

COMENTARIO:

ACERCA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TECNICA
EN MATERIA ELECTRICA

Ramiro A. Mendoza Zúñiga

Profesor de Derecho Administrativo

P. Universidad Católica de Chile - U. de Los Andes

A modo de introducción: Del objeto del recurso

Al no respetarse los parámetros técnicos que establece la ley, en la determinación del precio que debe fijar la autoridad, sostiene el recurrente que se le priva del derecho a cobrar el precio que legal y adecuadamente debe fijarse y se le expone a la arbitrariedad de la autoridad. Por su parte, un grupo de afiliados al sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones recurren arguyendo que la fijación del precio que indican reducirá las utilidades de las empresas eléctricas, produciéndoles en consecuencia una pérdida patrimonial “sólo comparable a una expropiación de facto”, afectándose el patrimonio de los afiliados al sistema. Se solicita, en ambos recursos, que la Corte “adopte las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho”. La Corte rechazó los recur-

pancias técnicas en una materia altamente compleja como es la fijación tarifaria, siendo que el recurso de protección, como acción cautelar que es, tiene por objeto brindar protección a los particulares cuando en forma indubitable, como consecuencia de actos ilegales o arbitrarios se les perturbe, amenace o prive de uno de los derechos que el artículo 20 de la Constitución señala, esto es, cuando se les afecte un derecho incuestionable.

Más aún, en casos como los de la especie, en la eventualidad de que una empresa eléctrica sufra perjuicio por la fijación tarifaria, el ordenamiento que regula la materia ha considerado —art. 94¹

¹ Texto del artículo 94: “En caso de que las empresas o concesionarios, que se mencionan en el artículo anterior consideren que las tarifas fijadas por la autoridad causan perjuicio a sus legítimos derechos o intereses, podrán recurrir ante la Justicia Ordinaria, reclamando la indemnización correspondiente.// El afectado podrá recurrir a la Justicia Ordinaria de acuerdo a las reglas generales para perseguir las indemnizaciones a que haya lugar”.

DFL N° 1/82— que aquella pueda recurrir a la Justicia Ordinaria de acuerdo a las reglas generales para perseguir las indemnizaciones a que haya lugar, no siendo entonces procedente que el “Recurso de Protección sobre todo en una materia controvertida y técnica, como la presente”, se transforme en el “sustituto jurisdiccional del procedimiento que la propia ley ha establecido para las situaciones en que la fijación tarifaria cause perjuicios a las empresas que estimen han sido afectadas”.

A mayor abundamiento, la resolución contenida en el Informe Técnico Definitivo, correspondiente a los Precios de Nudo del Sistema Interconectado Central, no ha sido un acto ilegal, toda vez que ella fue emitida por la Comisión Nacional de Energía en uso de las atribuciones que le otorga la ley eléctrica aplicable, y “tampoco se le puede calificar de arbitraria, esto es, adoptada por mero capricho o contra la sana razón, pues de los antecedentes allegados al proceso cabe concluir inequívocamente que fue el fruto de un

sos. Trataremos de entender las razones de este resultado, al mérito del análisis que seguidamente haremos bajo la fórmula de un comentario de sentencia, el que haremos, al menos, bajo el siguiente orden:

1. De las concesiones eléctricas: su naturaleza
2. Régimen tarifario: Organos intervinientes: ¿Debe soportarse obligatoriamente un gravio?
3. El control de constitucionalidad: en “casos complejos”, frente a la “ilegalidad” o la “arbitrariedad”.

1. De las concesiones eléctricas: su naturaleza

Suele hacerse, comúnmente, la afirmación de que el “sector eléctrico” es un mercado regulado en el que las empresas concesionarias de generación y distribución de energía eléctrica se someten a un estatuto legal sistemático como es el DFL 1/82, en razón de tratarse de un *servicio público* sometido a gestión privada, pero con una regulación de derecho público. Se trataría de concesiones de servicio público.

Conviene advertir, primeramente, que la propia ley, para los efectos del ámbito de su aplicación y gradualidad de la intervención potestativa, ha señalado que “es servicio público eléctrico, el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros”.

riguroso y acabado estudio de los antecedentes necesarios para la referida fijación tarifaria. Fue un proceso técnico basado en antecedentes objetivos”.

Que, no obstante que la jubilación que se origine para los imponentes, depende de la rentabilidad de los fondos de pensiones a que se encuentren ellos afiliados, conforme al DL 3.500, no es menos cierto que se trata de un futuro derecho jubilatorio, que integra el derecho a la seguridad social, garantía constitucional, que por lo pronto, no se encuentra protegida por el recurso de protección, siendo entonces inadmisibles cualquier acción en este sentido.

I. CORTE SUPREMA

Santiago, dieciocho de junio de mil novecientos noventa y siete.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de veintidós de enero último, escrita a fojas 176.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Nº 503-97.

Pronunciado por los ministros señores: Osvaldo Faúndez V., Lionel Béraud P., Arnaldo Toro L. y Germán Valenzuela E., el abogado integrante señor Manuel Daniel A.

II. CORTE DE APELACIONES

Santiago, veintidós de enero de mil novecientos noventa y siete.

Vistos:

Patricio Alday Papic, ingeniero civil, gerente general de la Empresa Hidroeléctrica Pullinque S.A., y en su representación, ambos domiciliados en calle La Bolsa Nº 81, 4º piso, Santiago, a fs. 1 recurre de protección en contra de la Comisión

Las empresas que posean concesiones de servicio público de distribución sólo podrán destinar sus instalaciones de distribución al servicio público y al alumbrado público² y añade que “No se considerarán de servicio público: Los suministros efectuados desde instalaciones de generación y transporte, la distribución de energía que hagan las cooperativas no concesionarias, o bien la distribución que se realice *sin concesión*”³.

Por lo anterior, sostiene Vergara Blanco que:

“Para distribuir energía eléctrica a usuarios finales, esto es, para prestar servicio público de distribución, es preceptiva una concesión, la que, a su vez, otorga derechos adicionales para la ocupación del suelo público y privado. Por otra parte, si bien ello no es necesario para el transporte de la energía eléctrica, si un agente económico que va a transportar energía eléctrica desea obtener los beneficios del título concesional (gravámenes y servidumbres en suelo privado, y ocupar o atravesar el suelo público), puede también tramitar el título concesional.

En todo caso, cualquiera que sea la motivación y subsector eléctrico de que se trate (esto es, distribución o transporte) sustantivamente el título concesional es idéntico, tanto en su tramitación como en sus efectos en cuanto a la ocupación del suelo. Su *status* jurídico es idéntico, salvo la condición de servicio público ulterior de la distribución, que es un tema de operación y explotación del dere-

² Art. 7º DFL Nº 1/82 (Minerfa).

³ Art. 8º DFL. cit.

Nacional de Energía, organismo del Estado, domiciliado en Teatinos N° 120, representada por su Secretaria Ejecutiva doña María Isabel González Rodríguez, ingeniero del mismo domicilio, y contra el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, don Alvaro García Hurtado, ignora profesión, del mismo domicilio anterior, por las infracciones constitucionales y legales que seguidamente desarrolla.

Funda el recurso en que la autoridad con fecha 14 de octubre de 1996, mediante C.N.E. 1036-96 remitió a su representada una copia del "Informe Técnico Definitivo" correspondiente a la determinación de los "Precios de Nudo del Sistema Interconectado Central", para la fijación de los precios de octubre de 1996. El referido informe técnico fijó un precio de nudo de 31,31 Mills, en circunstancias que el actualmente vigente es de 35,87 Mills, lo que significa una disminución de un 12,7% aproximadamente.

Agrega que dadas las particularidades del mercado eléctrico, este requiere de la intervención de la autoridad en determina-

dos casos y uno de ellos es la fijación del "precio de nudo" que, en su esencia consiste en fijar aquel valor en que las empresas generadoras de electricidad venden o transfieren su energía a las empresas distribuidoras.

Este precio se determina cada seis meses, en abril y octubre de cada año, para lo cual el artículo 100 del DFL N° 1, de 1982, de Minería, dispone que la Comisión Nacional de Energía pondrá en conocimiento de las empresas de generación y transporte que efectúan ventas sometidas a precios fijos un informe técnico del cálculo de los precios de nudo.

Conforme señala la ley, la Comisión podrá aceptar o rechazar total o parcialmente las observaciones de las empresas, por lo que queda claro que no existe recurso alguno contra la decisión de la autoridad, salvo el recurso de protección.

Agrega que la fijación del precio del nudo es una cuestión eminentemente técnica en que deben considerarse una serie de factores: la proyección estimada de la demanda, la fijación del plan óptimo indi-

cho creado, que en nada altera las conclusiones anteriores, que emanan de textos expresos de la ley, según desarrollo enseguida"⁴.

¿ Pero, se trata de una verdadera concesión de servicio público?

Para los autores del nuevo régimen eléctrico está claro que la denominación de "concesión" utilizada por la ley, no correspondía real y verdaderamente a su equivalente jurídico-dogmático, sino que la denominación concesional prevista por la ley sólo representó un vehículo denominativo a los efectos del fin perseguido o deseado, mas no tuvo el mérito de poder comprender verdadera y jurídicamente una "concesión". En efecto, hoy han dicho que "La ley contempla la 'Concesión de Servicio Público de Distribución' para el establecimiento, opera-

⁴ Vid., de Alejandro Vergara Blanco, *La Concesión Eléctrica: Procedimiento, Servidumbres y Ocupación del Suelo Privado y Público. Propositiones Concretas de Cambios Legislativos*, Revista Chilena de Derecho, número monográfico "Problemas Actuales de Derecho Eléctrico", vol. 21 N° 3, 1994, págs. 464 y ss., lo citado en p. 465. Es notoria la carencia de doctrina en el ámbito nacional. Temas que no resultan nada pacíficos en el derecho comparado, al efecto, vid. Jesús Trillo-Figueroa Martínez-Conde y Francisco de Borja López-Jurado Escribano, *La Regulación del Sector Eléctrico*, Civitas, 1996, en especial págs. 159 y ss. Últimamente hay preocupación académica; vid. también de Eugenio Evans Espiñeira, "Fijación de Tarifas de Distribución y Potestades Discrecionales de la Administración", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 N° 1, págs. 217-242, 1998; también en *Informe Constitucional* N°s. 1.566 y 1.567, de 4 y 5 de agosto de 1997, respectivamente.

cativo de las inversiones, la información hidráulica y los costos variables de las centrales.

Afirma que el análisis técnico de los distintos factores antes enunciados pueden justificar un alza en el precio del nudo y no una baja.

a) Se calculó una previsión de demanda con un crecimiento de un 7,3%, en circunstancias que la misma Comisión estima que su crecimiento para el período 1996-2006 será de un 8,44%.

b) En cuanto al programa de obras de generación y transmisión señala que en el Sistema Interconectado Central no presenta significativas modificaciones respecto del que tuvo que considerar la Comisión en abril de 1996.

c) En cuanto a los costos señala: en relación con la hidrografía, la conclusión lógica es que atendida la escasez de insumos en las centrales hidráulicas, la oferta de energía disminuirá.

Asimismo, en la metodología utilizada por la Comisión Nacional de Energía para considerar el precio del carbón pue-

den formularse una serie de reparos que invaliden la confiabilidad de los índices deducidos por dicho organismo. Cuestión similar acontece respecto del valor del flete marítimo en la estimación de costos del carbón procedente de Estados Unidos, fijado en 10,45 US\$/Ton., en circunstancias que el pagado en el primer semestre fue de 11 US\$/Ton.

En la determinación del precio libre señala la recurrente que conforme lo dispuesto en el artículo 101 del DFL N° 1, de 1982, la limitación con que cuenta la Comisión Nacional de Energía para la determinación del precio del nudo es que "no podrá diferir en más de diez por ciento de los precios correspondientes a suministros no sometidos a fijación de precios. En tales circunstancias la Comisión Nacional de Energía debió considerar todos los contratos de suministro celebrados por generadoras y no sólo los de aquellas que forman parte del sistema CEDEC-SIC y debió realizar la comparación entre los precios libres y los regulados en moneda del mismo valor.

ción y explotación de las redes de distribución de servicio público. *Bajo este concepto, la concesión no es, como tradicionalmente se la concibe, una delegación de una actividad privativa del Estado en una empresa.* Lo que se pretende es facilitar la realización de una actividad que beneficia a un gran número de personas, a través de concederle a una empresa (privada o estatal) el uso de los bienes nacionales de uso público o de franjas de propiedades privadas para el tendido de las líneas. No se trata de conceder una actividad, sino de conceder espacios para la realización de una actividad de beneficio general⁵.

Por lo dicho, es necesario recalcar y dar cuenta insistentemente, que pese a los términos manifiestos de la ley, no se trata propiamente de la "vieja técnica concesional" que pone —como se ha dicho en sede judicial— en pie de supremacía al Estado frente al particular⁶, y sobre la cual tanto ha escrito la doctrina administrativa desde inicios de siglo.

Se trata en cambio de rescatar, para los particulares, algo que les es natural y propio, el ejercicio o desarrollo de una determinada actividad económica, a la

⁵ Sebastián Berstein, "Sector Eléctrico", en Soluciones Privadas a Problemas Públicos, Cristián Larroulet (Coordinador), Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 1991, Ed. Trineo S.A.

⁶ Vid. Recurso de Protección *Empresa Eléctrica Puente Alto Limitada, Compañía Eléctrica Río Maipo S.A. y Chilectra S.A.*, apelación Rol 804-97, Corte Suprema, donde la parte que representaba a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, sostuvo dicho parecer, con refuerzos doctrinarios al caso, Informe en Derecho, Profesores Srs. Francisco Zúñiga y Jorge M. Quinzio. La Corte Suprema, sin alcances sobre la materia, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó los recursos de protección señalados, 28 de abril de 1997, 3ª Sala.

Estima conculcadas las siguientes garantías constitucionales:

a) la prevista en el N° 21 del artículo 19, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, pues el precio fijado solo permitiría una rentabilidad del 3% a 4%, lo que no le permitirá enfrentar sus obligaciones; el N° 23 del artículo 19 de la Constitución, esto es, la libertad para adquirir toda clase de bienes, y el N° 24 del mismo artículo 19, el derecho de propiedad, pues su representada tiene el derecho de cobrar un precio de nudo fijado de acuerdo con los parámetros técnicos que establece la ley y no verse expuesta a la arbitrariedad de la autoridad.

Solicita se acoja el recurso y que esta Corte adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho.

A fs. 39 informa la recurrida, Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía, en cuya primera parte se refiere al mercado eléctrico, a la tarificación eléctrica y a la metodología y procedimientos seguidos para la fijación de tarifa eléctri-

cas, establecidos en los artículos 100, 101, 102 y 103 del DFL 1/82, de Minería, todo lo cual se ha cumplido en la especie.

En cuanto a los procedimientos seguidos en la elaboración del programa de obras de generación y transmisión, la autoridad debe entregar las señales adecuadas a los inversionistas en forma de cautelar la expansión optimizada del sistema de forma de minimizar el costo total de abastecimiento, buscando así la eficiencia económica, lo que es indispensable para la adopción oportuna de decisiones.

Luego refuta las aseveraciones de Pullinque S.A., en la forma siguiente:

a) En cuanto a la estimación de la demanda para fijación del precio del nudo, de acuerdo con el N° 1° del artículo 99 del DFL 1/82 debe considerarse los siguientes 10 años con el primer año de dicho período y lo que la Comisión Nacional de Energía estimó fue un crecimiento del 7,3% para el primer año y de un 8,44% para el período de 10 años.

b) En cuanto al programa de obras de generación y transmisión, la recurrente se-

que tienen de suyo derecho, como la propia Constitución se encarga de reafirmarlo en el artículo 19 número 21. Además que, por lo expuesto, no resulta difícil darse cuenta de que en un sistema como el nuestro, *el Estado no es ya más el titular de la actividad económica que conlleva la generación o distribución de energía eléctrica*⁷ por no ser una función propia de este, de donde no se ve qué podrá este conceder a los particulares. Lo que acontece no es propiamente una materia concesional, sino que se trata del uso de la técnica de la autorización, a lo que se une la regulación consecuente al desarrollo de aquella actividad, en los marcos o márgenes que las leyes –no los reglamentos– permitan, y todo ello, hasta en cuanto no se afecte la esencia del derecho a desarrollar la correspondiente actividad económica⁸.

⁷ Vid. Vivianne Blanlot, *La Regulación del Sector Eléctrico*, en *Hacia el Estado Regulador*, publicación colectiva, CIEPLAN, 1993, en especial págs. 289 y ss. "El proceso de reestructuración del sector eléctrico comenzó en 1978 y formó parte de la reestructuración y privatización del sector de energía en general. El principal objetivo explícito de este proceso fue promover una mayor eficiencia en el desarrollo del sector, a través de: –separar el rol regulador del rol empresario del Estado, –abrir la posibilidad de competencia a través de la incorporación del sector privado en la industria, –introducir el concepto de eficiencia en la fijación de tarifas y, al mismo tiempo, mejorar el perfil financiero de las empresas del sector".

⁸ Vid. con esclarecedora posición, Iván Aróstica Maldonado, su *Transferencia de Funciones Estatales al Sector Privado en tres Contratos Administrativos: Concesión de Servicio Público, Externalización y Sociedad*, en *Rev. de Derecho Público (UCH)* N° 55-56 (1994), págs. 143-160.

ñala que ello determina rentabilidades del 4% para el parque de generación; pero la ley en ninguno de sus artículos asegura una tasa de rentabilidad, lo que si prevé la ley en la letra d) de su artículo 100 es que la tasa de actualización utilizada en los cálculos de precios de nudo será de un 10% real anual.

c) En cuanto a los costos de los combustibles, de acuerdo con el N° 2° del artículo 99 del DFL 1/82, en todas las fijaciones, desde 1983 se ha utilizado invariablemente el promedio de los costos marginales futuros esperados de los primeros cuarenta y ocho meses siguientes para el Sistema Interconectado Central. La naturaleza hidrotérmica de este sistema con un gran embalse interanual como es el Lago Laja, sólo permite una correcta modelación de largo plazo para determinar el valor del agua de dicho embalse, considerando un período de 48 meses.

Respecto a la diferencia de las canastas de carbones utilizada en las distintas plantas termoeléctricas existentes en el Sistema Interconectado Central y particu-

larmente en Guacolda y Ventanas, la Comisión Nacional de Energía se ha remitido a la lista de carbones utilizables en cada central que fuera determinada a través de un estudio encargado a la empresa consultora Metálica S.A., el que fue entregado a las empresas distribuidoras en su oportunidad; asimismo el cambio observado en los puertos de embarque obedecen a variaciones de precios de los carbones para los distintos puertos, informados por la revista Coal Week. La metodología utilizada para valorar los fletes del carbón corresponde a la que se determinó mediante un estudio contratado por la Comisión a la empresa Ingeconómica S.A., estudio que hoy constituye la mejor herramienta objetiva disponible.

d) Por último estima errónea la afirmación de la recurrente en el sentido de que para esta determinación, comparada con los precios libres, sólo consideró las ventas libres efectuadas por las empresas que pertenecen al CEDEC/SIC, pues la Comisión sí consideró las ventas libres efectuadas por Aconcagua S.A. e Hidro-

2. Régimen tarifario: Organos intervinientes: ¿Debe soportarse obligatoriamente un agravio ?

A grandes rasgos, podemos señalar que intervienen en la regulación del sector eléctrico la Comisión Nacional de Energía, que es el principal organismo asesor del gobierno en la planificación indicativa de inversiones que hayan de hacerse tanto en generación⁹ como en distribución, por los actores económicos del sistema, debiendo realizar también el diseño de normas y los cálculos necesarios para la determinación de las tarifas en aquellos precios que se someten a regulación; la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que es el principal organismo fiscalizador y que tiene a su cargo la responsabilidad técnica en materias de denominación concesional, correspondiéndole, asimismo, velar tanto por la correcta aplicación tarifaria a los usuarios, como por el control efectivo de la calidad del servicio eléctrico que otorguen los proveedores; y el Ministerio de Economía, que es el organismo, a través del cual se expiden los decretos correspondientes que fijan las tarifas, por una parte, y por la otra fomentan el desarrollo de los sectores que concursan en esta materia.

En materia de precios¹⁰, la ley ha previsto la intervención de la autoridad -vía fijación de precios máximos-, en el marco señalado en el título IV de la ley

⁹ Ilustrativo resulta considerar que para la fijación de los precios de nudo -que inciden en las tarifas eléctricas de los usuarios- ya se ha tomado en cuenta la futura puesta en marcha de la denominada Central Ralco, de donde resulta que lejos de ser una eventual y futura fuente del sistema, tiene ya incidencias tarifarias expresas.

¹⁰ El caso en comento versa sobre fijación de precios de nudo; para impugnación de precios del segundo tipo, vid. nota 7.

eléctrica Guardia Vieja S.A., como consta de los antecedentes que acompaña.

Termina expresando que el proceder de la Comisión Nacional de Energía se ha ajustado a la legalidad, los precios señalados en el Informe Técnico fueron ya remitidos al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción el que procedió a su aprobación por Decreto Supremo 788, publicado en el Diario Oficial de 31 de octubre de 1996, previa toma de razón.

Solicita el rechazo del recurso.

A fs. 72 doña Mónica del Rosario Peñaloza Loyola, empleado, domiciliada en O. Bonilla 1891, Maipú, Jorge Peñaloza Loyola, empleado, domiciliado en Descartes 4080, Maipú, José Antonio Muñoz Elgueta, empleado, domiciliado en 6 Poniente 4051, Conchalí, Enzo Godoy Rivera, empleado, domiciliado en Costanera Sur 6714, depto. 43, Marcela Alejandra Badilla Muñoz, empleada, domiciliada en Pasaje L N° 1709, Peñalolén y Julje Ana Maldonados Campos, empleada, domiciliada en Sicilia 7566, La Cisterna, todos de la ciudad de Santiago, recurren de

protección contra la Comisión Nacional de Energía, representada por su Secretaria Ejecutiva, María Isabel González Rodríguez, ingeniero, ambos domiciliados en Teatinos 120 y contra el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, ignoran profesión, del mismo domicilio anterior, por cuanto se ha comunicado profusamente a la prensa que la recurrida, en forma arbitraria e ilegal, a contar del 1° de noviembre de 1996, bajará el precio de nudo de la electricidad desde 35 Mills a 31 Mills, aproximadamente, lo que significa una disminución de más de un 12%, con lo cual se amenaza, perturba y priva del legítimo derecho de propiedad garantizado en el N° 19 del artículo 24 de la Constitución sobre sus ahorros previsionales.

Expresan que se encuentran afectas al nuevo sistema de pensiones, regulado por el DL N° 3.500, de 1980, el cual se basa en la capitalización individual de cuya rentabilidad dependen sus jubilaciones futuras y sobre los recursos que forman el

eléctrica (arts. 90 a 129) y se da esta, para los efectos de nuestro comentario, principalmente en sistemas eléctricos cuyo tamaño sea superior a 1.500 Kilowatts en capacidad instalada de generación. Se distinguen dos niveles de precios sujetos a fijación: 1. Precios a nivel de generación-transporte. Estos precios se denominan "precios de nudo" y se definirán para todas las subestaciones de generación-transporte desde las cuales se efectúe el suministro; tienen los precios de nudo, dos componentes que son el precio de energía y el precio de la potencia de punta; y 2. Los precios a nivel de distribución, que se determinan sobre la base del precio de nudo, establecido en el punto de conexión con las instalaciones de distribución, y de un valor agregado por concepto de costos de distribución. Los primeros son fijados semestralmente por la autoridad (Ministerio de Economía) en los meses de abril y octubre de cada año y la determinación de las fórmulas para la fijación de los segundos se realiza, normalmente, cada cuatro años¹¹ (art. 110).

Para la determinación de los "precios de nudo" la Comisión Nacional de Energía (CNE) dentro de los primeros quince días de marzo y septiembre de cada año, pone en conocimiento de las empresas de generación y transporte que efectúen ventas sometidas a fijación de precios, así como de los Centros de Despacho Económico de Carga¹², un Informe Técnico del cálculo de los precios

¹¹ Vid., desde una perspectiva jurídico-constitucional sobre el tema, Enrique Evans de la Cuadra, su Análisis del Sistema Tarifario de la Distribución de Energía Eléctrica. La Fijación del "Valor Nuevo de Reemplazo" (VNR), en Rev. Chilena de Derecho (UC), cit., págs. 447 y ss.

¹² El denominado CEDEC, cuya única referencia legal, aparece en el artículo 150 letra b). Su funcionamiento está reglado reglamentariamente.

de pensiones tienen un derecho de propiedad.

pregan que las Administradoras se reservan facultades para invertir en acciones y que el 14,13% del Fondo se encuentra invertido en acciones de generación eléctrica.

pregan que la autoridad puede fijar libremente el precio del nudo, pero el artículo 97 de la ley, DFL 1/82, dispone que los precios de nudo deberán reflejar un costo en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel de generación y de transporte para usuarios permanentes de bajo riesgo.

En términos generales, dicen, los jueces antes que debe tener en cuenta la Comisión Nacional de Energía para la fijación del precio del nudo, no son otros que la proyección de la demanda eléctrica nacional, el plan indicativo de inversiones de transporte y finalmente la información sobre la oferta eléctrica y de costos variables de las plantas generadoras de electricidad.

Entonces, ahora bien no hay ninguna base racional ni lógica para estimar que el precio

del nudo que comenzará a regir el 1° de noviembre de 1996 pueda ser inferior al vigente; la infraestructura en generación sigue siendo similar, la escasez de agua es evidente, la oferta de energía disminuirá por lo que su precio debe aumentar; las centrales térmicas producen electricidad en base a carbón o petróleo y el valor de este ha aumentado, de todo lo cual cabe inferir que el valor de la energía debe de subir y en ningún caso bajar.

Estiman conculcada a sus respectivos la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política pues esta fijación de precios produce en sus cuentas individuales en las Administradoras de Fondos de Pensiones, una pérdida patrimonial sólo comparable a una expropiación de facto toda vez que por la vía de bajar la rentabilidad de las empresas generadoras, donde está invertido el 14% del total de los fondos de pensiones, se afecta el patrimonio de los afiliados al sistema.

Solicitan se acoja este recurso y que esta Corte adopte las providencias que juzgue necesarias para restablecer el im-

o, según el procedimiento previsto por el art. 99, que tiene el carácter de preventivo y recibidas, en plazo legal, las observaciones de las empresas sujetas a determinación, la CNE antes del 15 de abril y 15 de octubre de cada año, comunicará al Ministerio de Economía y a las empresas eléctricas correspondientes, los precios de nudo y fórmula de indexación, conjuntamente con el Informe Técnico de Cálculo Definitivo de los Precios de Nudo, de acuerdo a las normas legales previstas por el art. 101 y las observaciones de las empresas interesadas. Estos precios máximos, calculados por la CNE, son luego fijados por decreto expedido por el Ministerio de Economía, mediante delegación de autoridad. Queda claro, asimismo, que la autoridad puede fijar incluso un precio inferior al señalado por la CNE, ello en cuanto dicho Decreto consigne, además, la autorización del Ministro de Hacienda y, previamente a este, la ley de Presupuestos del Poder Ejecutivo haya autorizado las compensaciones a que se da lugar y a las empresas interesadas en derecho las empresas, por el solo ministerio de la ley (arts. 92, 101,

estos autos, como se dijo, la empresa eléctrica compareciente ha recurrido contra el Informe Técnico Definitivo, que hemos mencionado, el que en derecho no es propiamente un acto administrativo como asegura la sentencia, sino que constituye un acto técnico, no potestativo ni jurídico, que se inserta en un procedimiento administrativo que lleva a la dictación de un acto administrativo terminal, cual es el correspondiente decreto de Economía que determina la fijación tarifaria máxima que le compete a la autoridad respectiva. Esta sola circunstancia, de modo que no releva para el particular agravado la posibilidad impugnativa, como se alega en este recurso.

perio del derecho y asegurar la debida protección a los recurrentes.

A fs. 79 informa la Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía el recurso de protección ingreso de Corte N° 3.908-96 interpuesto por los afiliados al nuevo sistema de pensiones, antes individualizados.

Expresa que los precios de nudo, esto es, los valores en que las empresas de electricidad venden o transfieren la energía a las empresas distribuidoras siempre han sido determinados por la Comisión siguiendo parámetros técnicos. La actual fijación ha sido hecha en base a previsiones de demanda, agua embalsada, estadísticas hidrográficas, precios de combustibles, planes de obras y modelos de operación conocidos y cimentados por estudios técnicos efectuados por prestigiosas empresas y universidades, todos los cuales han sido dados a conocer a las empresas en su oportunidad, dentro del proceso de elaboración del Informe Técnico Definitivo de Cálculo del Precio Nudo.

Luego se refiere a las afirmaciones de los recurrentes en los siguientes aspectos:

a) No sería efectivo que el aumento de la demanda conlleve un aumento en los precios, pues el precio es el resultado de un equilibrio entre oferta y demanda, de modo que un aumento de la demanda no provoca necesariamente un aumento en los precios si, por la inversa, aumenta también la oferta.

b) Los recurrentes estiman que los planes de obras de octubre de 1996 y abril de 1996 no difieren significativamente, con lo cual no consideran la puesta en servicio de dos centrales a gas en 1998. De hecho la incorporación de 721,2 MW de base a gas natural en 1998, a través de las Centrales San Isidro y Nehueco de Endesa S.A. y Colbún S.A., respectivamente, para un sistema como el SIC que actualmente tiene una capacidad aproximada de 4.100 MW, representa un impacto de gran magnitud y esta oferta adicional provoca una disminución de precios.

c) En cuanto a la escasez de agua ella sólo determinaría costos marginales altos

Y menos aún, puede pretenderse eludir entrar, derechamente, al conocimiento de una causa como esta, por la sola consideración de la posibilidad reparadora prevista por la ley —art. 94—, que sólo viene a significar el derecho de las empresas para perseguir, ante la justicia ordinaria, las consecuentes responsabilidades pecuniarias (indemnizaciones) cuando las tarifas fijadas les causen perjuicio a sus legítimos derechos o intereses.

No se divisa cómo la circunstancia anotada, que sólo establece una de las formas posibles para materializar la responsabilidad del Estado (hablaríamos de un contencioso reparatorio), pueda servir para eximir del control judicial que la Constitución establece respecto de todo “acto u omisión” que se considere arbitrario o ilegal. Significaría entonces, de acuerdo a lo sentenciado, y en otras palabras, que el recurso de protección (acción constitucional) queda interdictado en su uso o posibilidad de ejercicio, siempre y cuando una ley considere acciones posteriores a la consolidación del agravio; es decir, existiría para el Estado, en aquellos supuestos, un verdadero derecho a agraviar, siempre y cuando la ley haya previsto un reparo indemnizatorio posterior. Ello es contrario a la más elemental lógica jurídica constitucional.

3. *El control de constitucionalidad: en “casos complejos”, frente a la “ilegalidad” o la “arbitrariedad”.*

Desde el lamentable caso de “*Yañez con SENDOS*”, donde una Corte de Apelaciones se tornó renuente al conocimiento de un recurso de protección, en

en los primeros trimestres del período en estudio; pero la ley establece que se debe fijar un promedio de los costos marginales futuros de los primeros dos a cuatro años del horizonte de estudio.

d) En cuanto al aumento del precio del petróleo, ello ha sido considerado, pero su magnitud no es significativa.

De lo anterior concluye que la baja en los precios de nudo es absolutamente previsible cuando en un sistema se aumenta la oferta debido a la incorporación de centrales generadoras a gas natural, no obstante la situación de la demanda de energía, el nivel de agua en los embalses y el aumento en los precios del dólar y del petróleo.

En cuanto a la baja de los precios de las acciones, agregan que es un hecho cierto que las acciones de cualquier sociedad anónima están expuestas a variaciones del mercado en el cual operan y este hecho es conocido por los inversionistas institucionales.

Estima que el acto no es ilegal ni arbitrario, por lo que debe rechazarse el recurso.

Con lo relacionado y considerando:

1°. El Título IV del DFL N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, trata de las tarifas; su artículo inicial, el artículo 90 dispone que estarán sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica que indica. El artículo 92 dispone que los precios máximos de que se trata serán calculados por la Comisión (Nacional de Energía) de acuerdo con los procedimientos que se establecen más adelante, y fijados mediante decreto expedido por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

La ley en sus artículos 97, 99, 100, 101, 102, 103 y 104 señala el procedimiento para la determinación de precios de los sistemas eléctricos desde los cuales son efectuados los suministros.

2°. Que no se ha cuestionado por los recurrentes la atribución que sobre la materia tiene la Comisión Nacional de Energía, en conformidad a los señalados preceptos del DFL N° 1-82, de Minería, ni tampoco la formalidad conforme a la cual

razón de tratarse de un "caso complejo", como si los jueces estuvieran sólo para bagatelas jurídicas¹³, mucha agua ha corrido bajo las aguas del control jurisdiccional pleno.

Y es que debe irse asentando y recalcando una idea imprescindible, cual es que en un mundo cada vez más tecnificado y especializado, la convivencia lejos de simplificarse añade complejidades en el diario vivir que luego capta el legislador, y en demasía a veces, bajo el prisma de la regulación, desapareciendo en ese instante el ideal mágico de la codificación racionalista, puesto que se hace insostenible la existencia de un solo cuerpo legal que pueda captar, en plenitud, los avatares de la legislación. Por ello, la complejidad de las materias que hoy llegan a nuestros tribunales no se satisface con la aplicación plena de las hipótesis que el Código Civil ha podido construir, sin perjuicio, claro está, de los principios jurídicos comunes que allí se contienen. Por lo dicho, resulta evidente que no se puede, por ningún tribunal, llegar a la conclusión de que estas leyes y materias del todo complejas y su consecuente aplicación queden al margen del control judicial. La dogmática jurídica de las disciplinas, en nuestro caso el constitucional y administrativo, podrán, en estos casos, servir de medio coherente de interpretación y aplicación del derecho. Lo técnico y complejo, no es

¹³ Vid. Rev. Derecho y Jurisprudencia, T. 80 (1983), N° 3, 2.5, pág. 185 y ss. De interés el comentario del profesor Eduardo Soto Kloss, pp. 188-192, en especial su colofón: "Como decían los clásicos *aberratio optimi, pessima*: la corrupción de los mejores es la peor".

se emitió el Informe Técnico Definitivo sobre Fijación de Precios de Nudo, octubre de 1996, Sistema Interconectado Central, el cual fue puesto en conocimiento del primer recurrente con fecha 14 de octubre de 1996, todo ello en conformidad a lo que ordena el artículo 102 del citado DFL 1, de 1982, que es el acto administrativo contra el cual se recurre.

Asimismo, la fijación de las tarifas se publicó en el Diario Oficial de 31 de octubre de 1996, aprobadas por el Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción.

3°. Que de lo expresado por los recurrentes y lo manifestado por la recurrida, la Comisión Nacional de Energía, se llega a la conclusión que median discrepancias técnicas sobre materias altamente complejas como es esta fijación tarifaria.

4°. Que una de las materias importantes de divergencia es la previsión de demanda de potencia y energía del sistema eléctrico a que se refiere la letra a) del artículo 100 del DFL 1/82.

Pero el N° 1 del artículo 99 del citado DFL N° 1 especifica que la fijación se-

mestral debe hacerse teniendo en cuenta la previsión de demanda futura para los próximos 10 años, con lo cual se explica que se haya consultado un crecimiento del 7,3% para el primer año y un 8,44% para el período de 10 años.

5°. Que similar consideración merece la discrepancia relacionada con el plan de obras determinado por la autoridad, el que no presenta significativas modificaciones, según los recurrentes, en tanto para la recurrida ello no considera la puesta en servicio de dos centrales a gas natural, en 1998, que elevarán la capacidad del Sistema Interconectado Central.

Ahora bien, el N° 2° del artículo 99 del DFL 1/82 dispone que "para la operación del sistema se calcularán los costos marginales de energía del sistema, incluida la componente de racionamiento en los primeros meses de operación, con un mínimo de 24 y un máximo de 48 meses, promediándose los valores obtenidos con factores de ponderación correspondientes a las demandas actualizadas de energía durante ese período".

contradictorio con la justicia, al contrario, impone para el juez el doble camino de la prudencia y de un riguroso saber¹⁴.

En lo nuestro, podemos señalar que la sentencia comentada no resulta ser un referente adecuado o concluyente sobre el estado de la cuestión. El asilo en la señalada complejidad de un determinado asunto, incluso en materias como las hoy expuestas, no resulta un camino común de la jurisprudencia, puesto que el carácter pretendido no puede relevar la posible existencia o concurrencia de ilegalidades sustantivas o formales o arbitrariedades en el actuar de la Administración. Por de pronto, conviene precisar los términos.

Así, se señala¹⁵ que "el género de la antijuridicidad reviste dos formas: la ilegalidad y la arbitrariedad. No deben confundirse, ya que la autoridad puede actuar dentro de la legalidad formal y cometer un acto arbitrario al mismo tiempo. Por su parte, la arbitrariedad puede incidir en tres órdenes de materia: 1. En relación a la oportunidad en que se debe emitir un acto administrativo

¹⁴ Este temor nacional del juez a lo "complejo o técnico" ha sido tratado en doctrina, vid. especialmente Tomás-Ramón Fernández, *Arbitrariedad y Discrecionalidad Administrativa*, 1991, Civitas. En especial págs. 80 y ss. También, Coca Vita *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica*, vol. II, N° 100-102, Rev. de Administración Pública (España), pp. 1039 y ss. Conviene ir considerando que la mencionada discrecionalidad técnica es una verdadera contradicción esencial, puesto que lo discrecional -posibilidad de elección en elementos que así lo admitan en la previsión del legislador- se opone con lo técnico, que siempre habrá de admitir sólo posibilidades únicas de resultado, no variables.

¹⁵ Vid. Iván Aróstica M., *Arbitrariedad Administrativa (Jurisprudencia Judicial y Contralora)*, Separata, U. de Chile, sin fecha.

Habida consideración de esta norma es obvio que el resultado será diferente si para la fijación tarifaria se ha tenido o no en consideración la puesta en servicio próximo, en 1998, de las dos centrales a gas natural a que se ha hecho referencia.

6°. Que en general, pues, las discrepancias entre los recurrentes y la recurrida tienen la aludida característica de divergencias de orden técnico en relación con la aplicación de la completa normativa que regla la fijación tarifaria.

7°. Que esta acción cautelar tiene por objeto brindar protección a los particulares cuando en forma indubitable como consecuencia de actos ilegales o arbitrarios se los perturbe, amenace o prive de uno de los derechos que el artículo 20 de la Constitución señala, esto es, cuando se les afecte un derecho incuestionable.

Ahora bien, ante la eventualidad que el primer recurrente sufra perjuicio por la fijación tarifaria, en cuanto afecte a la Empresa Hidroeléctrica Pullinque S.A., debe considerarse que el artículo 94 del DFL N° 1/82 obvia la situación en los siguientes términos:

“En caso de que las empresas concesionarias, que se mencionan en el artículo anterior consideren que las tarifas fijadas por la autoridad causen perjuicio a sus legítimos derechos o intereses, podrán recurrir ante la Justicia Ordinaria, reclamando la indemnización correspondiente.

El afectado podrá recurrir a la Justicia Ordinaria de acuerdo a las reglas generales para perseguir las indemnizaciones a que haya lugar.

En tal forma, pues, el Recurso de Protección sobre todo en una materia controvertida y técnica, como la presente, no puede ser el sustituto jurisdiccional del procedimiento que la propia ley ha establecido para las situaciones en que la fijación tarifaria cause perjuicios a las empresas que estimen han sido afectadas.

8°. Que, por lo demás, la resolución contenida en el Informe Técnico Definitivo correspondiente a los Precios de Nudo, del Sistema interconectado central, para la fijación de los precios de octubre de 1996 no ha sido un acto ilegal, toda vez que ella fue emitida por la Comisión Nacional de

(“cuándo”): en aquellos casos en que la ley no le fija un plazo determinado a la Administración para actuar. Hay arbitrariedad cuando no actúa “dentro de un término prudencial”. 2. En relación a los motivos que justifican o fundamentan un acto administrativo (“por qué”). Hay arbitrariedad cuando el acto carece de razonabilidad: no se invocan hechos concretos o los hechos son inexistentes o *hay un error en su ponderación* o en su calificación jurídica. 3. En relación al objeto o contenido del acto administrativo (“qué” decisión se adopta): en aquellos casos en que la ley no ha previsto una sola medida posible que puede tomar la autoridad frente a una situación de hecho (competencia reglada), sino que le confiere un margen de flexibilidad para elegir de entre varias decisiones posibles, dentro de un catálogo de alternativas (competencia discrecional). *Hay arbitrariedad cuando la medida escogida –aunque está contemplada dentro del elenco de posibilidades– es “desproporcionada” o excesiva* en relación a los fines que se pretende alcanzar. Denota rigor innecesario; cuando la medida pasa a ser “desmedida”.

Podrán nuestros tribunales realizar los controles a los elementos propuestos. Así lo han hecho, y no divisamos el temor de que lo sigan haciendo. Han entrado de lleno al control de la razonabilidad en materias como las eléctricas, expresando que “estos antecedentes e informaciones técnicas y oficiales, valoradas por esta Corte en conciencia, demuestran que la “variación del área típica” aplicable a la recurrente Empresa de Puente Alto Ltda. ha sido legítima y exenta de arbitrariedad (considerando 10)”, o, en otra parte: “Que si bien la determinación de la autoridad no satisfizo las pretensiones de los recurrentes relativas al rubro en comento, aleja toda crítica de inflexibilidad de la autoridad encargada de

Energía en uso de las atribuciones que le otorga el DFL N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería; y tampoco se la puede calificar de arbitraria, esto es, adoptada por mero capricho o contra la sana razón, pues de los antecedentes allegados al proceso cabe concluir inequívocamente que fue el fruto de un riguroso y acabado estudio de los antecedentes necesarios para la referida fijación tarifaria. Fue un proceso técnico basado en antecedentes objetivos.

En consecuencia, no ha podido infringir las garantías constitucionales que al respecto señala la empresa Hidroeléctrica Pullinque S.A.

9°. Que en relación con el recurso intentado por Mónica Peñaloza Loyola y otros a fs. 72 y siguientes, debe considerarse que de la rentabilidad de sus fondos de pensiones depende la jubilación que obtendrán en su oportunidad.

Se trata en consecuencia, de un futuro derecho jubilatorio que integra el derecho a la seguridad social. Ahora bien, el artículo 20 de la Constitución Política no

señala entre las garantías constitucionales protegidas por el recurso de protección el derecho a la seguridad social, por lo que el intentado por estos recurrentes, al margen de cualquier otra consideración, debe ser rechazado por inadmisibile.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección, se declara *sin lugar* el intentado a fs. 1 por el ingeniero Patricio Alday Papic y a fs. 72 por Mónica del Rosario Peñaloza Loyola, Jorge Peñaloza Loyola, José Antonio Muñoz Elgueta, Enzo Godoy Rivera, Marcela Alejandra Badilla Muñoz y Julie Ana Maldonado Campos.

Regístrese y, en su oportunidad, archívese.

Redacción del Abogado Integrante
señor Patricio Novoa Fuenzalida.
N° 3.878-96 y 3.908-96.

regular, controlar y determinar las fórmulas tarifarias de distribución eléctrica y, por lo mismo, en concepto de esta Corte, carece de la arbitrariedad que se le atribuye, por cuanto las razones expresadas por la Comisión Nacional de Energía demuestran un proceder reflexivo en relación al nivel de desarrollo del país y a la necesaria preocupación que deben tener las empresas por evitar pérdidas de energía derivadas del ilícito mencionado, teniendo presente, asimismo, la dificultad técnica de cuantificar las mismas (considerando 12)¹⁶.

Por ello, basta de seguir arguyendo a la "discrecionalidad técnica", la "otra vía", lo "complejo", puesto que ninguno de ellos son elementos que relevan a la autoridad de lo propio, dar cuenta, cuando se le exija, del poder que se le atribuye, y ello ante el Juez. Es, por lo demás, lo correcto en un Estado que se precie de Derecho.

¹⁶ Rol 804-97, Corte Suprema, sobre "tarifas eléctricas", cit.