



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**RÉGIMEN DE COMPENSACIONES A CLIENTES
REGULADOS POR INTERRUPCIONES DE SUMINISTRO EN
EL MERCADO ELÉCTRICO NACIONAL**

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

CARLOS MARTÍNEZ PARRA

Profesor guía: Enrique Sepúlveda Rodríguez

**Santiago, Chile
2018**

Agradecimientos:

*A mi familia por su amor y confianza
incondicional.*

*A mis amigos por ser una fuente inagotable de
alegrías y recuerdos.*

*A todos los profesores que han formado parte de
mi educación.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
I. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO Y ASPECTOS RELEVANTES.....	5
a. El mercado eléctrico y sus segmentos.....	6
b. Seguridad y continuidad de suministro como fundamentos del régimen de compensación.....	10
1. Seguridad como principio de la normativa eléctrica.....	10
2. La continuidad del servicio público eléctrico	13
c. Clientes sometidos a regulación de precios	16
II. COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 16 B DE LA LEY N° 18.410	19
a. Contexto histórico de la reforma	19
b. Breve mirada de la historia de la Ley N° 19.613	21
c. Régimen de compensaciones en la normativa eléctrica	24
1. Suspensión autorizada de suministro de energía eléctrica	25
2. Compensaciones por decreto de racionamiento	28
3. Análisis del artículo 16 B	31
d. Análisis crítico del artículo 16 B.....	37
1. Falta de un modelo de atribución de responsabilidad	38
2. Naturaleza e inmediatez de la compensación.....	40
e. Perjuicios experimentados por las empresas de servicio público de distribución debido a la aplicación del artículo 16 B.....	43
III. COMPENSACIÓN INCORPORADA POR LA LEY N° 20.936.....	51

a. Historia de la Ley. Breve repaso por los fundamentos y discusión parlamentaria en torno al nuevo régimen de compensación	51
b. Régimen de compensación. Procedimiento y estructura.....	62
c. Análisis crítico del nuevo régimen de compensación	69
1. Análisis del principio del debido proceso en el marco del procedimiento sancionatorio establecido en el nuevo régimen de compensación.	69
2. Montos y límites al pago de la compensación. Razones e incentivos previstos por el legislador para su establecimiento.....	84
d. Desarrollo reglamentario	98
CONCLUSIÓN.....	102
BIBLIOGRAFÍA.....	110

ABREVIATURAS

- CC : Código Civil
- CDEC : Centro de Despecho Económico de Carga
- CGR : Contraloría General de la República
- CNE : Comisión Nacional de Energía
- CISEN : Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional
- CPR : Constitución Política de la República
- CS : Corte Suprema
- EAF : Estudio de Análisis de Falla
- KwH : Kilowatt Hora
- LGSE : D.F.L N° 4, que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, De 1982, Ley General De Servicios Eléctricos, En Materia De Energía Eléctrica”.
- LSEC : Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- PPA : *Power Purchase Agreement*.
- RLGSE : Decreto N° 327 de 1998, del Ministerio de Minería que “Fija el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos”.

SAIDI : Índice Duración promedio de Interrupciones de Sistema

SEC : Superintendencia de Electricidad y Combustibles

SERNAC: Servicio Nacional del Consumidor

SIC : Sistema Interconectado Central

SING : Sistema Interconectado Norte Grande

V : Volts

VATT : Valor Anual de Transmisión por Tramo

VI : Valor de Inversión

RESUMEN

Las interrupciones no autorizadas de suministro eléctrico dan origen a multas por las posibles infracciones que se cometieron, así como también, genera la obligación, por parte de las empresas del mercado eléctrico, de pagar compensaciones por la energía no suministrada durante la falla, compensaciones que tienen su origen en los principios de seguridad y continuidad de suministro.

El régimen compensatorio original se encuentra contenido en la Ley N° 18.410, de 1985, del Ministerio de Economía, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Con la aplicación práctica de este régimen, las empresas distribuidoras se vieron perjudicadas. Aquellos perjuicios se derivan de la falta de atribución de responsabilidad, por el órgano fiscalizador sectorial, contra los reales responsables de las interrupciones y lo difícil que es obtener el reembolso de los montos compensados.

En armonía con lo anterior, la Ley N° 20.936, de 2016, del Ministerio de Energía, que establece un Nuevo Sistema de Transmisión Eléctrica y crea un Organismo Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, dentro de los cambios que introdujo al mercado, incluyó un nuevo régimen de compensación. Este nuevo régimen establece un procedimiento claro por el cual se determinará el pago de las compensaciones, elevando además los montos a compensar y obligando al órgano fiscalizador sectorial a determinar al responsable, quien deberá reembolsar el pago realizado por las empresas distribuidoras, siendo un avance respecto del antiguo régimen. El sistema de recursos establecido por el nuevo régimen es el elemento al que se debe prestar mayor atención, ya que, una interpretación errónea de los demás recursos establecidos por la legislación sectorial podría significar que la reforma genere los mismos perjuicios que se buscaba eliminar.

En consideración a que los regímenes de compensación no buscan reparar los daños sufridos por los clientes finales, los esfuerzos también deberían enfocarse en reformar los mecanismos con los que cuenta el Servicio Nacional del Consumidor para estos efectos, mecanismos

contenidos en la reciente discusión del proyecto de ley de fortalecimiento del órgano.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a las cifras entregadas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, durante el año 2017 el índice de Duración promedio de Interrupciones de Sistema (SAIDI) registró un nivel de 18,77 horas promedio en que los clientes del sector de distribución no contaron con suministro eléctrico¹. El nivel alcanzado durante el 2017 representa el de mayor valor desde la creación del índice en el año 2012.

Debe recordarse que durante los meses junio y julio del año 2017 el sistema eléctrico se vio enfrentado a contingencias de carácter climatológicas. Durante el mes de junio, un sistema frontal afectó al país entre las regiones de Valparaíso y Aysén. En el mes de julio gran parte de la Región Metropolitana se vio afectada por una nevazón, fenómeno que no ocurría desde el año 2009 y es considerado el más importante desde el año 1971.

¹ Para mayor información revisar los datos de Energía Abierta de la Comisión Nacional de Energía: <http://datos.energiaabierta.cl/dataviews/241739/CALID-DEL-SERVI-SAIDI-ANUAL/>.html

Como se puede apreciar, los fenómenos climáticos inusuales que afectaron al país durante el invierno del año 2017 incidieron en el aumento promedio de las horas de indisponibilidad de suministro eléctrico. En este sentido, de acuerdo a los datos publicados por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, durante los meses de junio y julio las familias afectadas fueron 436.582 y 577.424, respectivamente.

En cuanto al costo económico para las empresas involucradas, éste alcanzó la suma de 25.712 millones de pesos, cifra a la que habría que sumar las multas por las interrupciones del mes de julio, montos que se dieron a conocer durante el mes de enero del 2018 y que alcanzan el monto de 8,6 millones de dólares. Sólo por concepto de compensaciones legales, debido a las interrupciones de junio y julio, las empresas abonaron a los clientes afectados la suma de 4.085 millones de pesos.

A raíz de lo ocurrido durante el invierno del año 2017, fue el propio gobierno de la época el que señaló, por medio del entonces Ministro de

Energía, don Andrés Rebolledo, que era necesario reformular las sanciones, multas y compensaciones².

Las interrupciones de suministro eléctrico han sido un tema relevante en el último tiempo, esto debido a los eventos que han ocurrido en el año recién pasado, así como también por las consecuencias económicas que éstos representan. Por ello, y en razón al propósito de introducir cambios regulatorios, es necesario entender los fundamentos que motivaron la instauración de un régimen compensatorio, así como las recientes modificaciones que éste ha sufrido.

En virtud de lo anterior, este trabajo pretende analizar, primeramente, el régimen establecido en el artículo 16 B de la Ley N° 18.410, de 1985, del Ministerio de Economía, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, entendiendo las razones que llevaron a incluir un régimen compensatorio en la ley, las deficiencias regulatorias que se observaron en

² VARGAS, Felipe. Gobierno ingresará ley corta para aumentar y elevar compensaciones por interrupciones de energía. [en línea] EMOL. 24 de julio, 2017. <http://www.emol.com/noticias/Economia/2017/07/24/868153/Gobierno-anuncia-ley-corta-tras-extensas-interrupciones-electricas.html>

su aplicación práctica y que explicaron, además, la necesidad de reformar el régimen compensatorio.

En segundo lugar, y con la reciente modificación de la Ley de Transmisión Eléctrica, Ley N° 20.936, de 2016, del Ministerio de Energía, que establece un Nuevo Sistema de Transmisión Eléctrica y crea un Organismo Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, e incorpora un nuevo régimen de compensación por interrupciones no autorizadas de suministro eléctrico, se analizará la pertinencia de su incorporación, el procedimiento establecido en la ley y los posibles inconvenientes que pudiese significar su aplicación práctica.

El ejercicio anterior tiene por objetivo fundamental responder en qué medida el nuevo régimen satisface las deficiencias del antiguo, determinando, además, los puntos que debiesen ser analizados críticamente respecto del procedimiento en cuanto a su futura aplicación práctica.

I. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO Y ASPECTOS RELEVANTES

Esta primera parte tiene como objetivo caracterizar el mercado eléctrico, fundamentalmente en aquellos aspectos relevantes para el objeto de estudio de este trabajo.

Por lo anterior, primeramente, se aludirá someramente a los segmentos que forman parte del mercado eléctrico y, con ello, se entregará una visión integrada del desarrollo de dichos segmentos, esto es, generación, transmisión y distribución de la energía. En segundo lugar, se mencionarán los principios que fundamentan la existencia de un régimen de compensación. Por último, se describirán los tipos de clientes existentes dentro del mercado, especialmente aquellos sujetos a regulación de precios, objeto de estudio de este trabajo.

a. El mercado eléctrico y sus segmentos

El Sistema Eléctrico forma parte de los llamados ‘mercados regulados’ en nuestra legislación. En particular, se trata de una doble vertiente, en donde una actividad privada se vincula necesariamente con una de carácter de servicio público.

Todo sistema eléctrico tiene tres fases: generación, transmisión y distribución. Cada una de estas fases constituye un segmento físico independiente dentro del ciclo eléctrico. El regulador nacional, en consideración a dichas fases y con el objetivo de mantener la seguridad y continuidad del suministro eléctrico, dividió el mercado a su vez en generación, transmisión y distribución. Los segmentos físicos del ciclo eléctrico son la base que utiliza el regulador para organizar el mercado.

El segmento de la generación tiene por objetivo la producción de electricidad. La doctrina ha señalado 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 eléctrica³. Este segmento del mercado se caracteriza por la existencia de competencia, carece de economías de escala y grandes barreras a la entrada, y el precio se determina en gran parte por los costos marginales de producción⁴. Un aspecto importante respecto del segmento de generación es la condición no almacenable que tiene la energía⁵, esta característica condiciona en gran medida la configuración y operación del mercado, y es clave para determinar las obligaciones y deberes que deben cumplir los actores del mercado eléctrico⁶.

El segundo segmento, el de la transmisión, cumple con la función de transportar la energía. Este segmento es catalogado como un monopolio natural debido a la presencia de economías de escala, es decir, una disminución de los costos marginales en la medida que aumenta la

³ SEPÚLVEDA, Enrique. Sistema y Mercados Eléctricos. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010. p. 41.

⁴ EVANS, Eugenio y SEEGER, María. Derecho Eléctrico. Santiago, 3ª Edición, Legal Publishing, 2013. p. 2.

⁵ Históricamente el almacenamiento de energía no era considerado dentro de la planificación ni operación de los sistemas eléctricos. Con la irrupción de las energías renovables no convencionales y debido a la irregularidad de potencia generadora que éstas presentan, el almacenamiento de energía ha sido considerado como una solución. Los principales sistemas de almacenaje que se han desarrollado son los de hidroelectricidad bombeada, celdas de hidrogeno, baterías y almacenamiento térmico. Dentro de los países que han desarrollado sistemas de almacenamiento se destacan Estados Unidos, Suiza, Chile, Corea del Sur y España.

⁶ SEPÚLVEDA, op. cit., p. 43.

producción, en este caso la transmisión de energía. Si se considera, además, los altos costos de inversión, no resulta económicamente eficiente que dos o más empresas presten el mismo servicio, por lo que se justifica la presencia de sólo una. Lo anterior, implica que este segmento debe ser objeto de una detallada regulación por parte del legislador en beneficio de la prevención de posibles abusos contra los consumidores. El artículo 73 del D.F.L. N° 4, de 2007, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de D.F.L N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica, en adelante, Ley Eléctrica o LGSE, señala que: “El “sistema de transmisión o de transporte de electricidad” es el conjunto de líneas y subestaciones eléctricas que forman parte de un sistema eléctrico, y que no están destinadas a prestar el servicio público de distribución, cuya operación deberá coordinarse según lo dispuesto en el artículo 72°-1 de esta ley.”. El mismo artículo señala que en cada sistema de transmisión se distinguen los segmentos de ‘sistema de transmisión nacional’, ‘sistema de transmisión para polos de desarrollo’, ‘sistema de transmisión zonal’ y ‘sistemas de transmisión dedicado’.

El último segmento del sistema eléctrico, el de la distribución, tiene por finalidad llevar la energía a los usuarios finales. Al igual que el segmento de la transmisión, existe un monopolio natural, por lo que se justifica la presencia de una empresa prestando el servicio en un área determinada. Para poder operar como una empresa de distribución, las empresas deben contar con una concesión de servicio público de distribución. En virtud de lo señalado en el artículo 125 de la LGSE, las empresas distribuidoras están obligadas a dar el suministro de electricidad a quien lo solicite, sea que el usuario esté ubicado en la zona de concesión, o bien se conecte a las instalaciones de la empresa mediante líneas propias o de terceros.

Estos tres segmentos y las empresas que los conforman, se relacionan con otros organismos que tienen por objeto regular, fiscalizar, aplicar sanciones, resolver las controversias que se susciten entre los actores y mantener la coordinación entre los mismos. Dichos organismos son: el Ministerio de Energía, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la Comisión Nacional de Energía, el Panel de Expertos y el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional.

b. Seguridad y continuidad de suministro como fundamentos del régimen de compensación.

1. Seguridad como principio de la normativa eléctrica

En el artículo 72°-1 de la Ley Eléctrica se señala que la operación de las instalaciones eléctricas que operen interconectadas entre sí, deberá coordinarse con el objetivo de cumplir tres fines que el mismo artículo señala. Estos son: preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico, y garantizar el acceso a todos los sistemas de transmisión⁷.

Dado que la existencia de un suministro es condición necesaria para la aplicación de los principios de mínimo costo y acceso abierto, el principio de la seguridad siempre prevalecerá respecto de éstos. Por lo anterior, ante un conflicto, los principios de mínimo costo y acceso abierto deben ceder

⁷ Cabe señalar que con la última modificación de la Ley Eléctrica, será el Coordinador Nacional quien deberá autorizar la conexión a los sistemas de transmisión por parte de terceros, de acuerdo a lo señalado en el artículo 72°-4 de la misma. Con dicha modificación se corrige la falencia que poseía la legislación eléctrica anterior respecto del mismo principio, el cual estaba reconocido, pero no regulaba la forma en la que se prestase este acceso abierto.

ante la seguridad del sistema, ya que en la medida que la coordinación preserve la seguridad se podrá contar con el suministro eléctrico.

La doctrina ha distinguido dos sentidos del concepto de seguridad. En primer lugar, aquél que alude a la seguridad de los equipos e instalaciones como bienes que representan riesgos para las personas y las cosas, exigible en las normas legales, reglamentarias y técnicas, supervisado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en adelante, la SEC o Superintendencia, indistintamente. La segunda forma de entender la seguridad dice relación con un concepto asociado al funcionamiento y operación del sistema eléctrico, vinculado a un suministro estable, permanente, disponible y confiable.

El artículo 72°-1 alude a este segundo concepto de seguridad, entendiendo, además, la seguridad como un elemento que justifica la regulación de este mercado.

La Ley Eléctrica introdujo un nuevo concepto, la confiabilidad. De acuerdo al artículo 225, letra r), de la LGSE, este concepto se compone de

tres elementos: suficiencia, seguridad y calidad de servicio. Lo anterior, denota una necesaria relación entre la confiabilidad y el principio de la seguridad⁸.

Lo importante al respecto, es que la seguridad no es un concepto abstracto, sino que concreto de acuerdo a los riesgos de la operación del mercado, siendo establecidos por el legislador los niveles respecto de los cuales es razonable responder.

Si se tuviera que pensar en el mayor riesgo que se puede generar en el sistema eléctrico, se debe considerar la interrupción del suministro como uno de aquéllos más relevantes, dada la importancia de la electricidad, tanto para el desarrollo económico como para la seguridad. Lo anterior, entendiendo el suministro de electricidad como un bien básico y esencial para las personas.

De acuerdo a lo anterior, se entiende la seguridad como el principio eje de la Ley Eléctrica y, específicamente, de la coordinación del sistema,

⁸ SEPÚLVEDA, op. cit., p. 82.

centrado en la seguridad del suministro de electricidad, es aquí donde surge el problema de la continuidad de suministro de clientes regulados y libres.

2. La continuidad del servicio público eléctrico

La Ley Eléctrica en su artículo 225, letra u), define la calidad del servicio como el “atributo de un sistema eléctrico determinado conjuntamente por la calidad del producto, la calidad de suministro y la calidad del servicio comercial, entregado a sus distintos usuarios y clientes”. La calidad de suministro, en el mismo artículo en su letra w), se define como un “componente de la calidad de servicio que permite calificar el suministro entregado por los distintos agentes del sistema eléctrico y que se caracteriza, entre otros, por la frecuencia, la profundidad y la duración de las interrupciones de suministro.”.

Es en el Reglamento de la Ley Eléctrica, Decreto N° 327 del Ministerio de Minería, en adelante, el Reglamento de la LGSE o el Reglamento, indistintamente, donde se detallan los conceptos de calidad de servicio y calidad de suministro. El artículo 222, en su inciso primero, señala que la

calidad de servicio es el conjunto de propiedades y estándares normales que son inherentes a la actividad de distribución de electricidad concesionada y constituyen las condiciones bajo las cuales la actividad debe desarrollarse. Dentro de dichos estándares el mismo artículo destaca en sus letras h) e i), la continuidad del servicio y los estándares de calidad de suministro, respectivamente.

El artículo 223 del mismo Reglamento señala que “la calidad del suministro es el conjunto de parámetros físicos y técnicos que, conforme a este reglamento y las normas técnicas pertinentes, debe cumplir el producto electricidad. Dichos parámetros son, entre otros, tensión, frecuencia y disponibilidad.”,

Como se puede apreciar tanto la Ley Eléctrica como el Reglamento establecen la continuidad del suministro eléctrico como un parámetro básico de la prestación del servicio. Se debe entender la continuidad del suministro como el funcionamiento ininterrumpido de la actividad, esto es, la prestación del suministro eléctrico sin ninguna interrupción, salvo las

interrupciones autorizadas por la regulación, ya sea, por motivos de seguridad o déficit de energía.

El artículo 145 del Reglamento, a su vez, establece que “las empresas concesionarias de servicio público de distribución deberán suministrar electricidad a sus usuarios de manera continua e ininterrumpida, salvo las excepciones legales y reglamentarias.”.

Es necesario establecer un vínculo respecto de la continuidad del servicio y la obligatoriedad del mismo, principio esencial del servicio público de distribución. La Ley Eléctrica en su artículo 125 señala que “en su zona de concesión, las empresas distribuidoras de servicio público estarán obligadas a dar servicio a quien lo solicite, sea que el usuario esté ubicado en la zona de concesión, o bien se conecte a las instalaciones de la empresa mediante líneas propias o de terceros...”.Esta obligatoriedad está reiterada en el artículo 222 del Reglamento, en su inciso segundo, letra c), el cual señala que la calidad del servicio incluye, entre otros, la satisfacción oportuna de las solicitudes de servicio, en los términos y condiciones establecidos en el

propio Reglamento. Dicha obligatoriedad tiene directa relación con la zona de concesión.

Si bien las normas citadas determinan la obligatoriedad de la continuidad del suministro respecto del servicio que prestan las empresas distribuidoras, no se puede desconocer que el principio es aplicable a los demás segmentos del sistema eléctrico. La generación y el transporte son condiciones necesarias para la entrega de un suministro, existiendo la posibilidad de que se produzcan fallas, tanto en nivel de generación como transporte, que impidan su entrega. Necesariamente la continuidad del suministro debe ser entendida como objetivo de la coordinación y un principio del sistema del cual todos los segmentos son responsables, justificando, por ende, la existencia de un régimen de compensación ante una interrupción injustificada.

c. Clientes sometidos a regulación de precios

Una parte de la demanda del sistema corresponde a las empresas de servicio público de distribución de energía, para que éstas a su vez

satisfagan los consumos de electricidad de clientes sujetos a regulación de precios.

La legislación vigente distingue dos tipos de usuarios finales, dependiendo de la potencia o de la capacidad conectada que éstos tengan, por lo cual, en el mercado eléctrico existen precios libres y precios regulados; y, respectivamente, clientes libres y clientes regulados. De acuerdo al artículo 147 de la LGSE, se puede definir a un cliente regulado como aquél usuario final cuyos consumos se realizan a través de una empresa concesionaria de servicio público de distribución, dentro de su área de concesión, o fuera de ésta si el cliente se conecta por cuenta propia a las instalaciones de distribución, cuando la potencia conectada es inferior o igual a 5.000 kilowatts, o si recibe el suministro directamente desde instalaciones de generación o transporte, en sistemas eléctricos de tamaño superior a 1500 kilowatts en capacidad instalada de generación.

La regulación de precios es una protección del regulador para aquellos clientes que no poseen capacidad de negociación, con el objetivo de

resguardar el interés público comprometido⁹, estableciendo fórmulas para determinar el precio, manteniendo siempre el equilibrio eficiente entre el menor costo posible para los usuarios, incentivando, además, la inversión en el mercado. Respecto de los clientes libres, se reconoce su capacidad de negociar directamente, de manera efectiva, con las empresas generadoras mediante contratos de suministro eléctrico o los *Power Purchase Agreement*, conocidos por la sigla “PPA”.

⁹ SEPÚLVEDA, op. cit. p. 51.

II. COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 16 B DE LA LEY N° 18.410

a. Contexto histórico de la reforma

En el año 1999 se introdujo un nuevo artículo a la Ley N°18.410, que creó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en adelante Ley SEC. La Ley N° 19.613, que reformó la Ley SEC, buscó fortalecer el régimen de fiscalización del sector eléctrico. Dichas reformas se llevaron a cabo en un contexto histórico marcado por los importantes cortes de suministro eléctrico ocurridos en los años 1998 y 1999. El nuevo artículo al que se aludía anteriormente, es el artículo 16 B, artículo que introduce en la normativa eléctrica el derecho de los clientes regulados a ser compensados, siendo éste el objeto de análisis de esta segunda parte del trabajo.

La zona central de Chile fue afectada entre los años 1998 y 1999 por una severa crisis de abastecimiento eléctrico, que derivó en cortes de suministro y en la dictación de decretos de racionamiento.

Para el año 1998, el 50% de la matriz energética del país estaba compuesta por energía hidráulica. Para el siguiente año esta situación varió levemente debido a la mayor capacidad instalada de generación eléctrica en base a gas natural procedente de Argentina. Sin embargo, la energía hidráulica se mantuvo como principal fuente energética¹⁰.

El dato anterior adquiere relevancia si se considera que en la época se verificó una sequía prolongada y muy intensa. En términos de los caudales afluentes del Sistema Interconectado Central (SIC), el año hidrológico de 1998-1999 fue uno de los más secos en los últimos 50 años. Así, la sequía dio lugar a una menor acumulación de nieve en la cordillera, lo que hizo prever una menor cantidad de agua disponible durante los deshielos que debían ocurrir¹¹.

¹⁰ QUINTANILLA, Jorge. Compensación por interrupción no autorizada del suministro eléctrico. Revista de Derecho Administrativo Económico (19): 217-218, 2014.

¹¹ BERNSTEIN, Sebastián. Racionamiento Eléctrico: causas y posibles soluciones. Punto de Referencia (209): 14, 1994.

Finalmente, frente a este escenario, el 16 de diciembre de 1998, el Poder Ejecutivo ingresó al Congreso Nacional el proyecto de ley para modificar la Ley SEC.

b. Breve mirada de la historia de la Ley N° 19.613

La ley fue tramitada con rapidez. En menos de un año se encontraba promulgada y publicada, entrando en vigencia el mismo día de su publicación¹². Lo anterior, sólo denota lo relevante que era reformar el régimen de fiscalización en el sector eléctrico, así como también, el compromiso tanto del Poder Ejecutivo como de las cámaras legislativas en tramitar estas reformas. Todo simultáneamente con la crisis antes descrita.

De acuerdo al mensaje presidencial, se puede inferir que el objeto de la ley era principalmente fortalecer el régimen de fiscalización del sector, el que era considerado insuficiente¹³; por ello, el énfasis del proyecto estuvo en las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la SEC.

¹² La Ley N° 19.613 fue promulgada el 2 de junio de 1999. Se publicó el día 8 de junio de 1999, fecha coincidente con su entrada en vigencia.

¹³ Historia de Ley N° 19.613 de 1999, paginas 7-8.

En este mismo sentido, el mensaje indica que “el suministro de electricidad, como servicio de utilidad pública esencial para la población, está legalmente sujeto a exigencias especiales en su prestación. Entre éstas, la continuidad del servicio es una de las exigencias básicas que la ley establece, al imponer a todos los concesionarios de servicio público el deber de mantener las instalaciones en un buen estado, y de ajustar el servicio que proporcionen a los estándares de calidad que se fijen conforme a ella”. Dentro de las modificaciones a las facultades sancionatorias, se contempló introducir un nuevo artículo 16 B el cual establecía como infracción específica la interrupción del suministro a causa de fallas en la seguridad del sistema.

Originalmente, este artículo se pensó como una infracción, que traía aparejada una sanción consistente en una multa. El objetivo de esto era crear un incentivo, que en palabras del propio mensaje presidencial, “ello (la infracción) representará un incentivo para que las empresas mejoren la coordinación y seguridad del sistema”.

La consideración como infracción sólo perduró hasta la discusión en la Cámara de Diputados. En abril de 1999, el Poder Ejecutivo formuló indicaciones al proyecto, en ellas se establecían dos tipos de compensaciones. La primera, tenía por objeto indemnizar las interrupciones del suministro no autorizadas. La segunda, disponía la obligación de indemnizar a los usuarios en todo evento en caso de dictación de un decreto de racionamiento como consecuencia de fallas prolongadas de centrales termoeléctricas o de situaciones de sequía.

En cuanto a la primera de ellas, es decir, la compensación por interrupciones no autorizadas, se eliminó la naturaleza de infracción que se había propuesto originalmente. En este sentido, el hecho de interrumpir sin autorización el suministro, además de dar origen a las sanciones correspondientes¹⁴, determinaría el pago de una compensación a los usuarios afectados.

En la discusión en el Senado, el artículo 16 B sufrió las últimas modificaciones, las que determinarían la forma en la que sería aprobado. El

¹⁴ La indicación incorporó la frase “sin perjuicio de las sanciones que correspondan”.

cambio consistió básicamente en precisar qué usuarios serían beneficiados por esta compensación, se agregó “sujetos a regulación de precios”, con lo cual se excluyó expresamente como beneficiarios a los clientes libres.

c. Régimen de compensaciones en la normativa eléctrica

El actual artículo 16 B se encuentra en la Ley SEC dentro del Título IV de las Sanciones. Su redacción actual es la misma de la reforma que lo introdujo, es decir, no ha sufrido modificaciones desde el año 1999 hasta hoy.

El artículo dice lo siguiente:

“Artículo 16 B. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizadas a costo de racionamiento.

La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.

Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independiente del derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables”.

Lo primero que llama la atención de la redacción del artículo es que habla de “interrupción o suspensión del suministro de energía no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos”, de lo cual, necesariamente, se entiende la existencia de suspensiones autorizadas, ya sea por la ley o los reglamentos. Por lo anterior, antes de analizar el artículo 16 B propiamente tal, en el siguiente apartado se analizarán los casos en los cuales se autoriza la suspensión del suministro y que, por ende, no recibiría aplicación la compensación.

1. Suspensión autorizada de suministro de energía eléctrica

Antes de mencionar las causales, ya sean legales o reglamentarias por las cuales se puede suspender el suministro de energía eléctrica, se debe aludir al carácter excepcional de éstas. La regla general está contenida en el artículo 145 del Reglamento, el cual establece que las empresas de servicio público de distribución deberán suministrar electricidad a sus usuarios de

manera continua e ininterrumpida, salvo las excepciones legales y reglamentarias. Tal como precisa dicho artículo, la interrupción del suministro constituye la excepción a la regla general contenida en él.

Las excepciones a dicha regla son las siguientes:

i. Artículo 141 de la LGSE, en su inciso primero, señala: “en caso de servicios que se encuentran impagos, el concesionario podrá suspender el suministro sólo después de haber transcurrido 45 días desde el vencimiento de la primera boleta o factura impaga”. Norma que es reiterada en el artículo 147 del Reglamento.

ii. Artículo 155 del Reglamento, en su inciso primero dispone que “los concesionarios podrán requerir a la Superintendencia para que, en uso de sus atribuciones legales, autorice la suspensión del suministro a las instalaciones en que se detecte alguna modificación, conexión o alteración irregular.”.

iii. Artículo 224 del Reglamento, que junto con establecer que compete a cada concesionario la responsabilidad por el cumplimiento de la calidad de suministro exigida, contempla la salvedad para “aquellos casos en

que la falla no sea imputable a la empresa y la Superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor”.

iv. Artículo 140 de la LGSE. Este caso requiere algo más de análisis. Este artículo establece que las disposiciones sobre calidad, no se aplicarán en los casos de racionamiento, ni en aquéllos en que las fallas no sean imputables a la empresa suministradora del servicio. Si se considera la continuidad del suministro como una norma de calidad del mismo, la empresa distribuidora se encontraría autorizada para interrumpir el suministro en dos casos; en el caso que se decrete el racionamiento y cuando ocurran fallas que no le sean imputables. En dichos casos no recibiría aplicación la compensación del artículo 16 B.

v. Artículo 5 de la Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria. Si bien esta normativa no es eléctrica, establece una causal de corte de suministro y, por ende, se debe entender como una interrupción del mismo. Este artículo señala que el Reglamento de Copropiedad podrá autorizar al administrador para que, con acuerdo del Comité de Administración, suspenda o requiera la suspensión del servicio eléctrico a aquellas unidades cuyos propietarios se encuentren morosos en el pago de tres o más cuotas, continuas o discontinuas, de los gastos comunes.

En el sentido que se establece la norma se podrá interrumpir el suministro si se cumplen con los requisitos.

En conclusión, la normativa sectorial establece como regla general la obligación de entregar el suministro eléctrico de forma continua e ininterrumpida, por lo cual, los casos antes enumerados constituyen una excepción a dicha regla. En lo pertinente, dado que, se estaría dentro de los supuestos en los que se autoriza una interrupción del suministro, no recibiría aplicación el artículo 16 B.

2. Compensaciones por decreto de racionamiento

Es necesario distinguir la compensación establecida en el artículo 16 B, con la que regula el artículo 163 de la LGSE.

El artículo 163 señala la posibilidad, por parte del Ministerio de Energía, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, de dictar un decreto de racionamiento. Podrá dictarse este decreto en caso de producirse o proyectarse fundadamente un déficit de generación en un sistema eléctrico,

a consecuencia de fallas prolongadas de centrales eléctricas o de situaciones de sequía.

Dicho artículo establece que las empresas generadoras deberán pagar a sus clientes distribuidoras o finales sometidos a regulación de precios, cada kilowatt-hora de déficit. Los clientes distribuidores, deberán traspasar íntegramente el monto recibido a sus clientes finales sometidos a regulación de precios. El artículo 164 de la misma ley complementa lo anterior al decir que todo cliente sometido a regulación de precios tiene derecho a recibir las compensaciones del artículo 163, independiente del origen de la obligación de abastecer a la concesionaria de servicio público de distribución por las empresas generadoras.

Lo antes descrito podría ser catalogado como una excepción a la continuidad del suministro. Si bien éste sigue disponible, existe una limitación en cuanto a su disponibilidad.

El origen de esta compensación se encuentra en la dictación del decreto de racionamiento, en ese momento, nace la obligación de las empresas

generadoras de pagar a las distribuidoras cada kilowatt-hora de déficit. Y por consiguiente, la obligación de las distribuidoras de traspasar dicho pago a los clientes sometidos a regulación de precios. El monto de estas compensaciones será explicitado por el mismo decreto de racionamiento, de acuerdo al inciso séptimo del artículo 163.

La principal diferencia de esta compensación respecto de la establecida en el artículo 16 B de la Ley N°18.410, dice relación con su origen. La compensación del artículo 16 B tiene su origen en una interrupción no autorizada del suministro, ese hecho origina la obligación de pagarla respecto de los clientes sometidos a regulación de precios. Radicalmente distinto es el caso de la compensación del artículo 163 de la LGSE. Ésta tiene su origen en la dictación de un decreto de racionamiento, es decir, atendiendo a ciertas circunstancias específicas que fundamentan la dictación de mismo. Más aún, se podría decir que tiene su origen en una decisión política-pública de dictar un decreto de esta naturaleza, tomando en consideración las autoridades sectoriales que lo dictan.

3. Análisis del artículo 16 B

Del artículo 16 B se pueden distinguir a lo menos siete partes. Dichas partes ayudarán a comprender de mejor manera la forma, tiempo y monto de esta compensación.

i. “Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión de suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos...”.

Tal como se ha mencionado antes, lo descrito en la primera parte del artículo constituye el hecho objetivo que da origen al pago de la compensación. Cabe precisar, que ya fueron analizadas las interrupciones o suspensiones autorizadas del suministro, en las cuales no recibe aplicación la compensación analizada. Sólo en aquellos casos en que estas suspensiones o interrupciones no sean autorizadas, se cumple dicho supuesto de hecho.

Otro aspecto que llama la atención, es el hecho que el pago de estas compensaciones no obsta a que los responsables de las

interrupciones sean sancionados por la autoridad sectorial competente.

De acuerdo a lo anterior, las interrupciones o suspensiones no autorizadas podrían dar origen a dos tipos de responsabilidades. La primera de ellas está constituida por el pago de las compensaciones, la segunda, son las posibles sanciones que se determinen en relación a ellas.

ii. “... que afecte parcial o íntegramente a una o más áreas de concesión de distribución...”.

Esta parte del artículo señala el ámbito territorial respecto del cual se hará efectivo el pago de la compensación. Se determina que las interrupciones podrán no sólo afectar a la totalidad de un área de concesión, sino que, también a una parcialidad de ésta. Asimismo, señala una o más áreas de concesión. Lo anterior, adquiere relevancia respecto del responsable del pago de la compensación. Como se analizará más adelante, éste es de cargo del concesionario, por ende, no se puede sino entender que cada concesionario es responsable del

pago respecto de su área de concesión, pudiendo ser la totalidad o una parcialidad de ésta.

iii. “...dará lugar a una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario...”.

Aquí se señalan los sujetos que tienen derecho a ser compensados y los obligados a lo mismo. El primero, es el sujeto activo, el titular de la compensación. Se discutió respecto de la calidad que debía tener este sujeto. El debate recayó en que si se debía incluir a todos los “clientes” o había que distinguir entre clientes sujetos a regulación de precios (clientes regulados) y los que no (clientes libres). Primó, dentro de la tramitación del proyecto, la visión de que la compensación sólo debía ser establecida respecto de los clientes regulados, dejando así, fuera del ámbito de aplicación de ésta a los clientes libres. De esta forma, los beneficiados por la compensación son sólo los primeros, dejando abierta la posibilidad para los clientes libres de convenir con su suministrador la calidad del servicio y las interrupciones, y la procedencia de compensaciones por estas últimas.

El segundo de los sujetos es quién se hará responsable del pago de la compensación, el sujeto pasivo. El artículo es claro al respecto, señala que ésta será de cargo del concesionario. Se debe entender necesariamente que al concesionario que se alude, es aquél dentro del área de concesión donde se provocó la interrupción del suministro, es decir, el concesionario del servicio público de distribución. Tal como se analizará más adelante, es cierta la posibilidad de que dicho concesionario no sea responsable de la interrupción, por ello el mismo artículo reconoce la posibilidad de repetir contra terceros.

iv. “...equivalente al duplo del valor la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento...”.

Aquí hay dos elementos que dicen relación con la compensación, la cantidad y el valor. Así, la compensación será el duplo de la energía no suministrada y se pagará a valor de racionamiento.

Lo complejo al respecto es determinar la cantidad de energía no suministrada. Dicha cantidad se obtiene de acuerdo a los registros de

consumos históricos en una hora específica, determinado para un conjunto de clientes. En lo que dice relación con el costo de racionamiento, éste es fijado periódicamente en la fijación de precios de nudo de corto plazo de la Comisión Nacional de Energía.

v. “La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.”.

Ésta señala cómo y cuándo se hará efectiva la compensación, lo que no amerita mayor análisis. Es importante destacar que el pago de la compensación se hará por medio de un descuento en la facturación. Es decir, no existe un “pago” en dinero, entendido como el hecho de entregar una suma de éste, sino que se descontará del consumo del cliente, lo cual se traduce en un menor pago respecto del consumo realizado.

vi. “Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato...”.

Se puede entender que esta parte del artículo alude al tiempo en el cual se debe abonar la compensación. Se hace presente que debe ser inmediatamente, lo cual se traduce en que no debe pasar un mayor tiempo entre que ocurre la interrupción y se abona la compensación.

vii. “...independientemente del derecho que le asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.”.

El artículo reconoce que, independiente de que el concesionario sea el responsable del pago de la compensación, puede que no sea el responsable final de ella y, en definitiva, de la interrupción no autorizada. El artículo reconoce la posibilidad de que la falla que interrumpe el suministro se produzca en un segmento diferente que el de la distribución. En este sentido si existiese, por ejemplo, una interrupción por déficit de suministro, el distribuidor no podrá satisfacer la demanda de energía de los consumidores finales y no siendo con ello responsable por la interrupción. Por ello, se le reconoce la posibilidad de repetir contra aquellos terceros que

resulten responsables. Cuando se señala la posibilidad de repetir, se debe entender que se refiere a la opción de demandar civilmente el pago efectuado y del cual es responsable un tercero.

Estas secciones ayudan a comprender cómo recibe aplicación la compensación establecida en el artículo 16 B.

d. Análisis crítico del artículo 16 B

De lo descrito y analizado en el apartado anterior se pueden identificar ciertos aspectos que merecen una mayor reflexión, esto debido a la forma en la cual se establece el pago y la responsabilidad respecto de la compensación. Es interesante analizar de forma crítica el hecho de que sea la concesionaria la que deba hacerse cargo de la compensación, independiente de si es o no responsable. El punto anterior es el que debe recibir mayor atención dado los perjuicios que pueda sufrir la concesionaria, es especial por lo dificultoso que puede resultar repetir contra los terceros responsables.

1. Falta de un modelo de atribución de responsabilidad

Civilmente se puede distinguir, a lo menos, dos modelos de atribución de responsabilidad; uno, por culpa y otro, objetivo.

El modelo de atribución por culpa o por negligencia es el más generalizado de los modelos de atribución de responsabilidad. En el derecho chileno, como en todos los sistemas jurídicos modernos, constituye el estatuto general y supletorio de responsabilidad, de modo que resulta aplicable a todos los casos que no están regidos por una regla diversa. Bajo este tipo de régimen, la atribución de responsabilidad se funda en que el daño ha sido causado por un hecho negligente, es decir, realizado con infracción a un deber de cuidado¹⁵.

La responsabilidad estricta u objetiva se diferencia técnicamente de la responsabilidad por culpa en que no exige negligencia del autor del daño. La responsabilidad estricta queda configurada por la mera relación causal entre el hecho del actor y el daño de la víctima. Basta con que el daño se

¹⁵ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2006. p. 27.

produzca a consecuencia de una actividad cuyo riesgo la ley ha sometido a un estatuto de responsabilidad sin negligencia¹⁶.

La compensación es de cargo del concesionario de distribución en los términos antes analizados. En definitiva, él es el responsable del descuento en la facturación de los clientes sujetos a regulación de precios.

Al establecer la responsabilidad del descuento (entendido como el pago de la compensación) el legislador no atendió a ninguno de los modelos de atribución de responsabilidad. Es necesario precisar, que no lo hace responsable último del pago de ésta, dado que otorga la posibilidad de repetir contra terceros. Pero como responsable, ya no de la interrupción en sí, sino que del descuento propiamente tal, se desconocen los modelos antes descritos. Esto se entiende en la medida que el concesionario puede no haber actuado negligentemente, incluso pudo no haber tenido relación con los hechos que originaron la interrupción del suministro, pero de igual forma deberá primeramente asumir el costo de la compensación.

¹⁶ *Ibidem*, p. 29.

Pero, ¿Qué razones pudo tener el legislador para establecer como responsable al concesionario distribuidor?

Las razones parecen más o menos claras. Los clientes regulados se relacionan directamente con el distribuidor. Con él firman el contrato de suministro, relación contractual fundamental. Por ello, en virtud de la eficiencia se puede entender que el descuento debe hacerse a ese nivel. Y que, además, la opción del reembolso era la que otorgaba la mayor celeridad en cuanto al pago de la compensación. Es decir, que el descuento sea de cargo del distribuidor entrega mayor certeza respecto del tiempo y forma en que se hace efectiva la compensación. Sin desconocer que puede no ser el responsable. A pesar de las consideraciones anteriores, no se tuvo presente los posibles perjuicios que podía acarrear para la distribuidora la opción del reembolso.

2. Naturaleza e inmediatez de la compensación

El artículo 16 B no exige la verificación de un perjuicio para hacer efectivo el pago de la compensación. Por ende, se puede entender que el

legislador no consideró el artículo 16 B como una indemnización de perjuicios. Puede parecer obvio, pero es necesario despejar la posible duda para avanzar en el análisis.

La palabra compensación, en su sentido estricto, se debe vincular con el modo de extinguir las obligaciones, regulado en nuestro Código Civil. Este cuerpo normativo en su artículo 1655 señala en qué caso tiene lugar la compensación: “cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas”. La pregunta pertinente es si se puede considerar la “compensación” establecida en el artículo 16 B bajo el sentido estricto de compensación establecido en la normativa civil.

El cliente sometido a regulación de precios al momento de firmar un contrato de suministro, contrata, valga la redundancia, un suministro de energía eléctrica con ciertas particularidades. Dentro de estas últimas, son centrales el concepto de un suministro seguro y continuo. Tanto la seguridad como la continuidad se reflejan en el precio de la energía, es decir, dichos elementos son considerados al momento de regular el precio.

Ello significa que el cliente sometido a regulación de precios está “pagando” por un suministro seguro y continuo. Desde el momento en que éste se interrumpe sin autorización el suministro, se genera el incumplimiento de una obligación, esto, en la medida que se deja de suministrar con las particularidades debidas. Mientras tanto, el cliente debe seguir pagando por la calidad del servicio.

De acuerdo a lo anterior, pareciera ser que lo dispuesto en el artículo 16 B podría entenderse como una compensación de obligaciones mutuas, más que una indemnización de perjuicios. La “compensación” dentro de sus requisitos no menciona el hecho que se haya verificado un perjuicio en los clientes. Por ello se descarta la posibilidad de que ésta se pueda considerar una indemnización de perjuicios, dado que, concurriría verificados o no éstos. Más aún, en el caso que se produzcan perjuicios recibiría aplicación la normativa general al respecto.

Así las cosas, no cabe sino considerar la “compensación” como una compensación propiamente tal. Respecto de este punto se profundizará en la tercera parte, cuando se analice el nuevo régimen de compensación.

El punto anterior es interesante desde el momento que se vincula a la “inmediatez” que se señala en el artículo 16 B. Pareciera ser que, en el caso de existir perjuicios, dicha inmediatez sería justificada, en caso contrario carece de sentido. El objetivo detrás de una indemnización de perjuicios, se puede caracterizar como la reparación de un daño. Si dicho daño no es reparado con “inmediatez”, el efecto que se provoca es aumentar el daño que se busca reparar. Bajo esta lógica si el artículo 16 B no busca reparar ningún daño, la inmediatez que señala produce un efecto contrario al esperado. Dicha inmediatez sólo provoca un perjuicio en este caso para las empresas distribuidoras, son ellas las que deben efectuar el descuento sin tener claro aún quién es el responsable. Este último punto se analizará en profundidad en el siguiente apartado.

e. Perjuicios experimentados por las empresas de servicio público de distribución debido a la aplicación del artículo 16 B

De acuerdo a todo lo revisado hasta ahora, los perjuicios de la inmediatez de la compensación se verifican en la empresa de servicio público de

distribución. Por ello, este acápite se centrará en lo complejo que es para dichas empresas ser reembolsadas respecto del pago que ellas realizan.

El 14 de marzo de 2010 se vivió una de las más grandes fallas de suministro eléctrico de los últimos años. Dicha interrupción, que afectó al antiguo Sistema Interconectado Central, dejó sin suministro eléctrico a más de 13 millones de personas, el 80% de la población chilena, ello entre Tal Tal y Chiloé.

Dentro de los efectos regulatorios de la falla, se pueden destacar dos: las compensaciones a clientes regulados y las sanciones aplicadas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Es la primera de las consecuencias la que reporta mayor interés en este punto, aunque de igual forma se finalizará haciendo un comentario respecto de las sanciones que fueron aplicadas.

Por medio del Oficio Ordinario N° 10.423 de 3 de octubre de 2011, la Superintendencia ordenó el pago de las compensaciones a los clientes que fueron afectados por la falla antes descrita, dicho abono, en el marco de

aplicación del artículo 16 B, debía realizarse por la empresa distribuidora CGE Distribución S.A.

Las empresas del Grupo CGE interpusieron un Recurso de Protección, causa rol N° 21.514-2011 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, por el cual buscaban que el Oficio que ordenó el abono de las compensaciones fuera declarado ilegal y arbitrario, ello porque no le eran imputables los hechos que habían provocado la falla y no debían soportar el riesgo de compensar sin que aún fueran determinados los responsables.

La Superintendencia responde señalando que la acción cautelar sería infundada y que los actos administrativos impugnados se habrían ajustado en plenitud al ordenamiento jurídico vigente, no vulnerando así los principios y normas invocadas, por medio del Oficio Ordinario N° 12.781. En el mismo sentido, la Superintendencia agrega que el derecho a ser compensados que tienen los usuarios es independiente de las sanciones que existan de por medio. En el caso particular de esta falla, la SEC señala que, luego de investigar los hechos, se formularon cargos contra las 117 empresas que en ese momento formaban parte del CDEC-SING. Cargos

que culminaron estableciendo las respectivas responsabilidades. Y dado que no existió por parte de las empresas distribuidoras la intención de abonar las compensaciones, por medio del oficio impugnado se les ordenó hacerlo, siendo su deber, como empresas de servicio público de distribución, de acuerdo al texto de la ley. Concluyendo que su actuar como organismo fiscalizador, en cuanto a la expedición de los actos administrativos impugnados, se ajusta completamente a la legalidad vigente.

El criterio de la Superintendencia fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 11 de junio de 2013, citando el inciso tercero del artículo 16 B, señalan que ninguna relevancia tiene para los efectos del pago de la compensación que las recurrentes no hayan sido los causantes de la falla eléctrica, pues para que proceda basta la orden dada por la Superintendencia a través de los actos administrativos impugnados. Agrega que el Tribunal Constitucional por sentencia del 4 de abril de 2013, rechazó los requerimientos de inaplicabilidad deducidos en los autos 2163-12INA respecto del citado artículo, por lo que la Corte tiene el deber de aplicar dicha disposición. Mismo criterio seguiría la Corte Suprema que por sentencia Rol N° 14811-2013 confirmó la sentencia apelada.

Entre los meses de noviembre de 2011 y octubre de 2014 las empresas distribuidoras del grupo CGE realizaron el abono de las compensaciones a los clientes afectados por la falla. Por dicho concepto el grupo CGE compensó por un total de \$1.080.887.708 pesos.

Haciendo uso del derecho de repetición que le concede el artículo 16 B, el grupo CGE el 29 de diciembre de 2014 interpuso una demanda, Rol C 29105-2014, en juicio ordinario contra 115 empresas que conformaban parte del CDEC-SING en ese momento, pretendiendo que se declarara su responsabilidad legal y que, por ende, se les ordenara el reembolso, proporcional, de las sumas compensadas. La demanda se vio sujeta a una serie de inconvenientes, inconvenientes que se detallarán a continuación.

En primer lugar, es evidente que por la cantidad de empresas demandadas, el grupo CGE se vería expuesto a un procedimiento de lato conocimiento para ser efectivo el reembolso. En este mismo sentido, la demanda se articula con una petición principal y tres subsidiarias, ello en relación a los cargos y sanciones decretadas por la Superintendencia:

(i) En lo principal, la demanda tenía por objeto que se declarara la obligación de TRANSELEC de pagar la suma total del monto compensado.

(ii) En subsidio, se solicita que se declare la obligación de pagar respecto de TRANSELEC, CHILECTRA y ENDESA.

(iii) En subsidio, solicita se condene a todas las empresas eléctricas a las que se aplicó sanción de multa.

(iv) Y por último, en subsidio de todo lo anterior, que se ordene reembolsar a todas las empresas demandadas.

El demandante se vio expuesto a casi dos años de tramitación para exigir el reembolso de las sumas compensadas. Cabe destacar que dicho procedimiento no llegó a una etapa de sentencia, sino tan sólo a la etapa en la que se recibe la causa a prueba. Las partes decidieron poner fin a litigio, mediante la celebración de transacciones extrajudiciales, por lo que se promovió el incidente de desistimiento, el que fue decretado por el tribunal el 19 de agosto de 2016, poniendo fin al procedimiento.

Como se refleja, las dificultades a las que se ve enfrentada la empresa de distribución para repetir son variadas, principalmente con lo que dice relación con la determinación de la responsabilidad y la proporción en la que deben concurrir al reembolso las empresas responsables del pago, sumando a ello la cantidad de éstas, que en este caso en particular, fueron demandadas. Además de las dificultades propias que representa la tramitación regida por el Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, los inconvenientes que presenta el artículo 16 B no sólo significan perjuicios para las empresas distribuidoras, sino que también para los consumidores finales, los clientes regulados, quienes casi 4 años después de producirse la falla fueron compensados.

Por cuerda separada se tramitaron los cargos y multas impuestas por la Superintendencia a raíz de la falla. En septiembre de 2011 se dio por finalizada la investigación aplicando las sanciones a través de las resoluciones exentas N°2582 a 2676 y 2678 a 2698. El criterio aplicado por la Superintendencia para la imposición de sanciones fue el siguiente¹⁷:

¹⁷ Datos obtenidos en la demanda del Grupo CGE.

(i) Sanción de multa para las empresa propietarias de instalaciones:

a. Donde se produjo la falla: Situación en la que se encontraba sólo TRANSELEC.

b. Donde se produjeron fallas que impidieron la pronta recuperación del servicio: CHILECTRA y ENDESA.

(ii) Sanción impuesta a todas las empresas integrantes del CDEC- SIC por incumplimiento de la obligación de coordinación para asegurar la continuidad del suministro. Distinguiendo:

a. Sanción de multa: a los generadores y transmisores medianos o grandes.

b. Sanción de amonestación por escrito: a los generadores y transmisores pequeños y a los clientes libres.

III. COMPENSACIÓN INCORPORADA POR LA LEY N° 20.936

a. Historia de la Ley. Breve repaso por los fundamentos y discusión parlamentaria en torno al nuevo régimen de compensación

Con fecha 04 de agosto de 2014, en el marco del cumplimiento de la “Agenda de Energía”, se presentó en la Cámara de Diputados el proyecto de ley que establecía los nuevos sistemas de transmisión de energía eléctrica y que creaba un nuevo organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. Es el marco de dicho proyecto de ley que finalmente se incorporó, por la Ley N° 20.936, el régimen de compensación objeto de estudio.

De acuerdo al proyecto de ley, dentro de los sus objetivos generales se busca lograr que la transmisión eléctrica favorezca un mercado de

generación más competitivo, incorporando en la planificación de la transmisión una perspectiva de largo plazo que permita considerar una visión estratégica del suministro eléctrico, junto con los intereses de la sociedad, el cuidado del medio ambiente y el uso del territorio. Junto con lo anterior, y en lo que interesa, es también objeto del proyecto mejorar los estándares de seguridad y calidad de servicio del sistema, promoviendo esquemas que incentiven el cumplimiento y se compense a los usuarios frente a indisponibilidades. Todo incorporando un rol más preponderante del Estado, ello como garante del bien común.

Al momento de detallar los objetivos del proyecto, el mensaje en su capítulo séptimo de “Desarrollo normativo, regulación, seguridad y calidad de servicio”, señala que con el fin de fortalecer el desarrollo normativo se propone, entre otras medidas, la incorporación de un nuevo régimen de compensación. Que en palabras del propio mensaje se trata de un nuevo y expedito esquema de compensación para los usuarios afectados por indisponibilidades, el que estaría a cargo de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

Así, el proyecto propuso el siguiente artículo 72°-18:

“Artículo 72°-18.- Compensaciones por Incumplimiento de los estándares normativos de disponibilidad. Sin perjuicio de las sanciones que corresponda, todo evento de indisponibilidad de suministro o de instalaciones que supere los estándares a los que hace referencia el artículo 72°-6, deberán ser informadas por el Coordinador a la Superintendencia para que ésta instruya a las concesionarias respectivas o al mismo Coordinador, el cálculo y abono de una compensación por evento en caso de indisponibilidad de suministro o de instalaciones, según corresponda.

Las compensaciones por incumplimiento de los estándares de indisponibilidad de suministro corresponderán a la energía no suministrada durante ese evento, valorizada al costo de falla de corta duración definido en la normativa técnica.

Los usuarios finales afectados por las indisponibilidades, serán compensados por su suministrador en la facturación más próxima. La compensación se hará sin perjuicio del o los actos administrativos de la Superintendencia que determine la responsabilidad por la interrupción.

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, éstas deberán ser reliquidadas por la misma entidad y pagadas por el o los responsables.

En el caso de compensaciones por incumplimiento de los estándares de indisponibilidad de instalaciones, éstas corresponderán a los sobrecostos incurridos por el sistema eléctrico. El reglamento deberá establecer la forma de cálculo de dicho sobrecosto como la determinación de los afectados por la respectiva indisponibilidad a quienes haya que compensar.

Las compensaciones abonadas que correspondan a indisponibilidades de instalaciones de transmisión nacional, zonal, de polos de desarrollo o dedicadas, utilizadas por concesionarias de servicio público de distribución para el suministro de usuarios sometidos a regulación de precios, serán descontadas del valor anual de la transmisión por tramo del período siguiente y hasta que el monto de dicha compensación sea cubierto.

Las compensaciones abonadas que correspondan a indisponibilidades de instalaciones de generación serán descontadas del pago anual de la potencia firme y hasta que el monto de dicha compensación sea cubierto.”.

El mensaje del Poder Ejecutivo no precisa, detalladamente, cuáles son los fundamentos para incorporar este nuevo régimen de compensación. Por ello, y tomando en consideración que el texto que definitivamente se promulgó, es distinto del propuesto, en adelante se analizará el debate suscitado en relación a dicho artículo.

De acuerdo al Boletín N° 10.240-08, la Comisión de Minería y Energía, informó, en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, al respecto.

La primera voz de alerta fue del Director Ejecutivo de empresas Eléctricas A. G., señor Rodrigo Castilla Murillo, quien señaló que la modificación en torno a la compensación, no estaría en línea con una mejor

transmisión, no relacionándose con la lógica de mejoramiento del diseño del mercado. El proyecto de ley parecía no comprender el problema de falta de disponibilidad por diseño y estaría entendiendo que el sistema de transmisión es infalible, lo que significaría en el caso de las compensaciones que se plantearon, el aumento de los costos para las empresas transmisoras en 15 veces comparado con el régimen vigente en ese momento, de lo que podría resultar que al cliente final se le terminara pagando 80 veces el precio de la energía. Para él, el costo de falla, en estricto rigor, no se condice con la naturaleza de la compensación, por lo que cabría preguntarse por la racionalidad propuesta por el Ejecutivo.

Destacó que el número era tan irracionalmente alto que atentaría contra el objetivo de mejorar la transmisión y hacerla más competitiva. Por ello, estimó que el tema de la compensación debería ser revisado a efectos de que sea racional, aunque como industria coincidían en que debía aumentarse el monto a compensar a los clientes.

En el mismo sentido anterior, el señor Andrés Kuhlmann, Gerente General de Transelec S.A, señaló que el proyecto de ley aumentaba

drásticamente los tipos y niveles de compensaciones, lo que podría significar graves perjuicios o incluso la quiebra de empresas operadoras del sistema de transmisión. En este sentido, además, podría derivar en una triple sanción, ya que éstas estarían expuestas a una compensación por indisponibilidad de suministro e indisponibilidad de instalaciones y, adicionalmente, a multas de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. En torno a las compensaciones por indisponibilidad de suministro, Transelec propone definir un techo para el monto de ellas asociado al valor de los activos con falla o el tamaño de la compañía y que sólo se compense a los clientes regulados, excluyendo a los clientes libres.

Por parte del CDEC-SING, representado por el Presidente del Directorio, señor Eduardo Escalona, señaló que sería oportuno revisar el criterio de compensación que establecía el proyecto, asumiendo que la discusión debe guiarse a la introducción de mecanismos que incentiven la disponibilidad e instalación de mecanismos de generación y transmisión sobre la base de una regulación por desempeño.

Para el Ejecutivo, representado por el Secretario de la Comisión Nacional de Energía, la introducción de este nuevo régimen de compensación establece un procedimiento más expedito que el vigente, siendo una compensación bastante más alta que la anterior.

Así, independiente del debate que se dio en torno al régimen de compensación por parte de diferentes actores del mercado, el proyecto en lo que ello respecta no resultó modificado.

En la Comisión de Hacienda de la Cámara no hubo debate, lo que lleva directamente a la discusión en sala del proyecto. Aquí el debate se centró en las cifras que se compensarían finalmente si se aprobara el proyecto. Así, el diputado Patricio Melero, enfatiza que la sanción por indisponibilidad de suministro incrementaría el valor de las compensaciones en 80 veces el precio que el cliente paga por la energía abastecida. En este sentido, el diputado tomó como ejemplo la falla ocurrida el 14 de marzo de 2010, señalando que con las nuevas sanciones, se pasaría de una sanción de 3,8 millones de dólares, costo de la falla en ese época, a 62 millones de dólares.

Si bien durante en el primer trámite constitucional se debatió tangencialmente el tema de las compensaciones, todavía no se introdujeron cambios al proyecto original, por lo que corresponde analizar la tramitación ante el Senado.

El informe de la Comisión de Minería y Energía del Senado se centra, en lo que respecta al régimen de compensación, en la racionalidad de la cifra que efectivamente recibirían los clientes finales con objeto de ésta, debate tendiente a buscar un límite en la aplicación de la misma. El profesor titular de la Facultad de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Hugh Rudnick, señaló que existía una preocupación al respecto, dado que en los términos en que estaba proyectado el régimen, podía hacer quebrar a algunas empresas eléctricas en el caso que sus valores fueran demasiado altos. El Vicepresidente Ejecutivo de Generadoras de Chile A.G., Claudio Seebach, planteó que el aumento considerable en el monto de las compensaciones podría afectar económicamente a los nuevos actores y a los de menor tamaño de manera negativa. Propuso valorizar la indisponibilidad de suministro en base al costo de racionamiento, equivalente a cuatro o cinco veces el precio de venta de la energía. Y respecto de la posible

compensación a clientes libres, considerando que las condiciones de suministro para este tipo de consumidores son acordadas bilateralmente, no debería aplicarse el régimen de compensación.

En un sentido distinto a lo que se venía debatiendo, el profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Alejandro Vergara, expuso que se mantenía el deber de las distribuidoras de practicar la compensación a los usuarios finales, facultando al Coordinador a requerir de pago a aquellos actores que la Superintendencia individualice como responsables, por medio del descuento del monto de los compensado del VATT en caso de empresas de transmisión eléctrica, o del pago anual de potencia firme si se trata de empresas generadoras. Dicha facultad del Coordinador, en opinión del académico, vulneraría las garantías de un debido proceso, así la resolución de la Superintendencia no bastaría para dar la responsabilidad por acreditada, la que debería determinarse judicialmente.

Es por medio del Boletín de Indicaciones N° 10.240-08, en donde se introdujeron las mayores modificaciones al régimen de compensación del

artículo 72°-18, tomando en consideración la propuesta inicial del Ejecutivo. Las indicaciones atendían a un cambio en la forma de valorización de la compensación, ya que se calcularía a 15 veces la tarifa de la energía vigente al momento de la indisponibilidad, también a limitar el monto máximo que las empresas deberían pagar y a una corrección respecto del procedimiento de pago, reembolso y reclamación respecto de la misma. Cabe destacar que en gran medida el artículo promulgado debe su forma a las indicaciones aquí propuestas.

El segundo Informe de la Comisión de Minería y Energía del Senado hace presente la postura del Ejecutivo por medio del Ministro de Energía, quien señala que la incorporación de un sistema más robusto de compensaciones garantizaría el cumplimiento de los estándares de desempeño exigidas en la normativa eléctrica, el que reconocería un margen de indisponibilidad de suministro sin derecho a compensación por fallas o eventos tolerables de acuerdo a los estándares y exigencias de seguridad y calidad de servicio. Se descarta la aplicación de este régimen para las fallas que se produzcan en las zonas de concesión de la distribuidora, las que se seguirán regulando de acuerdo a las normas vigentes, descartando por ello

la indicación que proponía suprimir el artículo 16 B de la Ley N° 18.410. Las indicaciones propuestas por el Ejecutivo fueron aprobadas en bloque por la Comisión.

La discusión en sala fue nula, no hubo pronunciamiento de los senadores en relación al tema. Por ello fue significativo la aprobación de las indicaciones por parte de la Comisión de Minería y Energía, así como el primer informe de la misma, al que se aludió en principio.

En el tercer trámite constitucional, ante la Cámara de Diputados, no hubo debate al respecto de la compensación, tampoco fue rechazado por la misma, siendo otros aspectos del proyecto objeto de rechazo y por consiguiente enviados a la cámara revisora. Acabándose allí el debate, ya que tampoco fue objeto de revisión por parte de la Comisión Mixta.

Como se puede apreciar de la historia de la ley, el artículo inicialmente propuesto por el Ejecutivo fue objeto de diferentes modificaciones, que se detallarán en la próxima sección, lo anterior, gracias a la discusión producida durante la tramitación y a la participación de distintos actores del

mercado, tanto del mundo académico como empresarial.

b. Régimen de compensación. Procedimiento y estructura

El artículo finalmente promulgado, 72°-20, se caracteriza por establecer un procedimiento claro y preciso respecto de la forma en que se debe pagar la compensación, y de qué forma se determinará al responsable. En este mismo sentido, se determina la forma en la cual el posible responsable puede reclamar dicha imputación.

A partir de ahora se desglosará el artículo 72°-20 de la Ley N° 20.936, para evidenciar lo anterior.

i. La primera parte del artículo determina quiénes serán los responsables de las compensaciones por indisponibilidad de suministro.

Así:

“ Sin perjuicio de las sanciones que corresponda, todo evento o falla, ocurrido en instalaciones eléctricas que no están destinadas a prestar el servicio público de distribución, que provoque indisponibilidad de suministro a usuarios finales, que no se encuentre autorizado en conformidad a la ley o los reglamentos, y que se encuentre fuera de los

estándares que se establezca en las Normas Técnicas a que hace referencia el artículo 72°-19, dará lugar a las compensaciones que señala este artículo”.

Tal como se puede apreciar, el régimen no recibe aplicación en el caso que las indisponibilidades de suministro de produzcan en el segmento de la distribución. En dicho caso debe aplicarse el artículo 16 B de la Ley SEC, por ello, como se puede apreciar de la historia de la ley, no fue derogado por la Ley N° 20.936.

ii. Respecto de la aplicación para clientes finales sometidos a regulación de precio y los que no, la ley hace una distinción, disponiendo lo siguiente:

“En el caso de los usuarios finales sometidos a regulación de precios, la compensación corresponderá al equivalente de la energía no suministrada durante ese evento, valorizada a quince veces la tarifa de energía vigente durante la indisponibilidad de suministro, sujeta a los valores máximos a compensar establecidos en el presente artículo.

En el caso de usuarios no sometidos a regulación de precios, la compensación corresponderá al equivalente de la energía no suministrada durante ese evento, valorizada a quince veces la componente de energía del precio medio de mercado establecido en el informe técnico definitivo del precio de nudo de corto plazo vigente durante dicho evento, sujeta a los valores máximos a compensar establecidos en el presente artículo. Para estos efectos, se entenderá por componente de energía del precio medio de mercado el precio medio de mercado a que se refiere el artículo 167° descontada la componente de

potencia del precio medio básico definido en el artículo 168°. Con todo, no procederá el pago de la compensación que regula este artículo, en caso que el cliente contemple en sus contratos de suministros cláusulas especiales en relación a la materia que regula este artículo”.

La ley reconoce en esta parte la capacidad de negociación que tienen los clientes no sometidos a regulación de precios y, en ese sentido, la fuerza obligatoria que tendría una cláusula de dicha naturaleza. Por ende, la ley solo recibirá aplicación en aquellos casos en los cuales las partes no hayan prevenido una forma de compensación frente a las indisponibilidades de suministro, en el caso de los clientes no sometidos a regulación de precios. En cambio, en el caso de los clientes sometidos a regulación de precios y dada la inexistencia de contratos particularmente negociados, la ley recibe aplicación para todos los casos.

iii. En otros de los aspectos del artículo, éste establece un límite respecto de la compensación que efectivamente deberán pagar las empresas. Se señala lo siguiente:

“Las compensaciones pagadas por una empresa de transmisión no podrán superar por evento el 5% de sus ingresos regulados en el año calendario anterior para el segmento de transmisión respectivo. En el caso que la empresa transmisora no tenga ingresos regulados de acuerdo a la presente ley, el monto a compensar no podrá superar por evento el

5% de los ingresos totales obtenidos en el mercado nacional por la propietaria de la instalación respectiva el año calendario anterior. En ambos casos, el monto máximo de la compensación, será de veinte mil unidades tributarias anuales.

En el caso de las empresas generadoras, el monto de las compensaciones no podrá superar por evento el 5% de los ingresos del año anterior, por los conceptos de energía y potencia en el mercado nacional obtenidos en el mercado nacional obtenidos por la empresa generadora, de acuerdo a sus balances auditados y con un máximo de veinte mil unidades tributarias anuales.

Tratándose de empresas que operen instalaciones para la prestación de servicios complementarios o sistemas de almacenamiento de energía, el monto a compensar no podrá superar por evento el 5% de los ingresos totales obtenidos en el mercado nacional por la propietaria de la instalación respectiva el año calendario anterior. En esos casos, el monto máximo de la compensación, será de veinte mil unidades tributarias anuales”.

Este es uno de los elementos centrales de este nuevo régimen. La ley establece un límite, 5% de los ingresos, en consideración de la naturaleza de la empresa responsable. Pero además, y como límite adicional, en ningún caso ese 5% podrá superar las veinte mil unidades tributarias anuales. Es interesante indagar en las razones que tuvo el Legislador y el Ejecutivo para plantear un límite en este sentido, pero de lo ya visto en la historia de ley, no se puede encontrar allí las razones que se tuvieron en vista para ello. Respecto de las posibles razones, así

como el necesario análisis crítico de esta limitación, en el siguiente apartado se estudiará con detalle.

iv. El artículo continúa estableciendo un procedimiento en razón del cual se pagarán las compensaciones, se determinarán a los responsables, y se podrá recurrir de dicha atribución de responsabilidad. Se legisló así:

“Para efectos de lo dispuesto en este artículo, producido el evento o falla que provocó la indisponibilidad de suministro, el Coordinador deberá elaborar un Informe de Estudio de Análisis de Falla, en adelante EAF, en el cual, a lo menos deberá identificar al o los propietarios, arrendatarios, usufructuarios, o aquellos que exploten a cualquier título, la o las instalaciones en las que se produjo el evento, el origen de la falla, su propagación, sus efectos, los planes de recuperación y las conclusiones técnicas respecto a las causas del respectivo evento o falla. La Superintendencia podrá definir el formato y los demás contenidos del referido Informe.

Dentro del plazo que determine el reglamento, el Coordinador deberá comunicar el EAF a la Superintendencia, a objeto que dicho organismo determine si procede el pago de compensaciones en conformidad a lo establecido en el inciso primero del presente artículo. Los Coordinados, dentro de los diez días siguientes a dicha comunicación, podrán presentar a la Superintendencia sus observaciones al EAF y acompañar los antecedentes que estimen pertinente. En caso que la Superintendencia determine que procede el pago de compensaciones, deberá instruir a las empresas suministradoras de los usuarios finales afectados, sean éstas empresas concesionarias de servicio público de distribución o generadoras, su pago en la facturación más próxima, o en aquella que determine la Superintendencia. Asimismo, y una vez acreditado el pago de las compensaciones correspondientes, la Superintendencia instruirá a través del Coordinador a los propietarios o a quien opere las instalaciones donde se produjo la falla, evento o su

propagación, el reembolso total e inmediato a las empresas suministradoras del mundo pagado por éstas por concepto de compensaciones a usuarios finales, de acuerdo a las normas que determine el reglamento o la Superintendencia a falta de éstas.

Con todo, una vez efectuado el reembolso de las compensaciones de que tratan los incisos precedentes, las empresas propietarias o que operen las instalaciones de donde se produjo la falla o el evento correspondiente podrán reclamar ante la Superintendencia la improcedencia de su obligación de pago, su monto o la prorrata asignada, según corresponda. Lo anterior es 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, éstas deberán ser calculadas por el Coordinador, quien instruirá el pago de las reliquidaciones que correspondan. Tratándose de diferencias o devoluciones que correspondan a usuarios finales, la Superintendencia determinará la forma y condiciones del reintegro o devoluciones conforme lo determine el reglamento”.

Como se puede apreciar central serán los roles del Coordinador del Sistema Eléctrico Nacional y la Superintendencia. El Coordinador tendrá que elaborar el Informe de Estudio de Análisis de Falla, en adelante, EAF, el cual utilizará la Superintendencia para determinar la procedencia de las compensaciones, así como los responsables de las mismas. Ahora, si bien, al igual que el artículo 16 B, el pago sigue siendo de cargo de las empresas distribuidoras, se introduce el correctivo para que las empresas efectivamente sean reembolsadas, lo anterior está determinado por la necesidad de reembolsar por parte de los posibles

responsables para poder reclamar frente a la Superintendencia. La efectividad de dicho correctivo se analizará en el apartado correspondiente. Por último, tal como se puede apreciar de la lectura del artículo, será clave el desarrollo reglamentario que sea haga por parte del Ministerio de Energía al respecto.

v. La parte final del artículo establece un resguardo económico para aquellas empresas que no presenten ingresos y que sean responsables del pago de compensaciones.

“En caso que una empresa que deba pagar compensaciones en conformidad al presente artículo no registre ingresos durante todo el año calendario anterior en atención a su reciente entrada en operación, el monto máximo de las compensaciones será de dos mil unidades tributarias anuales”.

c. Análisis crítico del nuevo régimen de compensación

1. Análisis del principio del debido proceso en el marco del procedimiento sancionatorio establecido en el nuevo régimen de compensación.

La potestad sancionatoria de la administración, como una manifestación del *ius puniendi* del Estado, debe respetar los mismos principios sustanciales o de fondo que rigen el ejercicio de la potestad sancionatoria penal. Es decir, los principios que generalmente son conocidos como del derecho penal, hay que considerarlos como principios generales del derecho sancionador¹⁸. Estos principios de carácter sustancial serían el de legalidad, tipicidad, culpabilidad, *non bis in ídem*, de la proporcionalidad y el de la presunción de inocencia¹⁹.

La doctrina también ha señalado que el procedimiento administrativo sancionador no sólo estaría regido por los principios de carácter sustantivo, sino que, también por otros de carácter adjetivos o procedimentales, estos

¹⁸ VERGARA, Alejandro. Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2): 140, 2004.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 140–145.

últimos guardarían cierta simetría con aquellos que informan el proceso penal, debiendo siempre conformarse con un procedimiento que satisfaga el imperativo de un justo y racional procedimiento, de acuerdo a lo señalado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República²⁰.

En este sentido, la referencia al procedimiento administrativo sancionador no sólo importaría el reconocimiento de la garantía formal que, en sí mismo encierra una garantía material en cuya virtud se pretende proteger adecuadamente los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al particular interesado que requiere un pronunciamiento de la administración o que puede verse afectado por un pronunciamiento iniciado de oficio por ésta, así como el amparo de un interés superior que la motiva en dicha situación²¹.

Ha sido el Tribunal Constitucional quien ha instaurado la premisa fundamental respecto de este tema, a saber, la sujeción de las sanciones administrativas al estatuto constitucional del artículo 19 N°3, en lo relativo

²⁰ ROMÁN, Cristian. El castigo en el Derecho Administrativo. *Revista de Derecho y Humanidades I* (16): p. 164, 2010.

²¹ SALINAS, Carlos. Derecho administrativo sancionador, el régimen sancionador eléctrico en Chile. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2015. p. 169.

a los principios de legalidad y tipicidad, exigiendo que el acto administrativo sancionador se imponga en el marco de un debido proceso, teniendo, por cierto, siempre el afectado derecho a impugnarlo ante los tribunales de justicia²². Dentro de estos principios procedimentales se destacan el derecho a la defensa jurídica, un justo y racional procedimiento y el derecho a la presunción de inocencia²³.

La pregunta que hay que hacerse es ¿en qué medida el procedimiento establecido en el artículo 72º-20 se ajusta a los principios del debido proceso? Para responder a lo anterior, hay que centrarse en dos elementos del procedimiento; en primer lugar, a la defensa que pueden realizar los Coordinados y, en segundo lugar, a la posibilidad que tienen éstos de recurrir a la determinación de responsabilidad que haga la Superintendencia.

Recapitulando, tanto el Coordinador y la Superintendencia tienen roles centrales en lo que dice relación con el pago de la compensación.

²² ARANCIBIA, Tamara. Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas. Cuadernos del Tribunal Constitucional (58): p. 48, 2015.

²³ Ibidem, pp. 49–69.

En primer lugar, el Coordinador, como natural heredero de los CDEC, y en el marco de sus atribuciones, cuenta con la información necesaria para determinar en qué sector de la cadena de producción, transmisión y/o distribución se produjo la indisponibilidad de energía. En consecuencia, la elaboración del Estudio de Análisis de Falla o EAF, en adelante, debía estar dentro del ámbito de su responsabilidad. El EAF facilitará el trabajo fiscalizador y sancionador que debe realizar la Superintendencia en este tipo de casos. Desde el punto de vista del procedimiento, la obligación que se insta para el Coordinador constituye el eje para determinar el pago de la compensación.

En base a los resultados que arroje el EAF será la Superintendencia, como ente fiscalizador, quien determine si procede o no el pago de compensaciones, así como también la posible imposición de multas. Tal como ya se señaló, el artículo señala que serán los propios Coordinados, en un plazo de 10 días, podrán presentar observaciones al EAF y acompañar antecedentes.

Como se puede apreciar, a la luz de lo comentado, el procedimiento establecido en el artículo 72º-20 cumpliría con la garantía de un procedimiento racional y justo, en lo que se refiere, específicamente, a la posibilidad de contradecir y, en definitiva, el derecho de defensa que tienen los Coordinados respecto de las conclusiones que esgrima el Coordinador en el EAF, antecedentes que serán recepcionados por la Superintendencia y que deben ser valorados al momento de determinar las responsabilidades, la procedencia de la compensación y las multas. El reconocimiento con rango legal del procedimiento significa un avance respecto de lo que se establece en el artículo 16 B.

Quizás un elemento más conflictivo del procedimiento, dice relación con la posibilidad que tienen los Coordinados, que han sido responsabilizados al pago de las compensaciones, de recurrir respecto de la decisión adoptada por la Superintendencia.

Una vez que las compensaciones sean pagadas, señala la ley, será la Superintendencia quien deberá instruir por medio del Coordinador a los propietarios o a quien opere las instalaciones donde se produjo la falla, el

reembolso total e inmediato a las empresas distribuidoras del monto pagado por concepto compensaciones a usuarios finales. Continúa señalando que sólo una vez que sea efectuado el reembolso, las empresas propietarias o que operen las instalaciones donde se produjo la falla o el evento correspondiente podrán reclamar ante la Superintendencia la improcedencia de su obligación de pago, su monto o la prorrata asignado. Es en dicha obligación en la que se centrará el análisis.

En virtud de lo anterior, es necesario realizar un análisis respecto de los medios, tanto administrativos y judiciales, que contempla la Ley SEC, para impugnar sus resoluciones, en concordancia con el Decreto Supremo N° 119 de 1998, Reglamento de Sanciones en el Régimen Eléctrico, en adelante Reglamento de Sanciones.

De conformidad con el artículo 18 A de la Ley SEC, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones podrán ser objeto de recurso de reposición, recurso que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución que impone la sanción. La

Superintendencia deberá emitir su resolución dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la interposición del recurso.

El recurso jerárquico, por remisión del artículo 17 al 18 A de la misma ley, deberá interponerse para ante la Superintendencia, contra la resolución que emitan los Directores Regionales, en las materias que le hayan sido delegadas por los Superintendentes con relación a la instrucción de los procedimientos sancionatorios, en que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la resolución que imponga la sanción.

La interposición de uno y otro recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad que hace referencia el artículo 19 de la Ley SEC.

Dicho artículo establece el recurso de reclamación ante la I. Corte de Apelaciones²⁴. En este sentido, señala que los afectados que estimen que las resolución de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamento o

²⁴ De conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Reglamento de Sanciones, también existe la posibilidad de reclamar ante el juez civil. El afectado podrá reclamar de la sanción ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de 10 días, contados desde la notificación de la resolución, sin perjuicio de la interposición de recursos administrativos.

demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la notificación, ante la Corte de Apelaciones que deba conocer del caso.

De acuerdo con el procedimiento de reclamación contenido en la disposición, la Corte de Apelaciones debe dar traslado de la reclamación a la Superintendencia, la que dispondrá de 10 días para formular las observaciones que estime en el caso. Evacuado el traslado o vencido el plazo deberán traer los autos en relación, agregándose extraordinariamente a la tabla. Eventualmente, se podrá disponer la apertura de un término probatorio, que no podrá exceder de 7 días. La Corte de Apelaciones deberá emitir su fallo dentro del plazo de 15 días, resolución susceptible del recurso de apelación ante la Corte Suprema.

Se debe destacar que, tratándose de la reclamación contra una resolución final que impone una multa, sólo puede hacerse efectiva extinguido el plazo para formular una reclamación o una vez que ésta ha sido resuelta. En todo caso, para interponer la reclamación debe consignarse el 25% del valor de la multa.

De la revisión expuesta se debe concluir que el recurso que establece el artículo 72°-20 consigna uno no existente, dado la naturaleza de la resolución contra la que procede y los requisitos que es necesario cumplir para su interposición. Además de ser un nuevo recurso, hay que entenderlo de carácter excepcionalísimo y de aplicación estricta, ello debido al particular caso respecto del cual recibe aplicación.

Siguiendo con el análisis, del catálogo expuesto, se debe determinar qué recursos proceden respecto de la resolución de la Superintendencia que ordena el pago de las compensaciones. Si bien, el mismo artículo reconoce que, independiente del pago de las compensaciones, podrían proceder sanciones de acuerdo a la legislación vigente, el caso de estudio será de aquella resolución que establece los posibles responsables de ésta.

El recurso de reposición se debe descartar como una posibilidad. Dicho recurso, como se señaló anteriormente, procede respecto de aquellas resoluciones que impongan sanciones, tal como señala el artículo 18 A. Las sanciones que puede interponer la Superintendencia, ya sea, por infracciones gravísimas, graves o leves, están determinadas en el artículo

16²⁵ de la misma ley. Dado que el pago de la compensación no se puede entender como una sanción, ya que importa el establecimiento de una responsabilidad independiente de aquella que se genera por infracciones por la cual procede el establecimiento de las sanciones, el recurso de reposición no puede recibir aplicación en este caso. Tampoco es uno de los supuestos facticos de procedencia del recurso jerárquico, esto debido a que no es una resolución de un Director Regional. Respecto del recurso de reclamación de conocimiento del juez civil, tampoco recibiría aplicación por los mismos motivos señalados en relación al recurso de reposición.

En cuanto al recurso de reclamación que es de conocimiento de la Corte de Apelaciones si sería aplicable, ya que la resolución podría no ajustarse a

²⁵ Artículo 16.- De acuerdo con la naturaleza y gravedad de las infracciones, determinada según lo previsto en las normas del presente Título, éstas podrán ser objeto de las siguientes sanciones: 1) Amonestación por escrito; 2) Multa de una unidad tributaria mensual a diez mil unidades tributarias anuales; 3) Revocación de autorización o licencia; 4) Comiso; 5) Clausura temporal o definitiva, y 6) Caducidad de la concesión provisional.

Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El porcentaje de usuarios afectados por la infracción; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) La conducta anterior; f) La capacidad económica del infractor, especialmente si se compromete la continuidad del servicio prestado por el afectado.

la ley, el reglamento o demás disposiciones que correspondería aplicar en este caso.

Recapitulando, respecto de la resolución que se ha venido revisando procederían dos recursos: el recurso que establece el artículo 72°-20 de la Ley N° 20.936 y el de reclamación ante la Corte de Apelaciones. Tomando en consideración los recursos que procederían en este caso y, a raíz de la exigencia del reembolso de las compensaciones para poder reclamar ante la Superintendencia (recurso del artículo 72°-20), se analizará a la luz del *solve et repete*, una posible vulneración del artículo 19 N°3, inciso quinto, de la Constitución Política de la República.

El *solve et repete* ha sido definido como aquella institución en que el afectado por un acto sancionador dictado por la Administración, que le impone una multa, debe pagarla para poder reclamar de su juridicidad; en la práctica, se ejecuta la sanción antes de que ésta pueda ser reclamada o

impugnada y, además, se le exige el cumplimiento de la resolución para acceder a la justicia y plantear su reclamación²⁶.

Tradicionalmente, el *solve et repete*, en sede administrativa, se ha analizado respecto de aquella exigencia que estable la legislación para poder reclamar en sede judicial, es decir, el deber de pagar, íntegramente o un porcentaje, de la multa para reclamar su procedencia ante los tribunales de justicia. El caso que se propone analizar es distinto, ya que la exigencia de reembolso no sería para reclamar en sede judicial, sino que en sede administrativa.

Si bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han elaborado diferentes argumentos para defender la legitimidad de la institución²⁷, no se analizarán detalladamente, dado que se enmarca dentro de lo que se ha definido anteriormente como el caso de estudio tradicional. Sin embargo, debe llamar la atención un principio

²⁶ SOTO, Eduardo. *Solve et repete*. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho. En: Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Santiago, LegalPublishing, 2009. p. 44.

²⁷ ARAYA, Marcelo. El *solve et repete* frente al derecho administrativo sancionador. Un examen de legitimidad. Revista de Derecho (3): 99-111, 2013.

asentado por el Tribunal Constitucional²⁸ que se puede definir como el carácter residual de la impugnación en sede jurisdiccional. Para el Tribunal Constitucional no resultarían contrarias a la CPR aquellas normas que fijaran la figura en estudio, cuando el ordenamiento jurídico otorgara al afectado la posibilidad de recurrir en sede administrativa contra la multa respectiva, en forma previa del reclamo judicial. Lo que hace el Tribunal Constitucional es poner atención en la reclamación que puede hacerse ante la propia Administración, dejando en segundo plano la procedencia de la reclamación en sede judicial, con el objetivo de legitimar la instauración del *solve et repete*. Si se considera el principio asentado por el Tribunal Constitucional se podría concluir la ilegitimidad de la exigencia del artículo 72°-20, ya que debería primar el reclamo que puede hacerse ante la propia administración y esta exigencia negaría dicha posibilidad. Ahora bien, la doctrina establecida por éste resulta inadmisibles ya que confundiría las funciones del órgano administrativo revisor con las de los Tribunales de Justicia. De acuerdo a esto, el órgano revisor, la Administración, sería, a su vez, el cursor de la sanción que se reclama, mientras que la labor de los

²⁸ Sentencia Tribunal Constitucional N° 1173-2009, 16 de abril de 2009, considerando 13°.

Tribunales de Justicia, en cuanto ejercicio de la función jurisdiccional, garantiza imparcialidad del órgano revisor.

Descartando la doctrina planteada por el Tribunal Constitucional, es posible concluir que la exigencia, si bien puede considerarse como una aplicación de la institución del *solve et repete*, no se podría entender, en principio, como una limitación al acceso a la justicia, ya que, a la luz de lo que se ha señalado, existiría aún la posibilidad de impugnación ante los Tribunales de Justicia por medio del recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones.

Es necesario aventurar los motivos que habría considerado el legislador para establecer dicha limitación.

Parte de la doctrina ha señalado, en razón de justificar la regla del *solve et repete*, que está constituyendo, eventualmente, una limitación del derecho de acceso a la justicia, no podría desconocerse que estaría resguardando bienes jurídicos de carácter colectivo, como el derecho a la vida, a la salud de la población o la integridad física y psíquica de las personas, lo que daría

lugar a sostener su viabilidad y legitimidad²⁹. Ahora bien, pareciera que la regla contenida en el artículo 72°-20 no tendría por objetivo principal el resguardo de ninguno de los intereses antes señalados. Por otro lado, la doctrina contraria a la legitimidad de la institución, ha señalado que no resulta lógico ni proporcional, respecto de la relación Estado Sancionador-particular, la existencia de un medio anticipado de recaudación de las multas cursadas, considerando que, no obstante la reclamación judicial, la prerrogativa de ejecutoriedad de la sanción administrativa permanece incólume³⁰. Para dicha doctrina no es posible justificar la institución del *solve et repete* como un medio de recaudación anticipado de las multas impuestas por la Administración, obviando con ello el cumplimiento compulsivo de la misma. Ahora bien, en el caso de la exigencia de reembolso del artículo 72°-20, si bien no se trata de un caso en donde se establezca una multa a beneficio fiscal, sino que tiene por objetivo asegurar el reembolso para las empresas distribuidoras que han compensado efectivamente a los clientes finales y respecto de los cuales no existe una atribución de responsabilidad por parte de la Superintendencia.

²⁹ ARAYA, op. cit., p. 123.

³⁰ *Ibidem*, p. 145.

En virtud de todo lo analizado anteriormente, se puede señalar que la exigencia de reembolsar sólo procedería para el reclamo establecido en el artículo 72°-20 de la Ley N° 20.936, no así para el reclamo ante la Corte de Apelaciones. En todo caso pareciese ser que el objetivo de la ley fue frenar la posibilidad de impugnar la resolución ante la falta de reembolso, ahora bien, no se encontró ninguna referencia en la historia de la ley que impida la aplicación del recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones. Se desconoce cuál será la interpretación práctica que realice la Superintendencia y los Tribunales de Justicia al respecto, interpretación que habrá que monitorear.

2. Montos y límites al pago de la compensación. Razones e incentivos previstos por el legislador para su establecimiento.

La Ley N° 20.936 establece el monto y las limitaciones de los mismos respecto del pago de las compensaciones de la siguiente forma:

- i. Respecto de los clientes sometidos a regulación de precios, la compensación será equivalente a la energía no suministrada durante el evento, valorizada a quince veces la tarifa de la energía vigente durante la

indisponibilidad de suministro.

ii. Respecto de los clientes no sujetos a regulación de precios, la compensación corresponderá al equivalente de la energía no suministrada valorizada a quince veces la componente de energía del precio medio de mercado establecido en el informe técnico definitivo del precio de nudo de corto plazo vigente durante la falla. Lo anterior, siempre y cuando, no existan en los contratos de suministros cláusulas especiales en torno a este tema.

iii. La ley establece un límite, 5% de los ingresos, en consideración de la naturaleza de la empresa responsable. Pero, además, y como límite adicional, en ningún caso ese 5% podrá superar las veinte mil unidades tributarias anuales.

iv. Por último, establece un límite inferior para aquellas empresas que no registren ingresos en el año anterior debido a su reciente entrada en operación, dicho límite es dos mil unidades tributarias anuales.

La ley establece un monto que se debe compensar por la energía no suministrada y paralelamente un límite máximo por las cuales las empresas deben hacerse responsable. Debe llamar la atención que no se toma en

consideración las particularidades de los clientes que pudieran verse afectados, ni tampoco el número de ellos, especialmente al establecer el límite máximo a compensar. Lo anterior, denota un punto central, se debe entender esta compensación como tal, como una compensación y no una indemnización. Si bien este punto ya fue analizado en la segunda parte, se harán algunas precisiones a raíz de las particularidades de este nuevo régimen de compensación y que facilitará entender el porqué de éstas.

Dentro del derecho común se reconocen dos estatutos de responsabilidad, contractual y extracontractual, estatutos por los cuales se puede hacer responsable de un daño a un agente externo distinto de aquel que sufrió el daño.

Respecto del estatuto de responsabilidad contractual, y para que opere la indemnización de perjuicios, se deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) incumplimiento de una obligación, (ii) existencia de perjuicios, (iii) relación de causalidad entre éstos, (iv) imputabilidad de los perjuicios, (v)

que no concurra una causal de exoneración de responsabilidad del deudor y (vi) que éste se encuentre en mora³¹.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, debe existir (i) una acción libre de un sujeto capaz, (ii) realizada con dolo o culpa, (iii) que haga provocado un daño y (iv) que entre la acción culpable y el daño exista una relación causal suficiente para que éste pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable³².

Se puede concluir que, para ambos estatutos, es primordial que exista un daño, patrimonial o extrapatrimonial, que finalmente se reparará con la indemnización. Como se puede apreciar, la ley descarta la existencia de un daño para proceder a la compensación, es decir, ésta se hará efectiva respecto de todos los clientes que hayan sufrido la interrupción del suministro, independiente de que hayan sufrido un daño por dicho hecho.

Dado que no existe una correlación entre los clientes afectados por la interrupción y el límite establecido por la ley, se debe entender que el

³¹ ABELIUK, René. Las Obligaciones. 5° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. Tomo II, p. 808.

³² BARROS, op. cit., p. 61.

interés resguardado es otro y ello dice directa relación con el monto de la compensación.

Originalmente, el monto propuesto para la compensación correspondería a la energía no suministrada valorizada al costo de falla de corta duración, el que es definido en la normativa técnica. Parte de la discusión parlamentaria se centró en este punto, como ya se mencionó algunos actores de la misma consideraron que establecer dicho monto podría significar compensar hasta 80 veces la energía no suministrada y otros pusieron énfasis en los problemas financieros que podrían acarrear para las empresas pagar dichos montos. Si bien, finalmente el monto de la compensación se redujo al valor de 15 veces la energía no suministrada, sigue siendo alto en consideración a los montos que efectivamente se deberían compensar y en que no es una indemnización de los posibles perjuicios que se podrían sufrir.

Efectivamente, el monto que establece el legislador, aislado completamente de los elementos facticos del caso, debe considerarse un

incentivo para las empresas del sector a cumplir con la normativa técnica, cuya finalidad sería evitar los cortes de suministros no autorizados.

La conceptualización como incentivo al cumplimiento de la normativa técnica se debe entender en la medida en que dicho cumplimiento les evitaría el pago en exceso por concepto de compensaciones. Es aquí donde la perspectiva de los fines de la pena discutidos en el Derecho Penal ayuda a comprenderlo.

Dentro de las teorías consideradas plausibles para explicar los fines de la pena (penal) se encuentran aquéllas Relativas o de la Prevención, subdividida en teorías de la Prevención Especial y General³³. La primera, señala que la pena cumple con la función de prevenir los delitos en una persona determinada, que ya una vez cometido el delito, interviene en el momento de la ejecución de la pena y no en la amenaza existente en la conminación penal abstracta. Respecto de la segunda, la pena cumpliría con la función de prevenir delitos. Desde la perspectiva negativa de la teoría de la Prevención, la prevención se busca por medio de la intimidación,

³³ CURY, Enrique. Derecho Penal Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982. Tomo I, pp. 53-56

inhibiendo la tendencia a delinquir, intimidando psicológicamente a la comunidad general y así evitar la comisión de delitos. Una perspectiva positiva de esta última, señala que a través de la pena se logra un reforzamiento positivo del Derecho Penal, mediante la confirmación del ordenamiento jurídico se evitarían los delitos.

El monto que se debe compensar, desde la mirada de la función de la pena (penal), se puede entender desde la teoría de la Prevención General. De acuerdo a lo anterior, el objetivo de establecer una compensación alta (la valorización de 15 veces la energía no suministrada) sería prevenir el incumplimiento de la normativa que tenga como efecto una interrupción no autorizada del suministro, la intimidación a la que alude esta teoría serían los altos montos que se deberán pagar. También se puede considerar que, independiente de lo anterior, de la compensación propiamente tal, las empresas también podrán ser sancionadas por dichas infracciones, sanciones que reforzaría el objetivo disuasivo antes expresado.

La relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador ha sido discutida por parte de la doctrina, específicamente en

el tema de la naturaleza de las infracciones o contravenciones administrativas, y el objeto de poder hacer el deslinde de los delitos y las penas³⁴. Para una parte de la doctrina, no existen delitos por naturaleza ni infracciones administrativas que tengan un contenido u objeto que sea exclusivo e inherentes a las mismas, ambas son manifestaciones del poder que tiene el Estado para reprimir determinadas conductas, en cumplimiento de su función constitucional de servicio de la persona humana y la promoción del bien común, sujeto siempre a los límites establecidos en la Constitución³⁵. De ahí que el vínculo realizado en los párrafos anteriores no sea errado.

Ahora, descartada la naturaleza indemnizatoria de esta compensación, se puede concluir que los límites que establece el legislador no son contradictorios con los intereses de los clientes, ya que siguen siendo titulares de su derecho a ser indemnizados. Dicha indemnización, por los posibles daños sufridos por la interrupción, deberán regirse de acuerdo a la normativa general.

³⁴ CORDERO, Eduardo. El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho de Valdivia* XXV (3): 134, 2012.

³⁵ *Ibíd.*, p. 155.

El procedimiento para conseguir esta indemnización se encuentra regulado en la Ley N° 19.496, ley que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, en adelante, Ley del Consumidor. En el artículo 2° bis de la Ley del Consumidor se establece que las normas allí consagradas no recibirían aplicación en las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios reguladas en leyes especiales. Ahora bien, dicha regla tiene tres excepciones: a) En las materias que dichas leyes especiales no prevean; b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento; y c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimiento indemnizatorios en dichas leyes especiales.

Como se puede apreciar en el caso que se ha analizado, la Ley del Consumidor debe recibir aplicación respecto del derecho a ser indemnizados que detentan los usuarios afectados por la falla. La anterior, ya que, es una de las materias que no estaría regulada por una ley especial, de acuerdo a lo que se ha concluido con anterioridad. Además, podría ser uno de los casos en los que se viera afectado el interés colectivo³⁶, o en el caso que el consumidor recurra de manera individual ya que la ley especial no establece un procedimiento indemnizatorio.

El criterio consagrado en esta norma ya había sido ampliamente recogido por la jurisprudencia, la cual mayoritariamente había establecido una aplicación extensiva de la ley. Así, la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta estimó que la Ley del Consumidor era aplicable en un caso en contra de las empresas generadoras de energía eléctrica del Sistema Interconectado del Norte Grande, NOPEL S.A. y EDELNOR S.A. y la distribuidora Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., debido a la ocurrencia de dos cortes de suministro eléctrico o *blackouts*, los que fueron producto

³⁶ De acuerdo al artículo 50 de la Ley del Consumidor las acciones de interés colectivo se definen como aquellas “que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”.

de dificultades de orden técnico no informadas oportunamente por las empresas³⁷. La Corte señaló: “Que si bien la normativa a que hace referencia el incidentista resulta pertinente con la situación planteada, particularmente si se considera que la ley N° 19.613, modificatoria de la ley N°18.410, establece que además de las sanciones que traigan consigo la interrupción o suspensión de suministro de energía eléctrica, no autorizada conforme a la ley y los reglamentos, habrá lugar a una compensación a los usuarios afectados, normativa que por el principio de la especialidad podría estimarse aplicable en la especie, debe concluirse, sin embargo, que la ley N°19.496, no obstante consagrar una normativa general para hacer posible el ejercicio de los derechos de los consumidores, es la que resulta aplicable, puesto que permite la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional ante el conflicto planteado, que siempre será de mayor conveniencia que uno meramente administrativo, dado que la sentencia que se dicte, resuelve el litigio con la autoridad y los efectos que le son propios y que, sin duda, cautela en mejor forma los derechos del litigante que ha obtenido con ella. Debe considerarse también que la mencionada ley N° 19.496, contempla en favor de los consumidores el derecho a obtener la reparación de los

³⁷ MOMBERG, Rodrigo. *Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*. *Revista de Derecho* (17): 11, Valdivia, 2004.

perjuicios causados por un proveedor que incumple sus obligaciones, sean ellos materiales y morales, lo que constituye otra razón más para estimarla aplicable en la especie”.

Sin embargo, para los consumidores afectados no resultaría eficiente judicializar este conflicto, ello debido a los costos propios de los juicios, tomando en especial consideración que nos encontramos frente a empresas altamente especializadas y con herramientas, tanto humanas como económicas, para llevar adelante el proceso judicial. La pregunta que se debe hacer es si el Servicio Nacional del Consumidor, en adelante, el SERNAC, tendría legitimación activa para ser parte de este tipo de procedimientos. De acuerdo al artículo 58 letra g) de la Ley del Consumidor se describe su competencia y encarga: “g) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores.

La facultad de velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con el consumidor, incluye la atribución del

Servicio Nacional del Consumidor de 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, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales”.

Si bien con la legitimación activa del SERNAC, en parte, los clientes podrían superar los perjuicios que acarrea la judicialización, los perjuicios en largo plazo se podrían generar por el excesivo tiempo que conlleva la conclusión del proceso.

Por lo anterior, pareciera ser que los esfuerzos deberían estar alineados en brindarle mayores facultades al SERNAC para que, específicamente en estos casos, pueda de manera eficaz y rápida conseguir una solución al conflicto antes comenzar un proceso judicial. Sin ahondar en profundidad, ello por los límites de este trabajo, actualmente se encuentra en espera de ser promulgado el Proyecto de Ley de Fortalecimiento al SERNAC (Boletín N° 9369-03), el cual considera dentro de las propuestas arrogar nuevas facultades al órgano, así como la introducción un nuevo procedimiento de

mediación colectiva que “(...) tiene por finalidad la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores”³⁸. Dicho procedimiento estará a cargo del SERNAC y se regulará por los principios básicos de la indemnidad del consumidor, la economía procesal, la publicidad, la integridad y el debido proceso.

Parte del proyecto de ley fue sometido al control preventivo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, específicamente, en lo que concierne a este estudio, la posibilidad de que la resolución que dicte el SERNAC en el marco de una mediación colectiva pudiese tener efecto *erga omnes*, efecto que debería ser declarado por el juez de letras en lo civil correspondiente al domicilio del proveedor. Por medio de la sentencia Rol N° 4012-17, de 18 de enero de 2018, el Tribunal Constitucional declaró que el proyecto, en la parte que establece el procedimiento de mediación colectiva, no es contrario a la Constitución, por lo que no declara su inconstitucionalidad³⁹.

³⁸ Artículo 54 H agregado por el artículo 1° del Proyecto del Ley en su número 45.

³⁹ La sentencia de igual modo declaró que ciertas normas del proyecto sí debían ser consideradas inconstitucionales por contravenir la Constitución, normas que no dicen relación con el procedimiento de mediación colectiva.

Si bien el proyecto de ley, en lo que dice relación a la mediación colectiva, sorteó el examen de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, todavía no ha sido promulgado como ley. La Contraloría General de la República, por medio del Dictamen N° 10.856 de 27 de abril de 2018, no tomó razón del decreto promulgatorio, dado que, contendría normas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, lo que se condice con el Dictamen N° 66.893 de 2009 de la misma Contraloría.

Por ahora se desconoce cuál será el futuro del proyecto de ley, pero el establecimiento del procedimiento de mediación colectiva resultaría un avance en la gran mayoría de los casos en los cuales se cuenta con consumidores perjudicados y, por ende, también el caso práctico que se ha venido comentando.

d. Desarrollo reglamentario

Con fecha 21 de julio del 2017 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto N° 31, del Ministerio de Energía, decreto por el que se aprueba el Reglamento para la determinación y pago de las compensaciones por

indisponibilidad de suministro, en adelante el Reglamento de Compensación.

El Reglamento de Compensación detalla el procedimiento a través del cual se pagarán las compensaciones. Dicho procedimiento no cambia de forma sustancial, manteniendo la esencia determinada en la ley, por lo que tampoco varían las conclusiones del acápite anterior.

Sin embargo, se debe poner atención particularmente en las disposiciones transitorias del Reglamento, ello por las razones que se expondrán a continuación.

El artículo primero transitorio dispone que desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.936 y hasta el 31 de diciembre de 2019, las compensaciones por indisponibilidad de suministro a que hace referencia el artículo 72°-20 de dicha ley, se regirán por lo dispuesto por el artículo 16 B de la Ley SEC. Es decir, por los siguientes dos años, se continuará aplicando el régimen originario para el pago de compensaciones, régimen que fue objeto de análisis en la segunda parte de este trabajo.

El artículo segundo transitorio señala que entre el 1 de enero de 2020 y hasta el año 2023, las compensaciones a usuarios finales sujetos a regulación de precios, corresponderán al equivalente de la energía no suministrada durante la falla o evento, valorizada a diez veces el valor de la tarifa de energía vigente en dicho periodo. En este mismo sentido y por el mismo período, las compensaciones a usuarios no sometidos a regulación de precios, corresponderán al equivalente de la energía no suministrada, valorizada a diez veces la componente de energía del precio medio de mercado establecido en el informe técnico definitivo de precio de nudo de corto plazo vigente durante dicho evento. Respecto de los montos máximos a compensar definidos en el Reglamento en concordancia con la ley, éstos serán aplicables durante el periodo de tiempo antes señalado.

Por último, el artículo tercero transitorio, ordena que antes del 31 de diciembre de 2019, las empresas generadoras y los usuarios no sometidos a regulación de precios deberán informar a la Superintendencia si los contratos de suministro eléctrico que posean contemplan cláusulas especiales en relación al pago de compensaciones por indisponibilidad de suministro.

Como se puede apreciar, el objeto de los mencionados artículos transitorios es la aplicación progresiva de los cambios introducidos por medio de la incorporación del nuevo régimen. Los cuales son comprensibles en la medida que el cambio regulatorio implica una serie de nuevas obligaciones para los actores del mercado.

CONCLUSIÓN

La presente memoria tuvo por objeto resolver dos clases de interrogantes. En primer lugar, se buscó dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿En qué medida el nuevo régimen de compensación se hace cargo de los problemas que conlleva la aplicación del artículo 16 B de la Ley SEC? Por otro lado, se pretendió dilucidar los posibles problemas que podría acarrear su aplicación.

Del análisis realizado en la segunda parte, se puede apreciar que el mencionado artículo 16 B, en cuanto a su establecimiento, incurre en una serie de falencias; falencias que implican que la aplicación práctica del mismo genere perjuicios para las empresas de distribución a cargo del pago de la compensación, siendo la falta de un procedimiento propiamente tal lo que agrava mayormente la situación.

La falta de un modelo de atribución de responsabilidad al establecer el pago de la compensación, haciendo responsable, quizás, a empresas que no ocasionaron la interrupción de suministro, es el costo que se debe asumir para que la compensación sea pagada a los usuarios de manera eficiente. No se puede con ello desconocer que la atención debe centrarse en los consumidores y clientes, pues son ellos los que deben ser protegidos en razón de la débil posición que ocupan dentro mercado. En ese mismo sentido, el hecho de que el pago lo realice aquella empresa que tiene la relación con los clientes (empresa que el consumidor puede identificar respecto de aquellas que forman el mercado eléctrico) imprime eficiencia y eficacia respecto de la forma y tiempo de la realización del pago.

Ahora bien, dicha empresa distribuidora, si bien puede estar obligada a la deuda, puede no contribuir a la misma. Por lo anterior, la ley reconoce la posibilidad de que ésta pueda repetir el pago que ha realizado. Es precisamente éste el punto más conflictivo del artículo 16 B: la empresa distribuidora realiza el pago sin existir claridad respecto de los actores responsables de la interrupción y, en definitiva, sin tener claro contra quién podrá repetir el pago. Por ello, pareciera que el establecimiento de la

responsabilidad debería anteceder al pago de la compensación, ya que como se pudo ver a raíz del caso descrito por la falla de marzo de 2011, los perjuicios que puede enfrentar la empresa que paga la compensación pueden ser considerables. Estos daños se derivan de la falta de atribución de responsabilidad y el tiempo que conlleva la litigación en el procedimiento civil actual. En este mismo sentido, el procedimiento establecido por este régimen de compensación y las falencias del mismo, produce un retardo considerable en el pago efectivo de la compensación para los clientes. Debe recordarse que en el caso de la falla que tuvo lugar en marzo de 2011, el abono de las compensaciones concluyó recién en octubre del año 2014.

No se debe perder de vista que el artículo 16 B continuará recibiendo aplicación respecto de las compensaciones de las cuales sean responsables las empresas distribuidoras y que, además, de acuerdo a las disposiciones transitorias del Reglamento de Compensación, tendrá vigencia general respecto de todas las interrupciones ocurridas hasta el 31 de diciembre de 2019. Por lo anterior, es necesario no desatender el análisis crítico aquí realizado en miras de las interrupciones que ocurran en el intertanto. En virtud de lo señalado, el diseño de un nuevo régimen de compensación era

una necesidad real para la regulación eléctrica, necesidad que fue considerada por el Poder Ejecutivo y reconocida por el Poder Legislativo a través del establecimiento del nuevo régimen de compensación en la nueva Ley de Transmisión, régimen analizado en la tercera parte de este trabajo.

En principio, y de acuerdo al texto legal y reglamentario, el nuevo régimen de compensación representa significativos avances regulatorios. El establecimiento de un procedimiento de rango legal es quizás el mayor adelanto. Con ello, además, se suple una de las falencias del artículo 16 B, ya que la compensación sólo se pagará por la empresa distribuidora respectiva, una vez que el Coordinador haya entregado el EAF a la Superintendencia y será ésta quien ordene el reembolso de los pagos efectuados. En este sentido, el hecho de que sea la Superintendencia el órgano que determine al responsable posibilitará la acción de repetición que intente la empresa distribuidora.

Uno de los incentivos que posee la ley para que el reembolso sea efectuado de forma voluntaria, es que sólo una vez que éste se haya

realizado, las posibles empresas responsables por la falla podrán reclamar ante la Superintendencia.

Respecto del punto anterior y en relación a la analizado en el Capítulo III de este trabajo, es necesario considerar armónicamente los recursos que establece la normativa sector eléctrico. Respecto de este asunto existen dos posibles interpretaciones. La primera de ellas permitiría recurrir de reclamación contra la resolución que ordene el pago de la compensación, junto con el recurso que establece el artículo 72°-20 de la LGSE con la limitación antes descrita. La segunda interpretación sólo permitiría la aplicación del recurso del artículo 72°-20 de la LGSE, dejando sin aplicación, para este caso en específico, el recurso de reclamación.

No se encontró ninguna referencia en la historia de la ley sobre la manera en que el recurso del artículo 72°-20 se relacionaría con los demás recursos sectoriales. Pareciese ser que la intención del legislador, al establecer la repetición de los montos compensados como un requisito para recurrir de la resolución, fue limitar los medios recursivos que el presunto responsable pudiese utilizar. Lamentablemente, como no hay una limitación expresa

respecto de la utilización del recurso de reclamación, la discusión quedará abierta a la interpretación que realicen los órganos sectoriales y los tribunales de justicia.

En coherencia con lo anterior, la única interpretación que significaría un avance regulatorio respecto del régimen compensatorio original, sería aquella que impida la aplicación del recurso de reclamación. Debe recordarse que de acuerdo al régimen original era el distribuidor quien asumía el costo del pago de la compensación, pagando sin saber quién era el responsable. En contraste, con el nuevo régimen, éste pagará, pero será la Superintendencia quien determine el responsable, el mismo que deberá repetir para poder reclamar de dicha atribución de responsabilidad. No se puede desconocer que esta exigencia podría significar una limitación al acceso de la justicia, pero que se encontraría justificada. Ya no se verificaría un perjuicio mayor para las empresas distribuidoras y el costo se trasladaría al presunto responsable de la compensación. En caso contrario, es decir, que se permita la aplicación del recurso de reclamación, se traduciría nuevamente en un perjuicio para las empresas distribuidoras, dado que se prolongaría en el tiempo la repetición de los montos abonados a los clientes

finales, quedando en la práctica sin efecto los avances regulatorios que podría significar el nuevo régimen.

Es importante recalcar, además, que se trata de una compensación y no una indemnización. Tal como ya se mencionó, ambos regímenes de compensación, no buscan reparar un daño, sino que compensar una obligación incumplida. En este sentido, es legítimo que el regulador estableciera la compensación (montos y límites de la misma) sin considerar las particularidades de cada caso, ni con ello los posibles daños que sufran las clientes.

En cuanto a los montos y límites que establece el legislador, se puede concluir que se pretende encontrar un equilibrio entre dos intereses. El primero de ellos es el interés del regulador en incentivar el cumplimiento de la normativa eléctrica y con ello evitar que se produzcan fallas, interés reflejado en el monto de la compensación. Y por otro lado, el interés de las empresas, de acuerdo a las opiniones entregadas durante la tramitación parlamentaria, de que el monto a compensar no las afectase

económicamente, lo que se traduce en los límites máximos a compensar establecidos por la ley.

Independientemente de lo anterior, es de real importancia contar con un procedimiento claro y eficiente mediante el cual los clientes puedan ser indemnizados por los daños sufridos durante las interrupciones de suministro, dado que con los mecanismos actuales no se logra alcanzar en tiempo oportuno dicha reparación. Al parecer, el establecimiento de la mediación colectiva en manos del SERNAC podría, en parte, entregar una herramienta eficaz en miras de la reparación de daños. Se espera que en el corto plazo la ley que introducirá el procedimiento sea promulgada.

Si bien es imposible no reconocer los avances que significa el establecimiento del nuevo régimen de compensación, los reales beneficios y perjuicios que puede significar sólo se podrán apreciar con la aplicación práctica del mismo y los posibles cambios legislativos y reglamentarios que pueda sufrir a raíz de ello. Pero es necesario tener como referencia las conclusiones a las que aquí se ha arribado.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK, René. Las Obligaciones. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. Tomo II.

ARAYA, Marcelo. El *solve et repete* frente al derecho administrativo sancionador. Un examen de legitimidad. Revista de Derecho (3): 95-126, 2013.

ARANCIBIA, Tamara. Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas. Cuadernos del Tribunal Constitucional (58), 2015.

BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BERNSTEIN, Sebastián. Racionamiento Eléctrico: causas y posibles soluciones. Puntos de Referencia (209), 1999.

CORDERO, Eduardo. El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de Derecho de Valdivia XXV (2): 131-157, 2012.

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 (42): 399-349, 2014.

CURY, Enrique. Derecho Penal Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982. Tomo I.

EVANS, Eugenio y SEEGER, María. Derecho Eléctrico. 3ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2013.

QUINTANILLA, Jorge. Compensación por interrupción no autorizada del suministro eléctrico. Revista de Derecho Administrativo Económico (19): 215-240, 2014.

ROMÁN, Cristian. El castigo en el Derecho Administrativo. Revista de Derecho y Humanidades I (16): 155-171, 2010.

SALINAS, Carlos. Derecho administrativo sancionador, el régimen sancionador eléctrico en Chile. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2015.

SEPÚLVEDA, Enrique. Sistema y Mercados Eléctricos. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010.

SOTO, Eduardo. *Solve et repete*. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho. En: Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Santiago, Legal Publishing, 2009.

VERGARA, Alejandro. Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2): 137-147, 2004.