

Valparaíso, 09 de septiembre de 2015

Señores

Comisión de minería y energía

Honorable Senado

Presente

Honorables Miembros de la comisión,

Antes que todo agradecer la invitación para exponer brevemente acerca del proyecto de ley que introduce mecanismos de equidad en las tarifas eléctricas de la Ley General de Servicios Eléctricos, al que me referiré de la siguiente forma.

I.- Antecedentes y aspectos generales.

En consideración a que la idea fuerza del proyecto de Ley que se encuentra en discusión pretende y tiene por objeto incorporar mecanismos de equidad, supone necesariamente que la actual norma jurídica eléctrica no tiene incorporado o al menos insuficientemente en su articulado el principio de equidad que debe contener toda normativa jurídica.

Recordemos que el grupo social incorpora regulaciones específicas en las normas jurídicas para proteger y hacer obligatorios ciertos principios y valores que consideran de relevancia social, así el concepto de equidad consiste en dar a cada uno lo que se merece en función de sus méritos, condiciones, esfuerzos, situaciones sobrevinientes, entre otras múltiples acciones, luego la equidad hace referencia a la igualdad de trato que representa un equilibrio entre la justicia natural *persé* del hombre y la ley positiva. Equilibrio por cierto que permite que todos los integrantes del grupo social tenga una situación justa, que fundamente y explique la idea de incorporar en nuestra normativa mecanismos de equidad, que restablezcan los equilibrios perdidos.

Esto no es fácil y opera tratando de incorporar a la norma los valores sociales en general, que refleja la suma de los valores individuales de cada uno de los integrantes de dicha grupo social, buscando equilibrios en situaciones de desigualdad.

Asimismo, un objetivo relevante en nuestra sociedad debiese referirse al concepto de la sustentabilidad social la que debe perseguir la equidad, que significa proponer que todos los estratos sociales se beneficien del crecimiento económico.

Lo anterior, supone que las comunas intensivas en generación eléctrica, deben lidiar con externalidades (positivas, pero también negativas) o costos a soportar, que ameritan tomar medidas que repongan los equilibrios perdidos.

Por otra parte, los beneficios que genera la electricidad son percibidos a nivel nacional, mientras que, los impactos y externalidades negativas producidos por estos proyectos

pueden afectar de distintas maneras a los integrantes de las comunas en las cuales éstos se encuentran.

Estas externalidades o costos externos, se relacionan con los costos o beneficios que deben asumir las comunas donde se desarrollan proyectos de generación y que eventualmente pueden afectar la salud, el medio ambiente, puede afectar el paisaje, puede aportar con emisiones no deseadas, o incluso pueden vulnerar el entorno desde una perspectiva de la belleza, que no se reflejan en el precio pagado por los consumidores finales de esa electricidad, pero que son tremendamente necesarias para el desarrollo de nuestro país.

Debemos considerar también como antecedente de este análisis que las comunas de mayor intensidad en generación eléctrica tienen características especiales: viento, radiación solar, ríos, campos para la generación eólica, entre otros, vale decir, características que no se encuentran en todas partes, luego, las personas afectadas con un alza en sus tarifas que no pertenecen a las comunas de intensivas en generación eléctrica, no tienen la oportunidad de poder rebajar sus tarifas, por esta causal, lo que en parte podrá compensar la Equidad Tarifaria Residencial, que es el otro componente de esta modificación a la norma.

II.- En cuanto a la norma.

Pero hay que tener cuidado al estudiar las inserciones en la normas jurídicas que se pretenden incorporar al ordenamiento jurídico, toda vez que no sólo se deben considerar los costos para estas comunas, sino que también, estos se debe sopesar con los múltiples efectos positivos asociados a la generación eléctrica, y que se manifiestan a través de la generación directa e indirecta de empleos, capacitación, turismo, medios de comunicación, infraestructura local, producción local de materiales de construcción y sobre todo la infinidad de servicios y mejora de estos, que son necesario implementar para soportar la ejecución y posteriormente la marcha del proyecto de generación, que obviamente genera progreso para las comunidades y externalidades positivas.

Por otra parte, esta compensación tarifaria está reconociendo la contribución al sistema eléctrico que hacen las comunidades en cuyas comunas se emplazan proyectos de generación y, a su vez, permite potenciar los esfuerzos que realizan las empresas generadoras para aumentar el bienestar de las comunidades que acogen sus inversiones y tener una interacción pacífica y sinérgica.

Asimismo, esta compensación tarifaria contribuirá, en alguna medida, a mejorar las relaciones entre las comunidades y las empresas que desarrollan los proyectos, reduciendo los potenciales conflictos que en la práctica existen en estos procesos.

Sería demasiado optimista pensar en un relevante desarrollo económico y social de aquellas comunas en las cuales se emplazan los proyectos energéticos a través de este sistema de compensación, sin embargo en la medida que la autoridad adopte decisiones coherente y relacionadas entre ellas que produzca la necesaria sinergia, contribuirán a lograr objetivos en este sentido.

Lo anterior y que es necesario considerar al estudiar la propuesta normativa, incluye las consideraciones y análisis de las tecnología a utilizar en la generación de electricidad, toda vez que no es lo mismo generar energía a través de Energías Renovables no convencionales, que generar dicha energía a través de la utilización de combustibles fósiles, o considerar el tamaño de la o las plantas y las características técnicas de cada una de ellas.

Por otra parte, considerar una justificación que respalde una retribución por la contribución que hacen las comunas intensivas en generación eléctrica, creemos que no debe hacerse de manera lineal sino que se debe incorporar una fórmula que permita diferenciar una comuna de otra, considerando la densidad poblacional, las externalidades positivas y negativas, el aporte en generación que se hace, para que los mecanismos de retribución elegidos sean realmente justos.

Asimismo, hay que tener especial cuidado con la manera de plantear el proyecto porque en la primera finalidad perseguida, me refiero a Reconocimiento de la Generación Local (RGL), esta tiene dos aristas, la primera se refiere a un trato distinto para unas comunas a diferencia de otras, lo que podría eventualmente generar algún tipo de discriminación, no deseada, en el trato igualitario que debiera corresponder, al establece un descuento en el componente de energía de las tarifas reguladas (no sólo las residenciales) de estas comunas intensivas en generación eléctrica, y por otra parte, una segunda componente que grava a través de la ley con una carga pública obligando a asumir un mayor costo de la energía, a aquellos usuarios de comunas que no son consideradas como intensivas en generación.

Respecto, a la primera componente, es muy importante a nuestro juicio no generar tratos diferentes sin justificación normativa, vale decir, el principio de la no discriminación considera "tratar igual a los iguales". En este contexto, debiéramos en principio tratar igual a todas las comunas, pudiendo producirse una diferencia como resultado de políticas públicas de orden social que tenga como finalidad mejorar la calidad de vida de grupos que eventualmente pudieran estar más desfavorecidos. A nuestro juicio, en este caso puntual no vemos con nitidez grupos desfavorecidos, y el sólo hecho de vivir en una comuna intensa en generación eléctrica no necesariamente justificaría el trato desigual.

La igualdad y por ende la no discriminación arbitraria, tiene protección Constitucional y legal, como prohibición esencialmente descrita en el artículo 19, número 2, que establece la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley, por lo tanto la estructura de la norma de compensación tarifaria que se pretende incorporar al ordenamiento jurídico debiera justificar expresamente la idea o intención del legislador en la diferenciación que quiere incorporar, considerando que la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante y en la ley, además, prohíbe toda discriminación arbitraria, y que contempla incluso la acción de protección en su artículo 20.

Lo anterior es concordante con la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, que incluye un concepto de lo que se denomina discriminación arbitraria. Al respecto se dispone lo siguiente en el artículo 2°: "*Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de*

justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Lo anterior se podría producir, al asumir ambas componente, la compensación tarifaria y por otro lado el aumento del valor a quienes no viven en comunas intensas en generación, en este caso en particular, por beneficiar a unos se estaría discriminando o tratando desigual a otros.

Esto no es tan grave, porque no toda diferencia de trato constituirá *persé* una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo, vale decir tratar igual a los iguales, o al menos dejar en un mayor equilibrio a quienes debieran estar iguales, por ende solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable, o sea cuando es irracional o contraria a la razón.

III.- Conclusiones parciales

En este orden de ideas y considerando que sólo una aspiración de las comunas intensas en generación, no es razón suficiente para disminuir una carga para algunos y recargar a otros, va a radicar el *onus probandi*, vale decir probar la legitimidad de su acción, en quien ha realizado la diferenciación, luego, es importante reflejar en la norma esta justificación para salvar esta situación.

Mi recomendación, en consecuencia, sería mejorar el texto de la norma e incorporar la idea fuerza que se pretende con la compensación tarifaria de manera de justificar y fundamentar, en la norma, los criterios que se han tenido a la vista para modificar o mejorar la Ley.

IV.- Otros aspectos

Respecto de la segunda componente de la compensación tarifaria referida a que esta rebaja será asumido por aquellos usuarios de comunas que no son consideradas como intensivas en generación, podría generar una colisión de derechos con el Artículo 19 N° 2 igualdad ante la ley y generar responsabilidad para el Estado, por el texto del Art. 38, inciso 2° de la Constitución Política de la República, a saber, "*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*", lo que determina técnicamente la responsabilidad objetiva del Estado. En este caso en particular, ocurre una situación objetiva de lesión a los derechos de una persona, al tener que pagar ya sea por la compensación tarifaria o por Equidad Tarifaria Residencial, un monto de dinero (marginal), pero que a la vista de alguna persona podría ser injusto, donde estaría obligado a soportarla por disposición de la Ley, luego, el fundamento de la responsabilidad del Estado sería que el administrado no tiene por qué soportar el daño que la

Administración causa con su actividad, lo que podría atentar contra el derecho constitucional de igual repartición de las cargas públicas, donde cualquiera discriminación sería arbitraria.

Luego, esto ratifica mi recomendación de objetivizar en la norma el criterio utilizado tanto para la compensación tarifaria, como para la equidad tarifaria residencial.

V.- En cuanto a la segunda modificación

Respecto a las diferencias de tarifas eléctricas residenciales entre las distintas zonas del país, que se producen por la variación tarifaria desde la perspectiva de la densidad poblacional de la zona, lo que se manifiesta de manera que mientras mayor densidad exista en una zona geográfica, más energía consume, por ende, es más barato prestarle el servicio y distribuir el precio entre estos cliente finales.

Como este proyecto de Ley persigue dos objetivos claros:

- a.- disminuir las tarifas de los clientes regulados en aquellas comunas que posean centrales de generación de energía eléctrica
- b.- busca acotar las diferencias de tarifas eléctricas residenciales entre las distintas zonas del país.

Llama la atención a que el primer objetivo atenta de alguna manera contra el segundo objetivo. El primer objetivo vulnera el segundo objetivo, porque hace una discriminación positiva generando diferencias de tarifas eléctricas residenciales por el solo hecho de vivir en una comuna donde hay generación eléctrica, sin tener en vista si hay o no externalidades positivas o negativas, sino que solo por un hecho objetivo. Pero por otro lado, compensa el alza absorbida por el resto de las comunas no intensivas en generación eléctrica.

El objetivo de Equidad Tarifaria Residencial busca lograr que la diferencia entre el promedio de las cuentas a nivel nacional y la cuenta más alta no sea superior a un 10% del primero.

Esta medida será financiada por todos los clientes sometidos a regulación de precios, donde sólo aportarán al financiamiento aquellos que estén bajo el promedio señalado y que cuenten con un consumo promedio mensual del año calendario anterior superior a 180 kWh.

Cabe hacer presente aquí el mayor impacto en esta distribución del precio recaerá en las pymes o medianos productores, lo que aumentará los costos de producción de estos emprendedores, afectando a la larga o pudiendo impactar en el desarrollo económico, en alguna medida.

Hecho este comentario, creo que la Equidad Tarifaria Residencial (ETR), está en la línea de regulación correcta basada en el principio de equidad al que ya nos referimos, teniendo presente la afectación que podría ejercer sobre las pymes.

VI.- Conclusión final

Asimismo, el hacer un reconocimiento a las comunas intensivas en generación, funciona o podría funcionar como un incentivo para facilitar nuevos proyectos, lo que produciría externalidades positivas, en las comunidades que se encuentran cercanos a dichos proyectos. Sin embargo, el beneficio será relativamente marginal y si bien ayudará no soluciona el problema actualmente inhibitor de proyectos de generación eléctrica.

Luego, las acciones de la autoridad y de la ley debiesen tender de manera sistémica y con pasos decisivos a generar no sólo tímidos incentivos sino que acciones y medidas destinadas a destrabar la inversión eléctrica y perfeccionar el funcionamiento del sector energético, evaluando si estas modificaciones realmente producen un impacto social de relevancia como política pública y rentabilidad social.

Esto no es un problema atribuible al Modelo vigente (basado en la iniciativa privada y un rol regulatorio y subsidiario del Estado) que se diseñó para proveer de energía suficiente a precios razonables y bajo condiciones de competencia, sino más bien de las dificultades que enfrentan los desarrolladores para realizar proyectos, lo que se traduce en la reticencia a vender energía en contratos de largo plazo por el factor incertidumbre y el consecuente alto precio de la energía, por los altos costos que se deben asumir, en el destrabe de los procesos de evolución de los proyectos, (SEIA, permisos sectoriales, relaciones con las comunidades, especialmente si existen comunidades indígenas, servidumbres prediales, oposiciones ambientales y sociales, y la judicialización de los procesos de aprobación), entre otros múltiples problemas que enfrenta este mercado, lo que incide directamente en un escenario futuro preocupante e incierto, fundamentalmente en materias de abastecimiento energético y lograr así un sostenido crecimiento económico y social al que el país aspira.

Muchas gracias

Hugo C. Alvarez Cárcamo
Abogado
Master en Derecho Corporativo

