvieren relacionadas serían contradictorias prevaleciendo el artículo 16 B por sobre el artículo 245 por ser una ley y no un reglamento, además de haberse dictado con posterioridad.

Jorge Quintanilla, abogado especialista en derecho eléctrico, niega lo anterior a través del “principio de inderogabilidad singular de los reglamentos”⁴⁰, del nombre se desprende que sólo se pueden derogar el total de un reglamento, y no una parte de él, así no se podría excluir el artículo 245 sólo en lo referente a su aplicación en las compensaciones del artículo 16 B. Para este autor es admisible que las indisponibilidades aceptables no operen en sede administrativa, ya que su lógica es distinta se rigen por el principio de continuidad y sus sanciones deben aplicarse como castigo por el ejecutivo con el objeto de prevenir que otro posible infractor actúe, junto con poner de manifiesto el restablecimiento del orden jurídico, no obstante deberían aplicarse siempre en la etapa de compensaciones.

Ahora si se cumpliera efectivamente con el descuento de las indisponibilidades aceptables en el monto que las empresas deben compensar, cabe la posibilidad de que como contrapartida se genere una afectación a los clientes regulados. No obstante la explicación que parece más aceptable es que en realidad no se puede hacer responsable a las empresas de todo evento. En este mismo sentido, la doctrina civil reconoce que “el derecho presupone cierto grado de distribución de los irrogados al pretensor de la reparación, pues alguna dosis de ellos suele ser soportada por la víctima sin que se atribuya al victimario el deber

⁴⁰ Quintanilla, op. cit., p.227

jurídico de satisfacerlo”⁴¹. La doctrina es clara en establecer sólo “alguna dosis”, lo cual no alcanza a quebrantar o contradecir el principio de reparación integral del daño.

c. Tercer problema: la insuficiencia de la compensación

La Ley N°19.613 que introdujo el artículo 16 B dotó a las compensaciones de una naturaleza indemnizatoria y siguiendo las reglas generales del derecho común, ésta debiera comprender para reparar la totalidad del perjuicio tanto el daño emergente como el lucro cesante provocados por las suspensiones o infracciones de suministro, de este modo, podríamos encontrar la solución al problema principal aplicando las normas de indemnización de estos daños.

El primero atiende al detrimento real y efectivo sufrido en el patrimonio como consecuencia del *black out*, lo que en el caso de restaurantes y almacenes sería, por ejemplo, la pérdida de mercadería que requiere estar congelada, o en casas particulares el daño directo podría corresponder a los electrodomésticos dañados.

⁴¹ Alterini, Atilio, “Responsabilidad Civil, Límites de la reparación civil, Buenos Aires, Editorial Abedo-Perrot, 1999, p. 19.

El segundo es un concepto que tiene mayor relevancia en el comercio que en los hogares y se enfoca en las utilidades que ciertamente pudieron adquirir los comerciantes en circunstancias similares, y que no pudieron producto del apagón; entre ellos, se tomaría en cuenta lo que dejaron de vender haciendo una proyección de un día y hora similar, descontando lo pertinente a mano de obras y obtención del servicio en sí.

2. Compensación inmediata. Explicación de esta situación conforme a la normativa civil

El profesor Enrique Barros señala que “la obligación indemnizatoria nace cuando se cumplen copulativamente las condiciones de responsabilidad”⁴², así la responsabilidad civil nace cuando se verifican todos los requisitos que ella supone, esto es; acción u omisión o incumplimiento contractual, según el tipo de responsabilidad, daño, culpa o infracción a la norma y causalidad, de este modo, no se podría atribuir la obligación de compensar sin antes determinar que existe responsabilidad.

Como ya sabemos este supuesto no se aplica en la relación de “cliente – distribuidor – infractor”, debiendo el distribuidor siempre compensar con la garantía de que con posterioridad tendrá la posibilidad de repetir lo dado en

⁴² Barros, op. cit., p. 881.

contra del o los que resulten responsables, ahora cuán efectiva es esta repetición y cuál es la naturaleza y lógica de estas relaciones. Son las interrogantes en las que nos centraremos a continuación.

El primer problema planteado en título anterior, referente a la enorme carga de las distribuidoras, se concreta en la compensación que efectúa la distribuidora antes de que quede determinada la responsabilidad de esta u otra de las empresas, ya que la ley le impone la obligación de compensar de inmediato, a través del inciso 3 del artículo en cuestión, el cual señala: “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”.

Como vemos esta obligación no se ajusta con la responsabilidad civil común que requiere de manera ineludible el cumplimiento de todos estos requisitos, y en efecto al no exigir la compensación del artículo 16 B el cumplimiento de todos esos requisitos debemos deducir: ¿ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos?

a. Responsabilidad por hecho ajeno

La primera figura jurídica a analizar que podría explicar este hecho en el derecho común es la responsabilidad por hecho ajeno, la cual funciona como excepción a la regla general del artículo 2314 del Código Civil referente a que cada uno responde de su propio delito o cuasidelito, así esta excepción de responsabilidad por hecho ajeno funciona sólo cuando “el autor está al cuidado o bajo la dependencia de otra persona a quién debe obediencia: ésta es civilmente responsable de ese delito o cuasidelito”⁴³, sin embargo queda descartada de plano ya que este tipo de atribución de responsabilidad supone una relación de dependencia o cuidado, supuesto que no coincide con la relación simétrica y de igualdad que existe entre las empresas integrantes del sistema eléctrico.

b. Obligación de garantía

Cabe remitirnos ahora a este tipo de obligación y a qué entendemos por ésta; una clara definición que responde esta interrogante es la que señala lo siguiente: “No interesa la culpa del fabricante, del vendedor de productos elaborados, no indagamos en torno a un incumplimiento imputable frente al

⁴³Alessandri, Arturo, “La Responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 306.

daño causado al consumidor porque, seguramente la indagación resultaría infructuosa. Afirmamos que el productor o quien ofrece la mercancía que produce daño al consumidor debe responder por ese daño porque es garante de un resultado que el evento dañoso muestra por sí mismo frustrado”⁴⁴.

Desprendemos entonces, que estamos en presencia de una obligación de garantía, donde el sujeto encargado de entregar el servicio o bien, debe hacerse responsable de los perjuicios que este provoque a quien los recibe, que en este caso serán los clientes regulados, lo cual se encuentra en directa relación con el deber general de no causar un daño a otro, y cuya violación da lugar a la responsabilidad civil.

De este modo, estaríamos tomando un deber general del derecho civil, quedando establecido ex ante quien será el responsable en caso de daño, y cuando esto ocurre no se indaga en la negligencia que pudo haber tenido quien lo ocasionó, sino que se da lugar a la responsabilidad automáticamente, lo cual se fundamenta en la socialización del intercambio y de los riesgos, sobre todo en aquellos mercados monopolistas, donde un agente tiene el poder de negociar e imponer las condiciones a sus contrapartes. De ahí la necesidad de estas obligaciones de garantía, para lograr a partir de la socialización del intercambio,

⁴⁴Zannoni, Eduardo, Cuestiones relativas al daño en Responsabilidad Civil. en: Jornadas de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Dr. Roberto Brebbia, Rosario, Provincia de Santa Fe. Editorial Vélez Sarsfield, p. 27.

una socialización de los daños, sobre todo en un mercado monopolista como es el eléctrico evitando los posibles abusos que estos puedan cometer en contra de los clientes regulados.

Como vemos, las obligaciones de garantía otorgan gran utilidad en la vida moderna, beneficio que reciben los clientes regulados de las empresas distribuidoras de electricidad, quedando estas en posición de garante y debiendo responder de los perjuicios generados por la interrupción no autorizada del suministro, siendo este tipo de obligación un perfecto modelo para explicar la naturaleza de la obligación de la distribuidora.

Ahora el problema que vemos en esta situación es que la distribuidora no es la única empresa encargada de entregar el servicio eléctrico y en cambio es la única que debe responder directamente ante los clientes, por tanto, no nos parece justa esta situación, ya que en muchas ocasiones pudieren no ser ellos los responsables en la cadena de generación-transmisión-distribución de electricidad, es decir, lo justo es que se responda al cliente en virtud de esta obligación de garantía, pero no es justo que siempre deba hacerlo la empresa distribuidora.

Nuestra preocupación parece ser recogida, por el reciente ingreso del Proyecto de Ley de Subtransmisión al Congreso Nacional en su artículo 72-18, el cual

entre sus objetivos contempla modificar la obligación impuesta a las distribuidoras, ya que aún cuando mantiene que estas deben compensar por la infracción de suministro a los clientes regulados, innova en que dicho pago deberán informarlo al Coordinador quien se encargará de repetir en contra de las empresas que la SEC ha determinado previamente como responsables, evitándoles de este modo, el extenso y gravoso juicio de repetición a las distribuidoras, y mejor aún no siendo necesario esperar que la determinación de los responsables por la SEC se encuentre firme, en caso de que estas impugnen las sanciones infraccionales ante los tribunales superiores.

De acuerdo al proyecto señalado “(...) Dentro de los diez días siguientes de haber realizado el abono, y conforme a lo que se indique en el reglamento, los suministradores que han abonado deberán informar al Coordinador, entre otros datos, los montos y cantidad de usuarios compensados, para que éste, en ejercicio de sus facultades, proceda a requerir la contribución a quienes la Superintendencia individualice como responsables, a prorrata de dicha responsabilidad. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se resuelva en las impugnaciones judiciales que se puedan interponer, ni de las acciones de repetición contra quienes finalmente resulten responsables, en cuyo caso y de existir diferencias, estas deberán ser reliquidadas por la misma entidad y

pagadas por el o los responsables”⁴⁵. La trascendencia de esta modificación es de suma importancia tanto así que ya se ha dado a conocer en el diario⁴⁶ como noticia de contingencia nacional donde de manera muy certera expresan el problema que hemos estado tratando en esta tesis.

La postura se funda en que a pesar de que las distribuidoras tienen la posibilidad de repetir en contra de los que resulten responsables, lograr identificarlos por la SEC y más aún esperar a que la sanción impuesta por la SEC esté firme, esto es, con posterioridad a los eventuales recursos ante la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema que pueden interponer los sancionados por la infracción administrativa, alegando normalmente una disminución de la multa o falta de responsabilidad de su parte, hace extremadamente lento la espera por repetir, imponiendo gratuitamente una carga en las distribuidoras que el resto de empresas integradoras del sistema interconectado, no tienen.

⁴⁵ Ministerio de Energía, Proyecto de ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional, fecha ingreso 4 agosto de 2015, p. 126. <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 20 de agosto 2015]

⁴⁶ Así se señala: “Dado que las distribuidoras son las que entregan el servicio al cliente, son ellas las instruidas a compensar cuando ocurre un corte de suministro. Sin embargo, en muchas ocasiones la falla se produce en la generadora o en la transmisora...” PEREZ-CUETO, C. 2015. Cortes de luz: eléctricas deberán compensar automáticamente a clientes. [En línea] La Tercera, Negocios <<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/06/655-635437-9-cortes-de-luz-electricas-deberan-compensar-automaticamente-a-clientes.shtml>>[consulta en línea: 22 agosto 2015]

En efecto, lo que se pretende es aminorar la carga de las distribuidoras, pudiendo estas repetir el pago con anterioridad y sin necesidad de que esté firme y ejecutoriada la sentencia de determinación de responsabilidad llevados a cabo por la Superintendencia. Lo anterior representa un gran avance en contra de la desmedida responsabilidad asumida por la distribuidora, ya que con la aprobación de este proyecto podrá repetir en un tiempo más breve.

A propósito de lo planteado en los párrafos anteriores es atinente referirnos al problema que surge cuando la SEC sanciona administrativamente con multas a las empresas, y posteriormente estas recurren ante la Corte de Apelaciones o Corte Suprema en caso de que estas modifiquen la responsabilidad infraccional que la SEC les atribuyó. En estos casos se debiese implementar algún sistema que permita tanto a la distribuidora repetir lo dado en la compensación que efectuó a los clientes regulados, como a las otras empresas (generadoras y transmisoras) en caso de que estas ya hubiesen pagado a la distribuidora en su calidad de responsables.

3. Respuesta de la jurisprudencia, análisis de casos en que se ha aplicado el artículo 16B

A continuación expondremos casos judiciales; recursos, demandas y sentencias en los que se encuentran presentes los problemas que genera la exigua regulación de la compensación por interrupción de suministro regulada en el artículo 16 B, que como explicamos en los puntos anteriores impone la carga siempre en la empresa distribuidora de compensar a los clientes regulados.

La jurisprudencia referente a este tema logró su auge producto del apagón del 14 de marzo de 2010. A modo introductorio conviene señalar que en una primera etapa la SEC sancionó mediante multa a las empresas que infringieron el deber de suministro, principalmente TRANSELEC, CHILECTRA y ENDESA, quienes impugnaron las sanciones ante los tribunales superiores, sin tener éxito. En una segunda etapa la SEC obligó a las empresas distribuidoras principalmente CGED -entre otras- a compensar a los clientes regulados, por un monto de \$1.080.887.708 – las cuales no fueron sancionadas por la SEC con multas por infracción al deber de suministro-. En una tercera etapa tal como lo indica el inciso 3 del artículo en cuestión las distribuidoras tendrían un derecho a repetir en contra de las responsables, proceso que se está llevando a cabo en la actualidad.

Una vez finalizada la primera etapa en que la SEC determina a los infractores del deber de suministro y aplica la sanción administrativa, estos recurrieron a la Corte de Apelaciones y posteriormente a la Corte Suprema para impugnar dichas sanciones alegando que estaríamos en presencia de una “ausencia de responsabilidad por no concurrir los requisitos legales, sea porque se trató de un caso fortuito o fuerza mayor, porque se empleó la diligencia debida, porque no hay relación de causalidad, porque se trataría de responsabilidad objetiva no contemplada en la ley, etc.”⁴⁷ Alegación que encarna el tercer problema tratado a lo largo de este trabajo, argumentos que se repiten en las alegaciones de Pehuenche S.A., Ibener y Colbún S.A.

En este mismo sentido, la Empresa Eléctrica Pehuenche S.A. (generadora) interpuso recurso de apelación en contra de la sanción de multa que le fue impuesta, alegando lo siguiente: “Advierte que se establece erróneamente una responsabilidad objetiva, puesto que la recurrente fue sancionada en su calidad de integrante del CDEC, lo que es inaceptable, por cuanto dicha circunstancia no constituye presunción de culpabilidad alguna.”⁴⁸.

⁴⁷ Juzgado Civil de Santiago, Demanda GCE Rol C- 29105-2014, 23° JC.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 3342-2012, Corte Suprema Rol N°1519-2013.

Iberoamericana de Energía Ibener expresa que se “contraviene el principio de culpabilidad en que la aplicación de una sanción debe ser consecuencia de un reproche personal al sujeto imputado, y constituye una contravención al régimen de responsabilidad separada por hechos propios.”⁴⁹

Colbún alega “que no ha incurrido en infracción de los artículos 137 y 138 de la Ley Eléctrica, y en su calidad de integrante del CDEC-SIC ninguna responsabilidad puede tener por una falla que se origina en instalaciones de terceros”⁵⁰. Sin embargo, todos estos requerimientos y argumentos de estas y muchas otras empresas sancionadas con multas por la SEC fueron rechazados por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.

Por otro lado, en la etapa de repetición dirigida por las distribuidoras contra quienes la SEC determinó responsables también nos encontramos con problemas: “la falla se produjo a nivel de generación, transmisión y subtransmisión, aguas arriba de las instalaciones de distribución. Ello se comprueba por el sólo hecho que no fue objeto de cargos por parte de la SEC por este concepto y por lo mismo tampoco de sanciones. No obstante lo anterior, en cumplimiento de la mencionada disposición legal las empresas distribuidoras debieron abonar a los usuarios sujetos a regulación de precios

⁴⁹Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 3302-2012, Corte Suprema Rol N° 8462-2012.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3342- 2012, Rol Corte Suprema N°1519-2013.

afectados de sus zonas de concesión, la suma total de \$1.080.887.708 en la forma dispuesta en la misma norma legal.”⁵¹

Consta que se cumplió el supuesto del inciso 3º del artículo 16 B puesto que se produjo una interrupción del suministro, calificada como no autorizada, luego de ello se produjo el pago de las empresas distribuidoras y a la vez, la propia SEC identificó a los responsables a través de las sanciones administrativas aplicadas, lo cual fue confirmado por las Cortes de Apelaciones y por el extenso fallo dictado por la Corte Suprema en que reitera lo argumentado por aquellas, negado lugar a toda argumentación de las generadoras y trasmisoras enfocada en negar responsabilidad, por medio de alegaciones que se centran en que no se cumple con todos los requisitos de responsabilidad o que están siendo castigadas en virtud de una responsabilidad objetiva.

Así, ya pesar de haber sido condenadas en una etapa inicial en virtud de una sanción administrativas, y de que las distribuidoras cumplieron con la obligación de compensación privada, aún no han podido repetir en contra de las verdaderas responsables- según lo determinado por la SEC- es más están inmersas en un juicio al cual le queda mucho tiempo para su resolución lo que evidentemente le ocasiona perjuicios a la distribuidora, ya que además de tener

⁵¹ Juzgado Civil de Santiago, Demanda GCE Rol C- 29105-2014, 23º JC.

la carga procesal de llevar adelante el juicio, esto genera un enorme desgaste económico.

Es más el propio Tribunal Constitucional, quien aún cuando termina rechazando el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, reconoce la incertidumbre con que deben cargar las distribuidoras quienes luego de pagar, pueden ejercer su derecho de repetición: “El problema concreto de constitucionalidad se hace recaer sobre el inciso tercero del artículo 16 B, causante de la carga, riesgo y dificultades que traería para las concesionarias emprender juicios de repetición en contra de las demás empresas efectivamente responsables. Por eso las requirentes abogan porque -en vez de proceder como dice la ley- primero estas empresas responsables deberían proveerlas de los fondos necesarios para cumplir con el pago de las compensaciones, de forma que sólo una vez recibidas las provisiones, podrían verse obligadas a abonar dichas sumas”⁵², para así no recibir el impacto directo de la compensación y no tener que esperar a que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada evitando así los eventuales juicios de impugnación de las condenadas, junto con el juicio de repetición en contra de estas.

⁵² Tribunal Constitucional, recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 16 B ley 18.410, 2013, [En línea]<<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2836>> [Consulta en línea: 1 de septiembre 2015]

Finalmente, aún cuando se falla a favor de la legalidad del artículo 16 B, cabe señalar el voto disidente de este recurso donde la ministra Marisol Peña dispone lo siguiente: “la aplicación de la norma contenida en el inciso tercero del artículo 16 B de la Ley N° 18.410, en lo que se refiere a la expresión “de inmediato”, resulta discriminatoria entre particulares que se encuentran en la misma situación: ser concesionarios del sistema eléctrico, ya sea en calidad de generadoras o de distribuidoras (...) No obstante, y en concepto de quien suscribe este voto, dicho argumento no constituye un obstáculo para que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ordene el pago de la compensación a los usuarios por los verdaderos responsables de la falla aplicando las reglas generales sobre responsabilidad contenidas en la normativa eléctrica que, aunque incidan en el régimen sancionatorio, traducen los principios básicos imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, sobre la responsabilidad frente a los daños producidos”⁵³.

Lo argumentado por la ministra Peña refleja fielmente lo sostenido a lo largo de este trabajo, esto es, que la responsabilidad del mercado eléctrico que surge de la infracción del suministro se adecue a las normas del derecho común, en el sentido de no hacer responsables a las distribuidoras de compensar sin que previamente se encuentren determinados los responsables y que una vez

⁵³Tribunal Constitucional. 2013. Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del artículo 16 B ley 18.410 [En línea]<<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2836>> [Consulta en línea: 1 de septiembre 2015]

determinados estos, sean ellos quienes compensen directamente, o como segunda opción, tal como se señala en el nuevo proyecto de ley, que los responsables devuelvan a las distribuidoras lo que compensaron sin esperar a que la sanción se encuentre firme y sin necesidad de un juicio de repetición.

Habiendo quedado desarrollado el problema de las compensaciones inmediatas de las distribuidoras y expuestas sus soluciones en particular el nuevo proyecto de ley, damos por zanjado este punto, y a continuación nos haremos cargo de la insuficiencia de la compensación.

III.- CAPITULO: ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE.

Una de las conclusiones que nos deja el capítulo anterior es que el legislador no contempló los casos en que los daños son superiores a los contemplados por el artículo 16 B, por tanto con el objeto de subsanar este vacío corresponde ahora emplear las reglas de derecho común, y para ello debemos definir cuál sería el estatuto de responsabilidad aplicable a la relación entre la distribuidora y los clientes regulados.

1. Regímenes de responsabilidad contemplados en el Código Civil

Los dos estatutos de responsabilidad civil, tanto el contractual como el extracontractual tienen el mismo fin⁵⁴, el cual consiste en emplear una acción de indemnización de perjuicios para lograr la reparación patrimonial de los daños sufridos por un sujeto distinto de aquel que causo el daño. Sin embargo, a pesar del fin en común existen grandes diferencias que son determinantes para aplicar a la relación entre la distribuidora eléctrica y los clientes regulados, por ello analizaremos cada estatuto por separado y luego encasillaremos a esta última en uno de los dos estatutos civiles.

a. Responsabilidad Contractual

Para introducirnos en este estatuto expondremos una clara definición dada por la Corte Suprema, la cual señala: “La responsabilidad contractual consiste en el incumplimiento de una o más obligaciones que se deriven de un contrato, que puede también importar su cumplimiento tardío o parcial que frustre los propósitos que tuvo a la vista el acreedor al contenerla y que suele ocasionarle

⁵⁴ Cabe agregar que producto del fin en común, “la doctrina (principalmente la francesa) ha abogado por un tratamiento unitario de responsabilidad, lo cual ha sido mirado con recelo en pos de la protección del contrato como instituto básico en una economía de intercambios” en: Barros, op. cit., p. 19. Sin embargo prueba de que se ha seguido una teoría dualista es el artículo 1437 del Código Civil. el cual señala de manera separada las fuentes de las obligaciones: el contrato y el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos.

un daño, bien una disminución o menoscabo en su patrimonio, bien la privación de una ganancia legítima”⁵⁵.

La referencia al incumplimiento contractual da cuenta de la principal diferencia con el régimen extracontractual, ya que, aquel supone que entre el sujeto responsable de ocasionar el daño y sujeto que lo recibe existe un vínculo contractual previo. Ello implica que al no cumplirse la obligación originaria del contrato, se genera una obligación secundaria que consiste en la indemnización de perjuicios por el incumplimiento. En este sentido Barros señala: “La obligación indemnizatoria (obligación de segundo grado) tiene precisamente por fundamento y medida el incumplimiento de la obligación principal (o de primer grado)”⁵⁶. Siendo así, la obligación secundaria es una sustituta de la originaria, ya que sólo va a nacer y se requerirá su cumplimiento cuando la originaria no haya sido cumplida.

Por lo demás, el hecho de que sea un contrato implica que su incumplimiento - respecto de la culpa- se presume culpable, y en efecto quien recibe el daño

⁵⁵ Baeza, Nicolás. Lema, Daniel, Tesis actualización de repertorio Responsabilidad Civil Contractual, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2014, pp. 20-21. Citando Jurisprudencia: Corte Suprema, 20 de abril de 2004. LP N° 30012 (C.4°). En este sentido Corte Suprema, 28 de noviembre de 2006. R. t. 103 sec. 1°, p. 752. M.J. N° 18169 (C° 6); C° Suprema, 28 de julio 2004. L.P. N° 30585 (C.6° a 10°).

⁵⁶Barros, Enrique, Apunte de Derecho de las Obligaciones y Responsabilidad Extracontractual, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2002, p. 20.

nada tendrá que probar para recibir la indemnización, recayendo en el sujeto infractor (deudor) la carga de probar que actuó con la diligencia debida.

b. Responsabilidad Extracontractual

La responsabilidad extracontractual es aquella que surge cuando se causa un daño como consecuencia de un ilícito o infracción a un deber general de cuidado que no está establecido en un contrato. Por ende, para que nazca la responsabilidad se requiere de un daño al cual está intrínsecamente vinculado. De modo similar Alterini dispone: “Hay un deber general de no dañar y cuando se transgrede ese deber general de no dañar se origina la obligación de resarcir; ésta surge, así, con bastardía jurídica, pues tiene génesis inmediata en esa ilicitud”.⁵⁷

Como contrapartida al régimen anterior, en la responsabilidad extracontractual no existe un vínculo previo entre las partes, sino que este nace con el daño. Por tanto quien deberá probar el daño y la culpa del autor, será quien lo sufre.

⁵⁷ Alterini, Atilio, Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil, 3ª ed, Buenos Aires, Abedo-Perrot, 1999, p. 29.

2. ¿Qué régimen es aplicable al caso en cuestión?

a. Respecto a las obligaciones de las distribuidoras de compensar y suministrar energía

Tal como se expuso en el primer capítulo de esta memoria las distribuidoras tienen el deber general, al igual que las generadoras y transmisoras, de permanecer interconectadas y coordinadas entre ellas. Junto con sus obligaciones específicas que consisten en suministrar la energía a los usuarios dentro de su área de concesión y compensarlos ante la interrupción injustificada del suministro. Ambas obligaciones son distintas y tienen distinta naturaleza, por un lado la obligación de suministrar energía es una obligación de resultados que debe ser cumplida siempre y su contravención dará lugar siempre a una sanción administrativa, a diferencia de la compensación cuyo fin es servir de garantía a los privados.

Para cumplir con su obligación de suministro las distribuidoras contratan con las generadoras a través de un proceso de licitación pública, tal como lo describe el artículo 131 de la Ley N° 20.805⁵⁸, con el objeto de que las abastezcan de la

⁵⁸ Las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo de sus clientes sometidos a regulación de precios. Para dichos efectos, aquéllas deberán contar con contratos de suministro, los cuales deberán ser el resultado de procesos de licitación pública. Ministerio

energía necesaria y a continuación distribuir dicha energía a los clientes regulados con quienes tiene otro contrato regulado por la ley, traspasando así el precio que le cobraron las generadoras a los clientes regulados. Desde una perspectiva administrativa la actividad de distribución de la concesionaria importa también la de comercializar “Las compras se realizan a una o más empresas generadoras conectadas al sistema eléctrico, y las ventas se realizan a clientes libres y regulados”⁵⁹.

Ahora para que las distribuidoras puedan realizar este rol de comercializador, y hacer llegar la energía desde las generadoras hasta los clientes regulados, deben estar facultadas para ello por medio de un decreto de concesión de servicio público de distribución otorgado por el Ministerio de Energía, en virtud del cual se otorgan derechos y obligaciones que deben ser cumplidas a cambio del pago de una tarifa por parte de los clientes regulados.

Salta a la vista el rol que toma el Ministerio de Energía, quien a través de la Comisión Nacional de Energía vela por los intereses de los consumidores, a fin de evitar un posible abuso de estas empresas, ya que como señalamos anteriormente la distribución de electricidad constituye un monopolio natural y

de Economía, Fomento y Reconstrucción, Ley N° 20.805, Perfecciona el Sistema de Licitaciones de Suministro Eléctrico para clientes sujetos a regulaciones de precios, 29 enero 2015, pp. 1 y 2.

⁵⁹ Comisión Nacional de Energía. 2006. La regulación del segmento de distribución en Chile, Santiago, p. 15.

por ende debe ser regulado por el Estado, quien además de regular la relación de la distribuidora con los clientes, la sanciona con la obligación de compensar en caso de incumplimiento de suministro a través del artículo 16 B con una evaluación legal de los perjuicios.

Luego de haber expuesto las relaciones en el mercado eléctrico me parece adecuado encasillar la relación entre distribuidora y clientes regulados en un estatuto de responsabilidad contractual. El fundamento de ésta postura se encuentra en el pacto que se perfecciona con el decreto de constitución de concesión, naciendo derechos y obligaciones tanto para consumidores como para la distribuidora, de modo que en caso de generarse una infracción al suministro y su consiguiente responsabilidad, existiría desde antes del hecho dañoso una relación entre el perjudicado y el infractor. A diferencia de la responsabilidad extracontractual, donde la relación de responsabilidad surge sólo desde que se materializa el perjuicio.

Sin embargo, cabe distinguir que este régimen sería el adecuado en caso de que un cliente regulado quisiera demandar directamente a las empresas transportadoras o generadoras directamente, ya que con ellas no tiene una relación contractual como sí la tiene con las distribuidoras, sino que son estas últimas quienes dan origen al nexo entre ambas.

A continuación nos explayaremos a favor de la tesis sobre el estatuto contractual y sus consecuencias.

b. Presencia de un estatuto contractual entre clientes regulados y distribuidoras

A modo de recapitulación sabemos que existen dos vínculos contractuales; el primero entre la empresa distribuidora y la empresa generadora de electricidad y el segundo la empresa distribuidora y los clientes regulados.

En la primera relación, el vínculo es contractual ya que para mayor seguridad se necesita de un acuerdo expreso entre la distribuidora y la empresa generadora encargada de abastecerla de la energía. Este contrato se encuentra en las bases de licitación que llevan a cabo las distribuidoras para abastecerse de la generadora que logre la oferta más eficiente, en la práctica consiste en “un contrato tipo de suministro de energía para servicio público de distribución a que se refiere el inciso primero del artículo 7° de la Ley N° 20.805, que regirá las relaciones entre la concesionaria de distribución y la empresa generadora adjudicataria respectiva”⁶⁰. Sobre la naturaleza de esta relación no hay mayor

⁶⁰ Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Ley N° 20.805, Perfecciona el Sistema de Licitaciones de Suministro Eléctrico para clientes sujetos a regulaciones de precios, 29 enero 2015, pp.1 y 2.

discusión; por ello, nos centraremos en la segunda cuya postura ya enunciada en el número anterior.

La naturaleza del vínculo entre la distribuidora y los clientes regulados es discutible, esto se debe a que por una parte la jurisprudencia dice que la obligación de compensar es una obligación legal, pues nace de ella, restando toda importancia a un eventual contrato que pueda llevar a cabo la distribuidora, por otra, hay quienes opinan -a lo cual me sumo- que independiente de la evaluación legal que introdujo el artículo 16 B, existiría una relación contractual entre la distribuidora y los clientes regulados.

A primera vista pareciera que no existe un vínculo contractual, siendo los distribuidores los encargados de entregar la energía eléctrica a los clientes como últimos miembros en la cadena de suministro eléctrico. Sin embargo, uno de los objetivos de este trabajo es demostrar que sí existe una especie de contrato entre el cliente regulado y la distribuidora, uno de carácter regulado, por lo tanto, sí le sería aplicable dicho estatuto.

Lo anterior trae como consecuencia, y de ahí su importancia práctica, que el estándar de diligencia va a estar establecido por la legislación vigente al momento de celebrarse el contrato, así la distribuidora infractora podría eximirse de la obligación del artículo 16 B, alegando que actuó conforme a la

diligencia y normativa vigente a la época que celebró el contrato, ya que en virtud de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, los contratos que las empresas hubieren celebrado con anterioridad a la dictación de la norma que regula la compensación, no les sería oponible dicha obligación.

c. Argumentos a favor del estatuto de responsabilidad contractual

i. Argumentos que respaldan la presencia y convivencia de las reglas de responsabilidad civil con la legislación eléctrica. Eugenio Evans reconoce lo dispuesto en un voto disidente del Tribunal Constitucional, recogiendo las palabras de la ministra Peña quien señala: “Si bien es cierto, la regulación legal de la actividad de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica forma parte primordialmente del Derecho Administrativo Económico, perteneciente al derecho público (...) ello no excluye que dicha legislación contenga también reglas relativas a las obligaciones indemnizatorias que pueden nacer para los participantes en la actividad eléctrica. Estas son propiamente civiles”⁶¹. Lo anterior se debe a que se trata de relaciones entre agentes que son sujetos de derecho privado y por ende se les aplican plenamente las reglas de derecho común.

⁶¹ Cifuentes, Ramón, “Algunos problemas de responsabilidad civil que plantea la legislación eléctrica después de modificarse el artículo 99 bis del D.F.L N° 1”. Revista de Derecho Administrativo Económico de los Recursos Naturales (N° 3) Facultad de Derecho Pontificia Universidad de Chile, 2001, pp.709-715.

ii. Junto con ello, encontramos dentro del derecho eléctrico argumentos que siguen la línea contractual, esto, a propósito de la discusión sobre si existe o no arbitrariedad al cargar a las distribuidoras con la obligación de satisfacer la deuda sin que en realidad éstas la deban se señala -en apoyo a mantener esta situación- los “usuarios que no están obligados a perseguir a los terceros responsables, respecto de una prestación para cuya cobertura han debido entenderse con un único e impuesto proveedor, que funge como cocontratante”⁶², es decir, en pos de proteger y dar seguridad al cliente regulado se establece que quien deba compensarlo sea su cocontratante, reconociéndose abiertamente que estamos ante un estatuto contractual, el apoyo a esta tesis radica en la dificultad que presenta para el cliente demandar a un ente desconocido con quien no tiene una relación directa. En síntesis más allá de la discusión sobre este punto, queda completamente resuelto que estamos ante un régimen contractual.

iii. Otro argumento en apoyo de la tesis contractual dice relación con la posición monopólica que tiene la distribuidora en el mercado respecto a los múltiples consumidores, la cual empuja a regular las condiciones contractuales de suministro. En esta línea se expresa: “Dicha regulación efectuada por la ley en

⁶² Evans, Eugenio, Compensaciones en la industria de la electricidad ante la jurisprudencia constitucional, Sentencias Destacadas 2013. Citando considerando 10° fallo Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 16 B, 2013. [en línea]<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-211-224-Compensaciones-en-la-industria-de-la-electricidad-ante-la-Jurisprudencia-Constitucional-EEvans.pdf> [consulta en línea: 30 de octubre 2015]

materia de distribución eléctrica, la cual altera como se verá, la libertad de contratación y de configuración del contenido contractual, en lo que se refiere al contrato de suministro entre la distribuidora y los usuarios”⁶³, en otras palabras afirma la presencia de un contrato regulado.

iv. Para finalizar con los argumentos en favor de la tesis de responsabilidad civil contractual, señalamos a modo de conclusión que las distribuidoras para llevar a cabo su labor de intermediaria de energía entre generadoras y clientes regulados, pactan un contrato con ambos agentes, estando obligadas con estos últimos a prestar el servicio cuando lo soliciten dentro de su área de concesión, sin dejar de ser por ello, una relación contractual, apoyando lo anterior Cifuentes señala: “el carácter contractual de la relación entre distribuidora y cliente, si bien ella es producto de la celebración de un contrato forzoso, dada la obligación de contratar en determinados términos que pesa sobre la distribuidora. Aún más, por mucho que exista servicio público de distribución, la relación entre la distribuidora y el cliente es de derecho privado y no jurídico administrativa”⁶⁴.

Habiendo quedado demostrada en demasía la relación contractual que tiene la distribuidora tanto con los generadores como con los clientes regulados, veremos la importancia que se genera de esto.

⁶³ Cifuentes, op. cit., p. 711.

⁶⁴ Cifuentes, op. cit., p. 713.

El efecto práctico se manifiesta en que las partes al celebrar un contrato pudieron haber estipulado una responsabilidad o forma de compensación distinta a la consagrada posteriormente en el artículo 16 B que fue introducido el año 1999. Por lo demás, aún cuando no hubieren pactado expresamente una cláusula de responsabilidad, si las partes perfeccionaron un contrato con anterioridad a la entrada en vigencia de este artículo, no les debiera ser oponible su norma de compensación, ello en virtud de la irretroactividad de la ley, cuya aplicación es general en nuestro ordenamiento, ya que en virtud del artículo 22 de LERL se entiende que el contrato comprende las normas vigentes al momento de su celebración. Así muchas empresas eléctricas se podrían excusar de cumplir con la obligación de compensación a los consumidores alegando la irretroactividad de la ley y la primacía de sus contratos cuando sean anteriores al artículo 16 B. En relación a esto la Corte Suprema ha fallado en reiteradas circunstancias que la obligación de compensación tiene origen en la ley y por lo tanto no son relevantes los contratos que podrían haber entre los agentes del mercado.

Sin embargo, creo que tanto el legislador como la Corte Suprema sacrifican la seguridad y tradición jurídica en pos de proteger al consumidor, lo cual aún cuando sea loable, pasa por alto nuestra tradición jurídica, además de no cumplir siempre con el fin que tuvo en mente.

Otro efecto que se presenta al quedar determinado el régimen contractual, son los requisitos que componen este tipo de responsabilidad ya que variarían según se presenten en un estatuto contractual o extracontractual, influyendo directamente en la obligación de compensar o indemnizar. Todo lo cual, será desarrollado en el capítulo a continuación.

IV.- CAPITULO: ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD APLICABLE, ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS PROPIOS DEL RÉGIMEN ELEGIDO

La doctrina civil ha sido bastante armónica al momento de tratar los requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual, estos son: incumplimiento del deudor, perjuicio del acreedor, relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios, imputabilidad del deudor (dolo o culpa), que no exista una causal de exoneración y mora⁶⁵.

1. Incumplimiento contractual:

En sede contractual tal como lo señala el artículo 1545 del Código Civil los contratos son una ley para las partes y por tanto deben ser respetados, tanto

⁶⁵ Ramos, René, De las obligaciones, Colección Manuales Jurídicos, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 239-240.

así que su incumplimiento se presumirá culpable. El fundamento de esta norma lo podemos encontrar en el *pacta sunt servanda*, cuyo significado nos señala que los pactos deben ser observados, denotándose el tinte ético de la norma en el que los hombres deben hacer honor a la palabra empeñada. Así el mero hecho de no cumplir con lo pactado genera la infracción al ordenamiento jurídico, el cual hace que la misma sea ilícita, ocasionando una responsabilidad de la que sólo se podrá eximir si se prueba la diligencia debida o alguna causal de exención de responsabilidad. Fuera de estos casos, los afectados tendrán las acciones judiciales para exigir de los infractores el cumplimiento de lo prometido en el contrato.

De este modo, en materia de responsabilidad eléctrica, el incumplimiento imputable consiste en la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, afectando parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución.

Por otro lado, y dando paso al requisito subsiguiente, la responsabilidad civil exige que para que este incumplimiento tenga el carácter de imputable debe tratarse de un hecho voluntario del infractor, el que en efecto debe ser capaz, de este modo, tendremos por cumplido este presupuesto básico ya que el sujeto infractor es una persona jurídica (concesionaria) que como tal tiene la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones. En este sentido el

artículo 13 de la LGSE señala respecto a la capacidad para ser titular de una concesión eléctrica que “sólo podrán otorgarse a ciudadanos chilenos y a sociedades constituidas en conformidad a las leyes del país”, condición que necesariamente deben cumplir las distribuidoras al licitar el servicio eléctrico.

2. Culpa

En este requisito nos detendremos y abordaremos con mayor profundidad, debido a la importancia que ha tenido en nuestra tradición civil para dar lugar a la atribución de responsabilidad por culpa, la cual en mayor o menor medida aún perdura. Este requisito nos indica que estamos en presencia del sistema general y supletorio de responsabilidad -en oposición al sistema de responsabilidad objetiva que prescinde de ella- lo cual tiene su explicación en el contexto de la dictación del Código Civil, ya que en dicha época era impensada la posibilidad de hacer responsable a un sujeto de un daño causado sin dolo o culpa.

Toca ahora determinar ¿qué es la culpa? Como sabemos no existe una definición legal de culpa, pero nuestra doctrina ha señalado que se trataría de la falta del cuidado debido en el cumplimiento de un contrato o la conducta susceptible de causar daño a otro.

La culpa sirve en efecto, como un requisito por antonomasia para obligar a un hombre que causa daño a otro a repararlo, ello se justifica en la imprudencia de su actuar o en el no cumplimiento de a lo que se encuentra obligado en virtud de un contrato, siendo el primer supuesto el usado en la responsabilidad extracontractual y el segundo en la contractual.

Junto con ello, cabe agregar que de dicho artículo 44 también se desprende que la responsabilidad civil por culpa es objetiva en el sentido de que debe apreciarse en abstracto, esto es, con independencia de las circunstancias personales de un sujeto.

a. Culpa infraccional

Ahora bien, como dijimos en los capítulos anteriores en el derecho eléctrico específicamente el artículo 16 B, estaríamos en presencia de una responsabilidad por culpa infraccional esto es aquella en la que se incurre cuando se infringe la norma que ordena actuar de determinada forma, incumpléndose ello, se da por establecido que actuó de manera imprudente y por ende se deja satisfecho el requisito de culpa para atribuir responsabilidad, debiendo luego pasar a verificar las otras exigencias.

En este mismo sentido Barros señala “Tratándose de la culpa infraccional, usualmente basta acreditar la infracción a la norma para dar por establecida la culpa. En estos casos es la autoridad pública quien sopesa ex ante los riesgos previsibles y establece la regla de conducta, de modo que el discernimiento del cuidado debido es efectuado por la autoridad pública”⁶⁶. Ello en virtud de la peligrosidad del daño que se pueda ocasionar o de su alta probabilidad de ocurrencia.

Ahora, dada la particularidad del derecho eléctrico en el artículo 16 B la relación que se da en la obligación de compensar tiene dos sujetos: la concesionaria de distribución y los clientes regulados. La culpa de los primeros se verificaría por el simple incumplimiento del servicio de suministro no autorizado por ley o reglamento, sin importar que sean los distribuidores los causantes o no del *black out*. La única forma que tenemos para explicar lo anterior es que sin dejar de ser responsabilidad por culpa infraccional estamos en presencia de una obligación de garantía, donde quien carga con esta posición es la distribuidora por formar parte del sistema eléctrico.

⁶⁶ Barros, op.cit., p. 91.

b. Prueba de la Culpa

La frase señalada anteriormente de que el incumplimiento se presume culpable tiene su aplicación en este punto, y en efecto quien deberá probar que no actuó de manera negligente será el sujeto infractor de la obligación.

En este sentido, en la relación de compensación que se da entre los distribuidores de electricidad y los clientes regulados, estos últimos serán compensados aún cuando no se haya probado la negligencia de los distribuidores en la infracción del suministro, ni la de los otros agentes (generadores y transmisores). Esto se debe a que en la culpa infraccional, la vulneración a la norma que obliga a proporcionar el suministro implica necesariamente que si se actuó de ese modo, se incurrió en culpa.

Por otro lado, cabe mencionar que existe otra etapa donde sí existe un análisis más exhaustivo respecto a los agentes que incurrieron en descuido o negligencia de su obligación, quien se encarga de esta investigación es la SEC, sancionando con multa, por lo general a los sujetos a quienes se les imputa la infracción, del mismo modo que estos podrán alegar que actuaron diligentemente.

c. Causal de exención de responsabilidad: caso fortuito

Dada la singularidad del mercado y relación en que nos encontramos, revisaremos qué ocurre en derecho eléctrico sólo con la causal de exención de responsabilidad referente al caso fortuito o fuerza mayor, ya que es la única que tiene relevancia práctica.

La fuerza mayor o el caso fortuito han sido entendidos como el imprevisto al que no es posible resistir y que por tal genera la exención de responsabilidad del deudor, surge entonces la siguiente pregunta ¿Quién debe soportar el caso fortuito o fuerza mayor en los contratos de suministro de electricidad?

En materia eléctrica, aún cuando no existe una norma expresa que haga asumir a uno de los dos el caso fortuito, en la práctica ocurre que cuando existe un corte de suministro, por un terremoto, temporal o caída de algún árbol que afecte el tendido eléctrico no se condena ni a los distribuidores ni a los generadores ni transmisores, asumiendo sin más los clientes regulados, siguiéndose la lógica del derecho civil y nuestra racionalidad jurídica.

3. Daño

La responsabilidad tiene una función reparatoria que se determina por el daño causado, de ahí la enorme importancia de este requisito en la atribución de responsabilidad. “Para que exista responsabilidad civil se requiere un daño (...) Desde el instante en que el autor del daño y la víctima son dos personas diferentes, va a surgir un conflicto, por pedirle la víctima al autor la reparación del perjuicio sufrido. Ese conflicto es todo el problema de la responsabilidad”⁶⁷.

Tal como señalamos en el capítulo II de ese trabajo, no estamos conforme con la reparación de los daños en el derecho eléctrico, por ello indagaremos en el régimen común, e intentaremos aplicar sus normas a este mercado regulado.

Primero que todo cabe hacer mención a los principios que rigen la determinación del daño indemnizable en derecho común: La indemnización debe ser completa, comprendiendo sólo daños directos y ciertos, debe tratarse de perjuicios sufridos personalmente por la víctima, los cuales además deben probarse.

La principal norma corresponde al artículo 1556 del Código Civil que señala: “La indemnización de perjuicios comprende daño emergente y lucro cesante, ya

⁶⁷ Mazeaud, Henri y León, Tunc, A, “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, t. I, vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- Amé, 1963, p.2.

provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. Cabe agregar que quedará fuera la aplicación del daño moral, ya que, en materia de compensación eléctrica dada la particularidad de los sujetos contratantes sería de gran dificultad su determinación y aplicación.

a. Lucro cesante:

Comenzaremos con el análisis del lucro cesante, y es que resalta a la vista el especial trato que le da el Código Civil, centrándolo en normas de responsabilidad contractual, a pesar de la extensión jurisprudencial o doctrinaria a la responsabilidad extracontractual en virtud del artículo 2329.

Respecto a su definición la doctrina es más bien general al señalar que se trata de “la pérdida de una ganancia o utilidad derivada del hecho dañoso o del incumplimiento de una obligación”⁶⁸. Cabe agregar que esta pérdida de ganancia es igualmente cierta (aunque no absoluta) y determinada al igual que el daño emergente, por tanto para establecer cuáles fueron estos perjuicios se atenderá a la ganancia que dejaron de percibir a consecuencia de la interrupción o suspensión del suministro, estableciéndose una proyección de lo

⁶⁸ Elorriaga, Fabián, “Daño físico y lucro cesante”. en: Court, E. De La Fuente, F, Eloirriaga, F, López, J, Martínez, J, Rosso, G, Derecho de Daños, Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile, 2002, p. 54.

que no pudieron ganar a consecuencia directa del corte de suministro, tomando en consideración las circunstancias concretas y de normalidad.

Distinto es el caso para el daño moral, ya que cuando ocurre un *black out* un ciudadano común puede asumir el riesgo del incierto que genera el apagón, difícil sería intentar una acción de indemnización por el daño moral que éste pudiera generar o por la imposibilidad de llevar a cabo con normalidad la rutina diaria de vida.

Sin embargo, en el área laboral o del comercio, los clientes regulados se ven mayormente afectados, un vendedor hará esta proyección con las entradas o productos que no pudo vender, con la comida que tenía preparada y no pudo servir en su restaurante, entre otros múltiples supuestos, todos los cuales hayan perdido esta oportunidad. Surge aquí lo conocido en la doctrina como “perdida de una chance”, debiendo existir la posibilidad real de que estos clientes afectados reclamen ante la autoridad pertinente para obtener una indemnización justa por lo que perdieron, ya que tenían la posibilidad legítima de aumentar su patrimonio.

b. Daño emergente

En este tipo de daño consiste en “empobrecimiento, pérdida material o disminución real y efectiva experimentada por el patrimonio del acreedor (...)”⁶⁹, esta clara definición pasaremos a determinar cuáles serían los daños directos generados por la infracción al artículo 16 B.

Los daños directos causados a un cliente regulado, serían fácilmente determinables para éste supuesto se tendría que verificar su empobrecimiento directo, que sería comúnmente la pérdida de electrodomésticos, de productos congelados que perduran en máquinas gracias a la electricidad, todos los cuales dejaren de funcionar o su fin se perdiera a consecuencia del corte de suministro.

El problema que anticipamos ahora consiste en que muchas veces no hablamos de un solo cliente sino de millones de ellos, lo que nos llevaría a materias de intereses difusos, donde nos será difícil determinar a todas las víctimas y cuáles han sido sus intereses dañados, incluyendo daño emergente y lucro cesante. Sobre este punto nos referiremos latamente en el último capítulo de esta tesis.

⁶⁹ Elorriaga, F, op. cit., p. 56.

4. Relación de causalidad entre el perjuicio y el incumplimiento

Este elemento no pierde importancia producto de que el incumplimiento se presume culpable, por el contrario es igualmente necesario para dar lugar a la responsabilidad y su sucesiva indemnización de perjuicios, debiendo estos daños ser consecuencia “directa y necesaria”⁷⁰ del incumplimiento culpable o doloso de la obligación. En doctrina se dice, además, que la causalidad está compuesta de dos elementos; uno normativo y otro naturalístico, teniendo el primero el carácter de directo, mientras que el segundo el carácter de necesario, siendo ambos imprescindibles para dar lugar a la responsabilidad.

El requisito normativo se ha desprendido, entre otras, del artículo 1558 el cual en términos simples da a conocer que el infractor no puede ser responsable de consecuencias excesivamente lejanas a las de sus actos, sino sólo de consecuencias directas generadas del no cumplimiento de la obligación, delimitando así el amplio elemento naturalístico.

De este modo, debe existir una razonable proximidad que puede asimilarse a la previsibilidad ya que muchas veces influyen otros hechos o acciones en esta cadena de generación del daño, ejemplo por excelencia de este punto es la canción inglesa que señala que “a causa de un clavo el imperio perdió la

⁷⁰ Alessandri, op. cit., p. 176.

guerra”⁷¹ afirmación que escapa de toda credibilidad y que toma en cuenta sólo el elemento naturalístico, dando cuenta de lo que sucedería si no utilizáramos el elemento directo.

Sin entrar a exponer debates más profundos sobre la causalidad, ya sea que se trate de una cuestión de hecho o de derecho. Es menester referirse ahora a la causalidad en la responsabilidad que impone la SEC en las empresas eléctricas, tanto distribuidoras como generadoras y transmisoras. Existe un número no menor de reclamos de estas empresas en que alegan la falta de causalidad entre sus acciones y la infracción del suministro, esto se debe a que al tratarse de un sistema interconectado es difícil determinar la negligencia de una de las actoras y diferenciarlo del actuar de las otras empresas. Por otro lado, las distribuidoras siempre deberán compensar a los clientes, aun cuando no exista una causa directa entre su actuar y el perjuicio causado al cliente regulado.

De este modo, podemos ver una gran amplitud en el nexo casual, puesto que en ocasiones las empresas son responsables en su calidad de integrantes de este sistema estableciéndose una presunción de culpa a todo evento, sin que

⁷¹ A causa de un clavo la herradura se perdió, a causa de la herradura el caballo se perdió, a causa del caballo el jinete se perdió, a causa del jinete el mensaje se perdió, a causa del mensaje la batalla se perdió, a causa de la batalla la guerra se perdió, a causa de la guerra el imperio se perdió, a causa de un clavo el imperio se perdió. Citada por GOLDENBERG, I, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984, p.15.

muchas veces exista un nexo causal razonablemente próximo entre la acción imputable y el daño. A diferencia de lo que ocurre en eléctrico, existen otras leyes especiales que exigen este requisito conforme a la normativa civil; así la Ley N° 19.300 trata la responsabilidad por daño ambiental en el artículo 52 inciso segundo: “Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acredita relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.

La atribución de responsabilidad por culpa en el ámbito eléctrico debiera hacer más patente la exigencia de todos los requisitos de este régimen, y apoyándose en la noción de previsibilidad presente en la culpa y causalidad exigir la reparación de los perjuicios que pudieran generarse tomando en cuenta el curso normal de los hechos o acciones, condenándose sólo al responsable, lo cual se refuerza aún más por el hecho de que estamos en una relación contractual donde sólo se responde de los perjuicios que se previeron al tiempo de celebrar el contrato, salvo que pueda imputarse a dolo. Todo esto con miras a lograr una solución más ajustada a derecho, sin pretender beneficiar a uno de los agentes por sobre el otro.

5. Mora

El artículo 1557 del Código Civil dispone que: “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es

de no hacer, desde el momento de la contravención”. Luego el artículo 1551 del mismo Código nos señala los casos en que se entiende que el deudor está constituido en mora: “1° Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2° Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; 3° En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

Para efectos de este trabajo diremos que la mora consiste en el retardo, imputable a dolo o culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación, unida a la interpelación del acreedor. La hipótesis queda reducida sólo a la mora del deudor, quedando descartada la del acreedor, puesto que el objeto de análisis de infracción del suministro eléctrico, son las concesionarias quienes ocupan el rol de deudor en la obligación de suministrar la energía y compensar, del mismo modo centramos este concepto en una relación contractual.

Ahora respecto al requisito de requerimiento del acreedor exigido en el numeral tercero del artículo citado, no sería necesaria su ocurrencia ya que este operaría “en los demás casos”, es decir, cuando no estamos en presencia del numeral primero o segundo, y en este caso creemos estar dentro del numeral primero, ya que se trata de un contrato regulado en que la concesionaria asume

la obligación de suministrar la energía eléctrica por un periodo y en un lugar determinado, no siendo necesario el requerimiento judicial.

V. CAPÍTULO: POSIBILIDAD DE DEMANDAR PERJUICIOS CIVILES POR INTERRUPCIÓN DE SUMINISTRO ELÉCTRICO

1. Costos

Nunca un particular ha demandado a alguna de las empresas eléctricas cuando estas han infringido el deber de suministro, y le han ocasionado un perjuicio superior a la compensación que regula el artículo 16 B correspondiente al duplo de la energía no suministrada. Entre los motivos que pueden explicar este hecho, podemos mencionar los costos judiciales que incluye los honorarios de los abogados, además del incierto de ganar el litigio ya que la contraparte será siempre una empresa poderosa con la cual será difícil competir para un ciudadano común. Un segundo motivo, consiste en el mismo hecho de que nunca se haya demandado, ya que no existe jurisprudencia al respecto, y por ende, no hay algún atisbo del criterio que utilizarían los tribunales, o de la viabilidad de la misma. Una tercera razón que tiende a desalentar la demanda consiste en la dificultad de determinar al sujeto pasivo de la acción de

indemnización. Finalmente, un cuarto motivo que puede influir, es la falta de determinación del ente al cual recurrir y ejercer la demanda o denuncia, ya sean tribunales u organismos administrativos especializados. A continuación se ahondará en éstas problemáticas e intentará dar una solución.

2. Difícil determinación de sujeto pasivo de la acción: Factibilidad para la víctima de los daños de determinar quién es el verdadero responsable de la interrupción de suministro

Tal como lo señalamos a lo largo de esta tesis, el sujeto pasivo de la compensación es la distribuidora, incluso en el proyecto de ley que pretende subsanar el injusto en que estas se encuentran, las mantiene como sujeto pasivo de la acción, claro está con una serie de medidas que pretenden asegurar el reembolso de lo compensado. Sin embargo, a continuación buscaremos otras soluciones y evaluaremos distintas posibilidades de acuerdo a la luz del derecho civil.

La primera dificultad que surge al tratar de encontrar otras soluciones es la difícil determinación del sujeto pasivo, ya que en esta labor intervienen tres agentes distintos; generadores, transmisores y distribuidores los cuales

funcionan de manera interconectada, de modo que la falla de uno de estos agentes ocasiona la falla del sistema total, requiriéndose de una investigación y peritaje técnico para determinar cuál de ellos ocasionó la infracción. Como vemos, para una persona común en su calidad de cliente regulado o consumidor del servicio, le será muy difícil determinar contra quién debe reclamar una vez ocasionado el perjuicio.

Frente a ello, se podrían tener tres alternativas; la primera consistiría en ejercer una acción por responsabilidad colectiva en contra de todos los agentes que intervengan en el sistema interconectado por su cuota o en contra de uno de ellos por el total de la deuda; la segunda consiste en esperar que finalice el procedimiento regular en que la Superintendencia determina a la o las empresas responsables y ejercerlo en contra de estas; finalmente la tercera consiste en seguir el modelo del artículo 16 B antes citado y exigir a la distribuidora -quien ostentaría la posición de garante- la indemnización de perjuicios civil.

a) Alternativa posible: Demandar Responsabilidad Colectiva

La responsabilidad colectiva se refiere a aquellos casos en que interviene más de un sujeto en la producción de un daño, lo cual hace más complejo acreditar el grado de participación de los responsables y la causalidad, ya que serán distintos al modelo clásico de responsabilidad civil.

En relación a este tema, Aldo Molinari señala: “Cada vez que varios sujetos se encuentran enlazados a la producción de un daño, ello puede producirse al menos de tres maneras diversas según explica la doctrina argentina: Causalidad conjunta o común (...), Causalidad acumulativa y concurrente (...), Causalidad disyuntiva o alternativa”⁷². Siendo la primera aquella en que todos los sujetos contribuyen unidos en la creación del daño, naciendo por consiguiente una responsabilidad solidaria. En la segunda todos contribuyen de forma independiente a la comisión de un mismo daño, por lo que debieran responder de forma simplemente conjunta. En la tercera opción aquí a diferencia de los otros dos, se excluye a unos de la responsabilidad imputándose a otros, normalmente por la dificultad probatoria o porque no todos

⁷² Molinari, Aldo, De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil, Santiago, Editorial Nexis Lexis, 2004, pp. 44-45.

cumplen con los requisitos de responsabilidad, este último caso podría asimilarse más a lo ocurrido en materia de responsabilidad eléctrica.

En nuestro país la naturaleza de la obligación que nace para este tipo de responsables está regulada en el artículo 1511 del Código Civil el cual señala que cuando existan varios obligados la regla general será que respondan cada uno por su parte o cuota en la deuda, o bien se puede establecer una responsabilidad solidaria a través de la propia voluntad o ley, la cual tendrá lugar sólo si se designa expresamente.

Así, la regla general de obligación simplemente conjunta del derecho civil, podría operar en materia eléctrica mediante la demanda del consumidor a todos los agentes que componen el sistema interconectado, por su cuota de participación en la acción negligente que causó la infracción y el consiguiente perjuicio.

Una forma alternativa a ésta, para los casos en que no se sepa *a priori* la cuota de participación de los agentes en la infracción sería demandar a todos los intervinientes del sistema según su participación en el mercado. Cabe advertir que esta propuesta adolece de un vicio, y es que puede ocurrir perfectamente que existan agentes que no hayan contribuido a la infracción y consiguiente

daño por lo que sería injusto imponerles esta carga, de modo que, en caso de que se acoja esta opción, evidentemente se debiera establecer que con posterioridad puedan repetir contra él o los verdaderos responsables, algo similar a lo que ocurre con la distribuidora que debe restituir el duplo de la energía no suministrada, la diferencia estaría en que no grava específicamente a un solo agente y que si bien tiene un aspecto negativo ya que pueden haber inocentes obligados a pagar una cuota que no les corresponde, esto igualmente es un mal menor en comparación con la obligación de la distribuidora que debe responder por la totalidad de obligación.

Finalmente, la obligación solidaria operaría en materia eléctrica mediante la demanda por parte del usuario a cualquiera de los sujetos responsables pertenecientes al sistema interconectado, pudiendo exigirle el total de la reparación patrimonial, quien después podrá repetir contra los otros responsables por su respectiva cuota de participación en el daño. Esta hipótesis, se asimila mucho más con la obligación impuesta a la distribuidora en virtud del artículo 16 B, ya que se carga sólo a uno de los agentes intervinientes el cual debe responder por el total del perjuicio y no con una mera cuota como en el caso anterior. La diferencia está en que en el artículo 16 B se trata de una obligación impuesta por la ley donde se encuentra determinado tanto el sujeto pasivo como el monto a compensar, mientras que en este caso el sujeto pasivo

no está determinado por lo que el usuario podrá demandar al que tenga una mejor posición y probablemente siempre sea el mismo agente al que los usuarios demanden por sus perjuicios civiles superiores al duplo de la energía no suministrada.

Por lo anterior esta hipótesis merece ser descartada de plano, ya que aún cuando deja en una inmejorable condición al usuario es absolutamente gravosa para la empresa que resulte obligada a responder por todos los otros agentes, junto con ello, es susceptible de los mismos problemas que sufre la distribuidora en virtud del artículo 16 B, porque podrá repetir contra los otros responsables lo que necesariamente implica un juicio que genera un desgaste de tiempo y recursos.

b) Alternativa posible: Esperar a que esté firme la resolución que determina al sujeto responsable para demandarlo por los perjuicios civiles

Frente a la dificultad de determinar al sujeto responsable de la infracción de suministro -contra quien se pretende ejercer la acción de indemnización de perjuicios civil- tenemos una alternativa a la demanda por responsabilidad colectiva de los agentes, la cual consiste en esperar que termine el

procedimiento en que la SEC determina al responsable de la infracción administrativa para así ejercer la acción civil sólo en contra de aquel que se tenga la certeza sobre su responsabilidad.

No obstante, esta alternativa nos puede generar un problema en relación a la prescripción extintiva que podría afectar negativamente la acción del particular en el tiempo de espera en que la SEC determine al responsable, periodo que se puede extender aún más si este recurre a la justicia ordinaria con el objeto de impugnar la resolución administrativa, juicio que puede recorrer toda la jerarquía de los tribunales pasando de primera instancia a la Corte de Apelaciones e incluso a la Suprema, retardando en demasía la sentencia firme que determine al responsable.

El artículo 2514 del Código Civil señala que para que opere la prescripción extintiva se requiere de tiempo e inactividad del sujeto activo, dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se hizo exigible, con una duración de 5 años para las acciones ordinarias, tal como lo señala el artículo siguiente del mismo Código.

La dificultad que nos genera el artículo se encuentra respecto a cuándo es exigible la obligación, ya que según la norma debiera serlo cuando se vence el plazo en que ésta debía cumplirse, lo que llevado al caso expuesto sería en el momento en que no se entregó la energía, es decir, en la infracción misma.

No obstante, Ramón Domínguez señala: “La prescripción supone inactividad de las partes, pero así como al acreedor no le es posible cobrar su crédito mientras la obligación no se haga exigible, tampoco puede la prescripción correr en su contra mientras él no pueda demandarla”⁷³. Es necesario destacar esta última frase, pues, me parece más acertado señalar que la prescripción corre en contra de un actor desde que éste pueda demandarla, que cuando la obligación sea exigible, ya que pueden haber otros factores que influyan de impedimentos a la demanda, tales como la no determinación del sujeto pasivo -que estamos tratando- o la no materialización del daño, los cuales retardan o hacen imposible para la víctima del daño ejercer la acción de indemnización de perjuicios por haberse extinguido la obligación o transformado esta en natural⁷⁴ en virtud de la prescripción.

⁷³ Domínguez, Ramón, La prescripción extintiva: doctrina y jurisprudencia, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 173 y 174.

⁷⁴ Se hace mención a estas dos hipótesis discutidas, ya que si bien nuestro Código Civil trata la prescripción extintiva como un modo de extinguir las obligaciones en el artículo 1567, un análisis sistemático de la normativa nos lleva a la conclusión de que la obligación no se extinguiría sino que se transforma en natural subsistiendo la obligación, más no el derecho a exigirla.

La situación anterior ha sido discutida por la jurisprudencia a propósito de los daños que se verifican con posterioridad a la exigibilidad de la obligación, en este sentido se señala que: “La Excma. Corte Suprema sentó la buena doctrina, cambiando de opinión, y contó el plazo de prescripción desde el momento en que se produjo el daño, evitando con esta interpretación el absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer, porque es requisito de la indemnización la existencia del daño que puede manifestarse con posterioridad al acto culposo o doloso”.⁷⁵

Esta misma lógica es la que se debiera seguir en el derecho eléctrico cuando el usuario quiera ejercer la acción indemnizatoria en contra de la empresa responsable de la infracción, y con el objeto de impedir que la acción prescriba como consecuencia del largo tiempo de espera en que la SEC determina al responsable y eventual juicio civil de impugnación por parte del responsable, es decir, contar el plazo desde que se encuentre firme la resolución que determina al sujeto culpable, y así no caer en el absurdo que señala la cita de “que la acción resulte prescrita antes de nacer”, todo lo cual contribuiría a un fin último de impedir que esta solución sea ineficiente desde el punto de vista económico y un desincentivo para demandar la reparación de los daños.

⁷⁵Corral, Hernán, Responsabilidad civil en la construcción de viviendas: reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010, Revista Chilena de Derecho, vol. 37 N° 3, 2010, pp. 459–475. Citando el fallo Comunidad Edificio Tikal con Pocuro Inmobiliaria S.A, 2004, Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 2004, en: *Gaceta Jurídica* N° 291, 2004, p. 129.

c. Alternativa posible: demandar a la distribuidora, quien asume rol garante (tal como ocurre con la inmobiliaria en los casos de construcciones defectuosas y tomando análogamente el criterio del artículo 16 B)

Esta alternativa de solución deja como sujeto pasivo de la acción de indemnización a la distribuidora, del mismo modo que el artículo 16 B cuando la hace responsable de compensar el “duplo de la energía no suministrada”. Ello basado en que la distribuidora es el agente en contacto directo con los usuarios, la cara visible para estos, y por tanto quien estaría en una mejor posición, desde el punto de vista de los usuarios, para exigírsele la responsabilidad en caso de un perjuicio civil.

La diferencia con el artículo 16 B está en que en éste existe una evaluación legal de perjuicios correspondiente al “duplo de la energía”, mientras que en esta acción de indemnización de perjuicios civil que proponemos, el monto que se demandará será un perjuicio real, equivalente al daño generado cuando éste sea superior al duplo de la energía no suministrada.

Fuera de la normativa eléctrica, podemos indagar en la legislación común normas similares a esta alternativa de solución que tienen como pilar el establecimiento de un sujeto garante, quien deberá responder siempre que se cumpla con el supuesto de la norma. Lo anterior corresponde a la responsabilidad de la empresa inmobiliaria establecida en el artículo 2003 del Código Civil que señala en su regla 3ª: “Si el edificio peca o amenaza ruina (...) por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicios de los materiales, será responsable el empresario (...)” De este modo existiría un reconocimiento expreso en nuestro Código Civil a la figura de un agente garante que debe responder incluso sin ser él negligente.

Por lo demás en la propia Ley General de Urbanismo se regula en su artículo 18 que la inmobiliaria responderá siempre, “sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de quienes sean responsables”, evidenciándose aún más el parecido con la regulación del artículo 16 B y con la solución tratada en este numeral. Asimismo señala que las causas a la que dieron lugar las acciones de responsabilidad se tramitaran conforme a un procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil o en caso de ser varios los afectados se darán lugar a acciones de interés colectivo o difuso dispuestas en el párrafo 2º del título 4º la ley de protección al consumidor, con ciertas salvedades.

Se puede concluir que esta solución es eficiente para el consumidor, ya que al regular el procedimiento, el particular sabe ante que ente debe recurrir y por lo demás se da la posibilidad para tratar las acciones por daños colectivos a través del SERNAC. Claro que como contrapartida impone una carga a la inmobiliaria, del mismo modo que a la distribuidora según lo expresamos en los capítulos anteriores.

3. Creación de una división del SERNAC en materias de daños por corte de suministro

Ante la falta de determinación de tribunal o ente administrativo al cual recurrir cuando el cliente regulado, en su calidad de consumidor del servicio eléctrico, sufre un perjuicio superior al duplo de la energía suministrada, y ante los costos de llevar a cabo un juicio contra una empresa poderosa, junto con el pago de honorarios de abogados se desincentiva a los particulares el hacer valer sus derechos. Por ello, creo que sería conveniente crear una división dentro del SERNAC que se encargue de albergar, asesorar y dar representación a estos usuarios frente a las empresas eléctricas infractoras.

a. Demostración de por qué es aplicable

De acuerdo a lo expuesto, podemos deducir que la regulación existente que deja la labor de protección de los clientes en manos de la SEC es en cierto punto deficiente, ya que no logra cumplir con el objetivo de proteger los intereses de los clientes regulados o consumidores.

Lo anterior puede encontrar explicación en que a la Superintendencia se le han otorgado tanto las competencias regulatorias sobre prevención del funcionamiento del sistema eléctrico, como imponer las sanciones administrativas a las empresas cuando infringen la conducta que les ha sido impuesta y/o dañan a los privados. De modo que resulta complejo y confuso llevar a cabo otra labor correspondiente a las compensaciones privadas de los consumidores afectados.

En efecto y con la intención de separar las funciones, una buena opción sería dejar la protección de los clientes regulados en manos del SERNAC. ¿Podría entonces el SERNAC representar a estos clientes cuando sufran un perjuicio como consecuencia de la infracción del suministro? Para responder esta pregunta debemos referirnos a la legitimación activa con que debiera contar el

SERNAC, ya que a priori el único que cuenta con la legitimación activa ordinaria sería el propio cliente regulado.

El SERNAC requiere de una legitimación extraordinaria en virtud de la cual se permite ejercer una acción por una persona distinta del titular del derecho, dicha facultad es concedida en el artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496⁷⁶ donde se describe su competencia y encarga “(...) denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los Consumidores”; es decir, establece expresamente que este órgano público podrá en representación de los consumidores iniciar un procedimiento judicial a través de una denuncia o hacerse parte en ella, una vez que el particular lo hubiere denunciado.

Cabe señalar que el tipo de representación que debiera ejercer este órgano, sería el mismo que ejerce en la actualidad, esto es, actuar en defensa del interés individual de un consumidor, de un interés colectivo y de un interés difuso donde hubiera una cantidad determinada e indeterminada de consumidores afectados, respectivamente.

⁷⁶ En la actualidad el proyecto de ley que pretende modificar la Ley N° 19.496, contempla lo dispuesto en el artículo 58 letra g, en la letra i del mismo artículo junto a otra pequeña modificación que no cambia lo sustancialmente expuesto.

b. Sujetos e interés protegidos

La definición que nos da el artículo 1 de la Ley N° 19.496 es sumamente amplia respecto a que debe entenderse por consumidor y por proveedor, siendo el primero el destinatario final de bienes o servicios, mientras que el segundo quien produce, distribuye o comercializa esos bienes o servicios a cambio de una tarifa o precio pagada por el consumidor. Como vemos la anterior definición de consumidor se condice perfectamente con la de cliente regulado, al igual que la de proveedor con la de las empresas eléctricas, lo cual es fundamental para seguir adelante con la hipótesis de solución propuesta.

Como adelantamos, los intereses que se pretenden proteger son los derechos individuales del consumidor afectado, el interés colectivo a través de acciones que pretendan proteger los derechos de un conjunto determinado de consumidores unidos por un vínculo contractual y el interés difuso⁷⁷ en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores, el cual se presenta producto de la complejidad de las relaciones sociales y de mercado cuando los afectados corresponden a un grupo de personas indeterminado que pertenecen a un mismo lugar o categoría.

⁷⁷El cual corresponde a “Los intereses de cada uno y a la vez de todos los individuos de un grupo determinado, clase o colectividad determinada”. Molinari, op. cit., pp. 44 y 45.

Estos dos últimos intereses han sido recogidos por el SERNAC en acciones que pretenden hacer valer los derechos del consumidor tal como ocurrió en el caso “SERNAC con Aguas del Altiplano S.A.”⁷⁸, donde de manera similar al tema tratado se buscó proteger a los consumidores que sufrieron el perjuicio de la interrupción de suministro de agua a causa de una negligencia de la empresa demandada. Queda de manifiesto la utilidad que podría traer la introducción de la figura del SERNAC en el mercado eléctrico para que los clientes regulados que hayan sufrido perjuicios con la infracción al deber de suministro, puedan solicitar la acción en conjunto como un grupo de sujetos afectados, tal como en el caso al que nos hemos referido en esta tesis respecto al grupo de locatarios dueños de restaurantes o negocios, quienes debieran poder interponer, de este mismo modo, una acción en conjunto por los daños que les ocasionó el corte de luz, correspondiente a la mercadería y maquinaria descompuesta, además de las ventas que no pudieron realizar.

⁷⁸ Corte Suprema, 23 de julio de 2013, Rol N° 9025-2013 “Se interpuso por el SERNAC una demanda sobre protección del interés difuso o colectivo de los consumidores en contra de Aguas del Altiplano S.A., basada en la interrupción del servicio de suministro y distribución de agua potable en la ciudad de Iquique entre los días 7 y 12 de junio de 2011, que afectó a 31.705 de sus clientes. Se acreditó en la causa que la referida interrupción se produjo por la rotura de un interruptor de servicio que recoge las aguas servidas de alrededor del 40% de los clientes de la ciudad de Iquique. Dicha rotura fue producto de la ejecución de una obra encomendada y supervisada por Aguas del Altiplano S.A.” Y que tuvo como resultado una conciliación en la acción de indemnización de perjuicios civiles, además de la aplicación de multas por la infracción a la regulación administrativa.

c. Fin de de la propuesta

En relación a lo introducido en el punto anterior, propongo que los clientes regulados afectados por las empresas del mercado eléctrico puedan recurrir ante el SERNAC cuando se vean afectados en sus derechos, producto de una infracción de suministro que le ocasione perjuicios, mantenido la facultad de supervisión del sistema eléctrico y régimen sancionatorio administrativo hacia las empresas, en manos de la SEC.

La idea propuesta por esta parte es que los clientes regulados puedan recurrir ante el SERNAC ya sea individualmente o en grupo y expongan su caso, luego de esto, se espera que el SERNAC comunique a la contraparte –empresa eléctrica- la cual otorgue o proponga alguna solución a los clientes, quienes en caso de aceptar se llegará a una conciliación o salida extrajudicial, extinguiéndose la responsabilidad civil.

A la par y de ser necesario el SERNAC podrá comunicar y dialogar con la SEC cuando se requiera su opinión, puesto que es este órgano quien identifica a los sujetos responsables de la infracción. Para el caso de que no se llegue a acuerdo las partes tendrán que recurrir a los tribunales a través de un

procedimiento sumario tal como ocurre en la “responsabilidad de la empresa inmobiliaria”, y lo que se pretende es que quien los represente -siempre y cuando la acción tenga el merito y sea viable- sea el SERNAC.

A propósito de lo tratado en este último numeral, creo conveniente -sin ahondar profundamente ya que escapa de los límites de esta tesis- hacer mención al Proyecto de Ley⁷⁹ que pretende mejorar la protección a los derechos de consumidor, otorgando atribuciones al SERNAC que hasta entonces habían estado radicadas en las Superintendencias; facultades sancionatorias y normativas.

Sobre dicho proyecto Diego Pardow dispone: “La particularidad del proyecto de ley en actual discusión es que centraliza en el SERNAC la protección del consumidor, en lugar de crear distintos reguladores de conducta para cada mercado sujeto a legislación especial (financiero, telecomunicaciones, etc.)”⁸⁰. Esta idea parece tener gran asidero, pero creo que sería necesario agregar la creación de una “división” dentro del SERNAC especializada en la materia, para que pueda representar y dialogar fácilmente con la SEC debido al tecnicismo

⁷⁹ Proyecto que modifica la Ley N° 19.496: sobre protección de los derechos de los consumidores, <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9369-03>. Fecha de consulta [10 diciembre de 2015]

⁸⁰ PARDOW, D, “El Servicio Nacional del Consumidor de Chile (Sernac) y los reguladores sectoriales: buscando mecanismos para una mejor coordinación”, Economía y Política, 2015, pp107-136. pp 117

con que cuenta esta área, puedan actuar más coordinadamente, todo ello con fin de dar una rápida solución.

Sin embargo, difiero con el proyecto en el sentido de que creo que el procedimiento sancionatorio administrativo que realiza la SEC dentro del mercado eléctrico es óptimo, por lo que debiera permanecer en este órgano y no ser traspasado al SERNAC, sino sólo la función de protección a los clientes regulados en sus perjuicios civiles.

El objetivo planteado en este trabajo traería así, beneficios para los clientes regulados y al mismo tiempo para el órgano encargado de la protección de estos, ya que los clientes como consumidores sabrán ante que órgano recurrir para solicitar la representación cuando sufran un perjuicio, sin tener que enfrentarse solos contra una empresa poderosa en un procedimiento judicial. Junto con ello, la especificación de las funciones que deberá llevar a cabo cada órgano administrativo con la división de labores, generará una mayor especialización, dedicación y claridad de estas.

CONCLUSIÓN

Una vez finalizado este trabajo he llegado a las siguientes conclusiones: En primer lugar, la satisfacción primaria del interés privado de la o las personas defraudadas con la infracción, no autorizada al suministro, no se cumpliría mientras no reciban una reparación directa. La aplicación de una multa, o cualquier otra sanción de carácter administrativo, no tiene por objeto cumplir con la reparación de daños, si no simplemente sancionar al infractor de una norma que compromete el interés público.

Lograr una real indemnización y cobro civil es complejo ya que fuera de la insuficiente evaluación legal consagrada en el artículo 16 B, que sólo determina a la distribuidora como sujeto pasivo de la acción por “el duplo de la energía no suministrada”, no está determinado el sujeto pasivo de la acción para aquellos casos en que el perjuicio es superior a este.

Además los costos judiciales son altos, es por ello que se quiere evaluar la posibilidad de darle un rol distinto y más activo en materia eléctrica al SERNAC que tenga por objeto representar a los clientes regulados afectados aplacando

los costos judiciales, e incentivando que los daños sufridos sean reparados de alguna manera.

En relación a la carga impuesta en la distribuidora concluimos que lo ideal sería que quien debiera llevar a cabo las compensaciones del artículo 16 B, más las indemnizaciones por perjuicios civiles superiores a ésta, sea la empresa que la SEC determine como responsable de la infracción independiente de su derecho a recurrir a la justicia, es decir, aun cuando la resolución no esté firme. Sin embargo, reconocemos la dificultad práctica que ello implica, ya que, si el ente responsable fuera la transmisora o generadora, el cliente regulado no conocería al sujeto que debe demandar puesto que no existe una relación contractual entre ellos, y efecto, se debería amparar en las normas extracontractuales.

Respecto al tiempo de demora en la determinación del responsable y la consiguiente amenaza de prescripción -como dijimos- se debiera contar el plazo desde que se haya determinado al sujeto pasivo de la acción y no desde la infracción misma, este criterio es muy conveniente como método de solución al cobro de las compensaciones, con la única dificultad que claramente la reparación no sería inmediata.

Cabe, a la vez, reconocer el merito al proyecto de ley de subtransmisión eléctrica puesto que aún cuando mantiene la carga en la distribuidora permite que ésta pueda repetir inmediatamente contra el responsable, independiente de que estas ejerzan su derecho a recurrir ante los tribunales superiores y retarden el cobro, es decir, se hace cargo de una de las grandes trabas expuestas en este trabajo, sin tener que además la distribuidora encargarse del juicio de repetición, ya que, dicha labor estará a cargo de un coordinador. De este modo, urge la aprobación del proyecto en cuestión, y aún cuando el primer impacto lo reciba la distribuidora, de acuerdo a lo analizado, parece ser más viable que implementar un mecanismo de responsabilidad colectiva. Al mismo tiempo parece ser una buena solución transitoria, hasta lograr que en el futuro se pueda implementar una demandar directa contra a la responsable, que pudiera ser la transmisora, generadora o distribuidora.

Por otro lado, no podemos olvidar que para dar lugar a la compensación se deberían evaluar el cumplimiento de los requisitos de responsabilidad por culpa infraccional y una vez satisfecho esto atribuir la indemnización, respetando las indisponibilidades aceptables establecidas en el RLGSE, ya que, como dijimos la obligación de compensar y la de suministrar son distintas siendo sólo esta última de resultado cuya sanción administrativa procede siempre, con

excepción claro del caso fortuito, mientras que la compensación inmediata encuentra su fundamento en las obligaciones de garantía.

Ahora bien, en relación la insuficiencia de la compensación creemos conveniente aplicar las normas civiles de indemnización correspondiente al daño emergente y lucro cesante, excluyendo el daño moral ya que dada la naturaleza del bien es muy difícil llegar a determinar la afectación de este daño extrapatrimonial. Así cuantificaremos el daño emergente como la disminución real y efectiva experimentada en el patrimonio que sufren los clientes regulados a consecuencia del apagón, en su industria y en sus bienes averiados o descompuestos; a ello se agregará el daño por lucro cesante, el cual deberán probar según las utilidades ciertas que no pudieron percibir como consecuencia del corte de suministro, en circunstancias normales y previsible.

Dicha demanda de indemnización en contra de la distribuidora, se debiera enmarcar dentro de las normas de responsabilidad civil contractual, ya que otra de las conclusiones a las que llegamos en este trabajo es que entre el cliente regulado y la distribuidora existe un contrato regulado, del mismo modo, que el existente entre ésta y la empresa generadora que la abastece de la energía eléctrica. A menos, claro está, que el cliente regulado intente una demanda

directa en contra de la generadora o transmisora responsable, en cuyo caso se debiera regir por un sistema extracontractual.

BIBLIOGRAFÍA

A. Textos:

Alessandri, Arturo, “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Alterini, Atilio, “Responsabilidad Civil, límites de la reparación civil”, Buenos Aires, 3ª edición, Editorial Abedo-Perrot, 1999.

Araya, Fernando, “La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil”. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2003.

Barros, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Barros, Enrique, “Apunte de Derecho de las Obligaciones y Responsabilidad Extracontractual”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2002.

Corral, Hernán, “Lecciones de Responsabilidad civil extracontractual”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Domínguez, Ramón, “La prescripción extintiva: doctrina y jurisprudencia”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Evans Eugenio y Seeger María, Derecho Eléctrico, Santiago, 3ª edición, Editorial Legal Publishing, 2010.

García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás, “Curso de Derecho Administrativo II”, Madrid, 1ª edición, Editorial Thomson Civitas, 2002.

Mazeaud, Henri y Leon, Tunc, A, “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, Buenos Aires, t. I, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa- Amé Mazeaud Henri y León, 1963.

Molinari, Aldo, “De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil”, Santiago, Editorial Nexis Lexis, 2004.

Nieto, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador", Madrid, 3ª edición, Editorial Tecnos, 2005.

Ramos, René, "De las obligaciones", Colección Manuales Jurídicos, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Sepúlveda, Enrique, "Sistema y Mercados Eléctricos" Santiago, 1ra Edición, Editorial Legal Publishing, 2010.

Valdés, Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

Vergara, Alejandro, Derecho Eléctrico, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

B. Artículos:

Alcolea, José Miguel, “La separación de actividades en los grupos verticalmente integrados del sector eléctrico”, en: Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, Tomo I, aspectos jurídicos.

Baeza, Nicolás, Lema, Daniel, “Tesis actualización de repertorio Responsabilidad Civil Contractual”, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2014.

Cifuentes, Ramón, “Algunos problemas de responsabilidad civil que plantea la legislación eléctrica después de modificarse el artículo 99 bis del D.F.L N° 1”, Revista de Derecho Administrativo Económico de los Recursos Naturales (N° 3) Facultad de Derecho Pontificia Universidad de Chile, 2001.

Comisión Nacional de Energía, La regulación del segmento de distribución en Chile. Santiago, 2006.

Cordero, Eduardo, “Sanciones administrativas y mercados regulados”, Revista de Derecho Valdivia, vol. XXVI - N° 1, 2013.

Cordero, Eduardo, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014.

Corral, Hernán, “Responsabilidad civil en la construcción de viviendas: Reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010”, Revista Chilena de Derecho, vol. 37 N° 3, 2010, pp. 459 – 475. Citando el fallo Comunidad Edificio Tikal con Pocuro Inmobiliaria S.A. (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 2004 (apelación), en: Gaceta Jurídica N° 291, 2004.

Díaz, Carlos; Galetovic, Alexander y Soto, Raimundo, “La Crisis Eléctrica de 1998-1999: Causas, Consecuencias y Lecciones”, en: *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, 2000.

Elorriaga, Fabián, Daño Físico y Lucro Cesante. en: Court, E. De La Fuente, F. Eloiirriaga, F. López, J. Martínez, J. Rosso, G. Derecho de Daños. Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile, 2002.

Evans, Eugenio. “Compensaciones en la industria de la electricidad ante la jurisprudencia constitucional, Sentencias destacadas 2013”. [en línea] <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-211-224-Compensaciones-en-la-industria-de-la-electricidad-ante-la-Jurisprudencia-Constitucional-EEvans.pdf> [consulta en línea: 30 de octubre 2015] .

Momberg, Rodrigo, “Acción de interés colectivo, ámbito de aplicación de la ley N° 19.496 y régimen de multas”. Revista Chilena de D° Privado, 2014.

Momberg, Rodrigo, “Artículo 2 bis. Exclusión actividades con regulación especial”, en Francisca Barrientos, Carlos Pizarro e Iñigo De la Maza (eds.), *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing, 2013.

Pardow, Diego, “El Servicio Nacional del Consumidor de Chile (Sernac) y los reguladores sectoriales: buscando mecanismos para una mejor coordinación”, *Economía y Política*, 2015.

Perez-Cueto, C, Cortes de luz: eléctricas deberán compensar automáticamente a clientes, 2015 [En línea] La Tercera, Negocios <<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/06/655-635437-9-cortes-de-luz-electricas-deberan-compensar-automaticamente-a-clientes.shtml> > [consulta en línea: 22 agosto 2015]

Quintanilla, Jorge, “Compensación por interrupción no autorizada del suministro eléctrico”, Revista Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica, N° 19, 2014.

Rudnick, Hugh, Mocárquer, Sebastián y Cerda, Sebastián, “Propuestas sobre sanciones y multas en el mercado eléctrico”, Revista de Derecho Administrativo Económico N° 14, 2005.

Vergara, Alejandro, “Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, N°2, 2004.

Zannoni. Eduardo, "Cuestiones relativas al daño en Responsabilidad Civil. en: Jornadas de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Dr. Roberto Brebbia", Rosario, Provincia de Santa Fe. Editorial Vélez Sarsfield.

C. Normas:

Código Civil

Decreto con Fuerza de Ley N° 327, que establece el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, 1960.

Decreto con Fuerza de Ley N° 4, que modifica Decreto Con Fuerza de Ley N° 1, de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, 2007.

Ley 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 1985.

Ley N° 19.496 sobre la Protección a los Derechos del Consumidor, 1997.

Ley N° 19.613 que modifica la Ley N° 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 1999.

Ley N° 20.805 que Perfecciona el Sistema de Licitaciones de Suministro Eléctrico para clientes sujetos a regulaciones de precios, 2015, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, pp. 1 y 2.

Proyecto de Ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional, fecha ingreso 4 agosto de 2015. Ministerio de Energía. 126 p. <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 20 de agosto 2015]

Proyecto que modifica la Ley N° 19.496: sobre protección de los derechos de los consumidores <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9369-03>. Fecha de consulta [10 diciembre de 2015]

D. Historias de Ley

Historia de la Ley N° 19.613

Historia de la Ley N° 20.600

E. Resoluciones judiciales y administrativas

Contraloría General de la República, Dictamen N° 63.697 N11.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 21.514-2011.

Corte Suprema, Rol 822-2012 Rebaja los montos de las Multas impuestas por la Superintendencia de Electricidad a las Empresas eléctricas (2013).

Corte Suprema, Rol N°1519-2013, Rol de ingreso Corte de Apelaciones N° 3342-2012.

Corte Suprema Rol N° 8462-2012, Rol de ingreso a Corte de Apelaciones 3302-2012.

Corte Suprema, Rol N° 9025-2013, SERNAC contra Aguas del Altiplano S.A, 2014.

Corte Suprema, Rol N° 7447-2009 Empresa Eléctrica Guacolda S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2010).

Juzgado Civil de Santiago, Rol C- 29105-2014, 23°JC, Demanda GCE distribuidora contra Transelec, Chilectra, Endesa, y en subsidio contra todas las que resulten responsables. S.A.

Superintendencia de Electricidad y Combustible. Resolución Exenta N° 3256, Sanción a Chilectra S.A.

Superintendencia de Electricidad y Combustible, Oficio Ordinario N° 12.781-2011.

Tribunal Constitucional, Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del artículo 16 B Ley N° 18.410, 2013. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2836> [Consulta en línea: 1 de septiembre 2015]