

TÉNGASE PRESENTE, REFERIDO A OFICIO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA EN PROCEDIMIENTO DE INVALIDACIÓN PARCIAL DE ACTO ADMINISTRATIVO

SR. MINISTRO DE ENERGÍA

MINISTERIO DE ENERGÍA
OFICINA DE PARTES

28 NOV. 2014

RECIBIDO

PATRICIA SILVA SAN MARTÍN, abogado, en representación de Elektra Generación S.A; de Enlasa Generación Chile S.A; Eléctrica Puntilla S.A; Empresas Diego de Almagro S.A; EnorChile S.A; HidroMaule S.A; Potencia S.A y Termoeléctrica Los Espinos S.A.; Generación de Energía Nueva Degan S.A.; Generadora del Pacífico S.A, en expediente de solicitud de invalidación parcial del DS N° 14, del Ministerio de Energía, publicado en el Diario Oficial con fecha 09 de abril de 2013, al Sr. Ministro de Energía respetuosamente digo:

Que por medio de oficio ord. N°478 de fecha 4 de noviembre del presente año, la Comisión Nacional de Energía (Comisión o CNE) emite informe que se pronuncia respecto de nuestra presentación inicial, a través de la cual hemos solicitado a este Ministerio que declare la invalidación -parcial- del DS N°14/2013, por las ilegalidades ahí descritas.

En virtud de lo anterior, y a partir de los términos utilizados por la Comisión, es que venimos en hacer presente determinadas consideraciones, que estimamos deben ser ponderadas para los efectos de calificar la ilegalidad parcial del Decreto señalado, y que vienen a descartar/desvirtuar lo señalado por la CNE

Esta presentación está estructurada del siguiente modo: i Potestad Tarifaria. Alcance y relación con el procedimiento administrativo reglado establecido en la Ley General de servicios Eléctricos, e ii. Ilegalidades específicas. Contenido del Oficio N°26 de la CNE y cambios en el DSN°14/2013 del Ministerio de Energía, todo lo cual se desarrolla en alero de las afirmaciones efectuadas por la CNE en el referido informe, y en virtud de lo cual presentamos las conclusiones de rigor.

I. POTESTAD TARIFARIA. ALCANCE Y RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REGLADO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS (LGSE).

i. Afirmaciones realizadas por la Comisión Nacional de Energía.

La Comisión en su informe afirma que *“en el marco de sus potestades tarifarias, actuó con estricto apego a lo establecido en la Ley General de Servicios Eléctricos en el proceso de tarificación de la subtransmisión que dio origen al Decreto N° 14 de 2012”*, realizando una serie de afirmaciones que podemos sistematizar en:

- a. *“La Comisión Nacional de Energía, es el órgano técnico encargado de analizar los precios, tarifas y normas técnicas del sector eléctrico, y de analizar técnicamente la estructura y nivel de los precios, como asimismo proponer las normas legales y reglamentarias pertinentes”*,
- b. *“La potestad tarifaria eléctrica “discrecional” que señalan los recurrentes, no sólo se limita a la Elaboración de las Bases Técnicas, Revisión y Corrección de los Estudios entregado por las empresas y de la emisión del Informe Técnico, sino que tal*

discrecionalidad regulatoria es mucho más amplia, abarcando, entre otras, la facultad de establecer condiciones de aplicación”,

- c. *El recurrente confunde los alcances de la facultad de la Comisión para estructurar las tarifas con las de determinar los factores o parámetros que intervienen en las fórmulas tarifarias. Los factores o parámetros son elementos fundamentales del proceso, pero que no están incluidos expresamente en las materias que la LGSE regula a propósito de los contenidos que deben abarcar las Bases de los Estudios de costos o de valoración de las tarifas de subtransmisión, en otros aspectos”, y*

Al tenor de las afirmaciones transcritas, es posible identificar que:

1. La CNE realiza una artificiosa distinción entre elementos que forman parte de la discrecionalidad técnica y por ende del procedimiento administrativo y aquellos que no forman parte de éste, e

2. Identifica a la potestad tarifaria, con un alcance amplio que incluye establecer condiciones de aplicación de las tarifas, más allá del procedimiento administrativo reglado por la LGSE.

Dichas situaciones, y como pasaremos a desarrollar no se condicen con el ordenamiento jurídico vigente, el cual se encuentra íntegramente regulado por la Ley General de Servicios Eléctricos.

ii. Alcance de la potestad tarifaria y de su naturaleza en cuanto como potestad pública discrecional de tipo técnica

- a. *Concepto de potestad tarifaria, estructuración normativa en el sistema eléctrico chileno.*

La potestad pública tarifaria en cuanto poder jurídico se relaciona con aquellas potestades que se identifica como de tipo regulatorias, en virtud de las cuales determinados Órganos de la Administración del Estado, en relación a su actividad sustancial, regulan, controlan, fiscalizan y sancionan, el desarrollo de una actividad económica que por su relevancia o características propias de su desarrollo – generalmente identificadas con fallas del mercado-, se tratan como mercado regulados.

Dentro de dicho esquema es que la potestad tarifaria se atribuye a un órgano específico, y en virtud del cual la Autoridad -en reemplazo del mercado -determina el precio de transacción de determinados bienes y servicios.

Ahora bien, dicha fijación de precios bajo el esquema tarifario chileno, no se identifica con:

1. Una fijación caprichosa, meramente voluntaria, ni arbitraria de la Administración, ni tampoco
2. Con la discrecionalidad administrativa entendida pura y simplemente, en cuanto *libertad de elección entre alternativas igualmente justas*¹.

A su vez, tampoco corresponde explicar el alcance de la potestad tarifaria de manera simplista como una potestad pública discrecional en oposición a las

¹ SAAVEDRA FERNANDEZ, Rubén (2011): *Discrecionalidad Administrativa* (Santiago, Abeledo Perrot), p. 11

potestades administrativas de tipo regladas, casos en los cuales el legislador a limitado el margen de apreciación subjetivo de la Autoridad, al regular cada uno de los elementos relacionados con su ejercicio.

Al efecto, y al tenor de la lectura de las afirmaciones realizadas por la CNE, es posible identificar que dicha Autoridad entiende a la potestad tarifaria como el ejercicio de un poder libre, por cuanto:

1. la CNE es quien tiene la competencia –general- para analizar tarifas y efectuar estudios técnicos relacionados, y

2. la potestad de fijar tarifas es “amplia”, y supera la elaboración de las bases técnicas de los estudios de valorización y su consolidación por medio del Informe Técnico correspondiente.

La amplitud a la cual se refiere la CNE, no es explicada de manera directa por parte de dicho servicio, lo cual en contexto con las justificaciones presentadas en el texto a propósito de las modificaciones realizadas, suponen que dicha autoridad actúa bajo el supuesto de una libertad en el ámbito tarifario que se contrapone con las reglas jurídicas que regulan la actividad de la Administración del Estado, los principios generales del Derecho Público, y los derechos públicos subjetivos de los particulares.

b. *La potestad tarifaria es esencialmente técnica*

La potestad tarifaria eléctrica es esencialmente técnica, y se distingue de la discrecionalidad “pura” en que la Autoridad *debe buscar la solución apropiada en función a criterios o conceptos formulados por la ley, que requieren para su aplicación de una valorización técnica más o menos compleja*².

La vinculación entre el contenido de la decisión administrativa y la valorización de los antecedentes técnicos desarrollados en el correspondiente procedimiento administrativo, llega al punto de considerarse que no hay verdaderamente una discrecionalidad³, en razón a la objetividad que debe revestir la actuación administrativa, situación que al efecto abordamos en nuestra presentación inicial, al destacar el contenido que el Contralor General de la República le ha otorgado al ejercicio de la discrecionalidad técnica.

Bajo dicho contexto, compartimos el alcance que hace al CNE, al describir su competencia, en base a lo señalado en el art.1° de la Ley N°20.402, y no desconocemos las potestades de dicho servicio.

En efecto, es en virtud de dicha competencia, que la LGSE y su Reglamento –DS N°144/1999, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción-, encargan el desarrollo del procedimiento administrativo –reglado- tarifario a la CNE, y no al mismo Ministerio de Energía, el cual debe verificar la correlación de los antecedentes, el desarrollo del mismo procedimiento, y dictar finalmente el Decreto Tarifario.

² SANCHEZ MORÓN, Miguel (1994): *Discrecionalidad Administrativa y control judicial* (Madrid, Tecnos), p.59

³ SANCHEZ (1994), p.64

Lo dicho tiene efectos directos con la relación entre el Decreto Tarifario en cuanto acto administrativo terminal del Ministerio de Energía, y el oficio remitido de los antecedentes preparado por la CNE.

Podemos identificar que al ser la potestad tarifaria de tipo técnica su ejercicio y alcance práctico, al tenor del art.111 LGSE, se encuentra sujeta:

1. Necesaria y obligatoriamente a los antecedentes objetivos y técnicos desarrollados en el procedimiento administrativo correspondiente,
2. A que el oficio remitido debe contener única y exclusivamente las materias tratadas en la etapa de instrucción de dicho procedimiento, y
3. A que el Decreto Tarifario, como acto terminal no puede: modificar, desconocer, agregar, materias, elementos, componentes y demás, que no haya sido tratados en el procedimiento administrativo y contenidos en el oficio de la CNE.

Cualquier vulneración, se traduce en un desconocimiento de los elementos que el mismo legislador estructuró para los efectos de configurar esta potestad y fijar las tarifas del sector.

ii. Procedimiento administrativo reglado. Coherencia y estructura lógica del esquema tarifario e imposibilidad de la Administración de efectuar distinciones ajenas a la LGSE.

a. El procedimiento de fijación de tarifas es un procedimiento administrativo reglado

La LGSE, en diversos artículos habilita jurídicamente al Ministerio de Energía, con la potestad tarifaria, la cual, y tal como destacamos previamente, se ejerce con participación directa de la CNE en su calidad de órgano técnico y especializado.

Para el caso de los sistemas de Subtransmisión, el ejercicio de dicha potestad pública se encuentra sujeta a los términos establecidos en los art.110 y siguientes de la LGSE y el DS N°144, del Ministerio de Energía, que aprueba el Reglamento que fija el procedimiento para la realización de los estudios para la determinación del valor anual de los sistemas de Subtransmisión.

Dicha normativa, consagra de manera precisa:

1. Las etapas de dicho procedimiento – instructiva y resolutoria-,
2. El contenido y alcance de cada una de estas etapas, y
3. Los participantes y demás interesados.

Todo lo cual se estructura en base a la necesidad/finalidad de fijar los valores de los servicios a cobrar por la transmisión de la energía y potencia eléctrica, de manera de garantizar que dichos valores se condigan con la realidad económica del sistema y garanticen la seguridad, calidad, mantención, y eficiencia del suministro eléctrico, para lo cual se requiere íntegramente de la participación de los particulares titulares de la información y demás antecedentes necesarios para modelar los estudios, valorizar y finalmente tarifar.

b. Integración de conceptos desconocidos y distinciones artificiosas

La CNE, incluye dentro de sus potestades, la de “establecer condiciones de aplicación de las tarifas”, como a su vez, distingue entre elementos –técnicos- que

forman parte del procedimiento administrativo, como de otros que simplemente no forman parte de él, aún cuando en términos expresos de la Comisión, son *elementos fundamentales del proceso*⁴

De estas apreciaciones señaladas por la Comisión, surge interrogante en cuanto a:

1. ¿Qué involucra “establecer las condiciones de aplicación de tarifas”?,
2. ¿Es un elemento que se encuentra dentro o fuera del procedimiento?,
3. ¿Cuál es el alcance jurídico de un elemento fuera del procedimiento, y
4. ¿Cuáles son los criterios de distinción, entre uno y otro?

Todas las interrogantes señaladas, no pueden ser respondidas por cuanto la CNE en su oficio no justifica ni describe alcances ni criterios jurídicos/económicos que a lo menos -en cierta medida- justifiquen dicha distinción, realizando simplemente afirmaciones gratuitas y sin sustento jurídico alguno.

A su vez, es necesario agregar que ni la LGSE, como los reglamentos contenidos en los Decretos Supremos N°327 y N°244, realizan la distinción señalada por la CNE, con lo cual podemos recalcar que diferenciar entre:

1. Elementos esenciales y no esenciales, y
2. Elementos que forman o no parte del procedimiento

No tiene ningún sustento jurídico, como a su vez ninguna justificación de tipo técnica que permita fundamentar la actuación -ilegal- de la Autoridad Administrativa.

c. *Vulneración de elementos reglados del acto, y desconocimiento de los derechos de participación e impugnación consagrados en la LGSE.*

Lo señalado *supra* materializa el alcance erróneo con la cual la CNE identifica la naturaleza de la potestad tarifaria y el procedimiento especial de fijación de tarifas consagrado en la LGSE.

Lo anterior por cuanto la CNE, desconoce- o lisa y llanamente confunde- :

1. Lo que debe entenderse por procedimiento administrativo reglado,
2. La lógica que rodea la estructura del procedimiento y de la potestad pública configurada por el legislador,
3. El derecho de los interesados de conocer todos los elementos jurídicos, técnicos y económicos, que rodean la tarificación/fijación de precios, en cuanto constituyen uno de los elementos esenciales dentro de sus contratos comerciales, y
4. En directa relación con lo anterior, se desconoce y vulnera el derecho de discrepar ante el Panel de Expertos.

Al respecto, es necesario tener presente que el cumplimiento del procedimiento administrativo no sólo se materializa con la verificación formal de sus respectivas etapas, sino que involucra su contenido sustancial o de fondo.

En virtud de lo anterior, resultan improcedentes e infundadas las afirmaciones realizadas por la CNE: i. “en cuanto a que ha dado cumplimiento y desarrollando

⁴ Que al efecto entendemos como procedimiento administrativo-

*cabalmente cada una de las etapas que establece la Ley y el reglamento para la fijación de tarifas de subtransmisión”, y ii. que “todos los participantes en el proceso de traficación del segmento de subtransmisión, tuvieron a la vista oportunamente las Bases Técnicas Preliminares y Definitivas, el Informe Técnico de la CNE y todos los demás antecedentes”, ya que efectivamente la vulneración se traduce en que los elementos modificados no **formaron parte del procedimiento en la etapa de instrucción el mismo, sino que lisa y llanamente “aparecieron”, en el acto administrativo terminal.***

II. ILEGALIDADES ESPECÍFICAS. CONTENIDO DEL OFICIO N°26 DE LA CNE Y CAMBIOS EN EL DSN°14/2013 DEL MINISTERIO DE ENERGÍA.

i. Contenido final del Decreto tarifario no tratado en el procedimiento administrativo

Para los efectos de graficar lo señalado por la CNE, en relación a las ilegalidades y vulneraciones cometidas, nos referiremos brevemente a los elementos fundantes de la presente solicitud:

a. Modificaciones incluidas en el oficio N°26 CNE. Alteración valores PNPT y PNET

Bien sabemos que el Decreto Tarifario tiene como antecedente fundante el renombrado oficio N°26 de la CNE, por medio del cual se remite el informe técnico que contiene el estudio y fórmulas tarifarias correspondientes. Al respecto, dicho informe, de manera previa a su remisión al Ministerio de Energía, debe ser puesto bajo conocimiento o de los participantes y demás interesados, los cuales tienen derecho a discrepar ante el Panel de Expertos de su contenido y alcance.

En el caso del presente procedimiento tarifario, dicha actuación se materializó con la notificación del informe técnico a las empresas, cuyo contenido fue efectivamente discrepado al Panel de Expertos tal como lo desarrollamos en nuestra presentación inicial.

Bajo el tenor literal de la LGSE en su art.111, el estudio técnico de tarifas y valorización, debe ser corregido por la CNE al tenor de las observaciones y dictámenes que haya emitido el Panel de Expertos, lo cual- y tal como lo ha afirmado la Contraloría General de la República⁵- es vinculante para este Servicio, y su desconocimiento implica alterar de manera directa el procedimiento administrativo.

Lo anterior se manifestó en la Resolución N°250 de la CNE, cuyo contenido –de manera ilegal- , y tal como se ha explicado a lo largo de este procedimiento, no se identifica cabalmente con lo establecido en el oficio N°26 remitido del informe técnico.

Cabe destacar que la misma CNE reconoce en su presentación ante la discrepancia 15-2009 que “(...) *las Bases Técnicas Definitivas constituyen el rayado de cancha o reglas del juego*” que el Consultor o los Consultores deberán respetar al momento de realizar los estudios que, a su turno, servirán de base para las etapas siguientes y que tienen como corolario la dictación de un decreto que contiene las tarifas que han de regir este segmento que tiene características de servicio público.”

Corolario entiéndase es la consecuencia de algo, en este caso de los estudios técnicos del Consultor y no de la discrecionalidad posterior de la Comisión

⁵ Dictamen N°70637/2013

b. Modificaciones incluidas directamente en el DS N°14/2013 del Ministerio de Energía

A su vez, el DS N° 14/2013 también introduce directamente y sin antecedente alguno dos modificaciones respecto de elementos y definiciones no contenidas en la R250, ni en el Oficio N° 26, ni en el resto de los antecedentes que forman parte del procedimiento.

La primera afecta el ítem “*Pago anual de Centrales Generadoras*”, , la “*metodología de cálculo para las nuevas centrales generadoras*” que se conectan a los sistemas de subtransmisión, y la segunda, se refiere a la determinación de las barras de inyección asociadas a cada barra de retiro del sistema de subtransmisión.

ii. Incongruencias y errores de la CNE

a. Cambios en la definición de los PNET y PNPT

En este punto, la CNE señala, que:

“No corresponde la aseveración de los recurrentes en cuanto a lo señalado en el numeral 5.2 del Informe Técnico Preliminar, aprobado por la Resolución Exenta N° 250, de 2011, donde la CNE habría indicado que se continuarán aplicando las fórmulas tarifarias del Decreto N° 320. Esta afirmación es erróneo y descontextualizada, puesto que lo señalado en el numeral sólo dice relación con la fijación de las fórmulas de peaje”

Es relevante destacar antes que todo la pretensión de la CNE de abordar la Resolución N° 250 como **Informe Preliminar** y al oficio N° 26 como **Informe Definitivo**, desconociendo la regulación vigente particularmente lo indicado en los artículos N° 111 y 112 de la LGSE, en virtud de los cuales el Informe Técnico evacuado por la CNE, conocido por las empresas participantes y discrepado si fuera el caso corresponde al Informe (único) que debe ser presentado al Ministerio, en este caso la Resolución Exenta N°250. Queda de manifiesto entonces por parte de la Comisión la intención de incorporar procesos no contemplados en la LGSE, al entregar al Ministerio un informe alejado del procedimiento administrativo y por sobre todo no conocido por las empresas interesadas.

Ahora bien, en cumplimiento del art. 109 de la LGSE la Comisión debe entregar las correspondientes formulas tarifarias de peajes y pagos por los usos de los Sistemas de Subtransmisión, lo cual debidamente cumple en el Informe Técnico dedicando un capítulo integro a detallar la asignación de pagos y formulas correspondientes, **decidiendo** establecer las formulas tarifarias en virtud del DS320.

Por otro lado es evidente, y más aún ratificado por la propia Comisión que las fórmulas tarifarias fueron modificadas conceptualmente en sus parámetros, lo que conlleva a resultados naturalmente distintos cuando corresponde su evaluación, por lo que la precisión normativa invocada precisa cambios en los resultados esperados por las empresas que participaron en el proceso.

Dicho cambio en la asignación de las barras de retiro a las barras de inyección (que se refleja con el cambio de definición de PNET y PNPT), incorporado en el DS14 no fue presentado en las bases correspondientes para la asignación de pago de retiros, en efecto y ejemplificando de acuerdo al numeral 4.8 de las bases técnicas, los estudios contemplaban la valorización de pérdidas en base a una ponderación de los precios de nudo de corto plazo de las barras troncales con sus respectivas asignaciones de energía

de las barras de retiro. Esta referenciación se indica, debe realizarse según la normativa vigente, esto es al momento de la elaboración de las bases el DS320 ie mínima distancia eléctrica.

b. Nueva metodología de referencia al sistema troncal determinada por los factores FI

En este caso la CNE, afirma que este cambio de metodología, había sido respalda por el Panel de Expertos en su Dictamen 15-2009

Lo indicado por la CNE hace referencia a uno de los alcances de las Bases Técnicas, cual es la determinación de pagos de las centrales generadoras y **no a la incorporación discrecional de factores de referenciación de los retiros** a las barras troncales, los cuales no fueron presentados y que afectan el cálculo y pago para los retiros. En efecto las materias vinculadas tratadas por el Panel fueron:

1. Metodología para la asignación del pago de los generadores;
2. Determinación del costo de proyecto de conexión directa al sistema troncal; y
3. Determinación del costo de conexión a través de la ruta de mínima distancia eléctrica.

Nada se indica respecto del cambio de referenciación de los retiros, con lo cual lo aludido por la Comisión carece de fundamentos.

c. Modificación de metodología de cálculo de pago para las nuevas centrales generadoras

En relación a esta innovación del DS N°14/2013, la CNE afirma nuestro punto al señalar que: *“se incorporó directamente en el Decreto N° 14”*, explicando que tal situación se justifica al ser materia relativa a las condiciones de aplicación.

Al respecto, y tal como tratamos previamente, la CNE bajo un supuesto criterio distingue elementos que en su integridad forman parte de la potestad tarifaria y que como tales deben ser objeto del respectivo procedimiento.

La metodología de cálculo incluida a *posteriori*, es un elemento esencial y que como tal debe ser objeto de revisión, comentarios, observaciones y eventuales discrepancia por parte de los participantes y demás interesados, no existiendo razón alguna para que sean intencionalmente excluidas de la etapa de instrucción.

CONCLUSIONES

1° La CNE identifica a la potestad pública tarifaria, como un poder amplio, sin sustentar el fundamento de dicho alcance, como a su vez que se considera - jurídicamente hablando- como “amplio”,

2° Afirma que el procedimiento tarifario fue realizado en todas sus etapas y en virtud de lo cual “*se dio cumplimiento estricto a los principios de contradictoriedad, conclusivo, de transparencia y publicidad*”, afirmación disfrazada de realidad por cuanto:

i. Se alteró el contenido sustancial de la etapa de instrucción al no incluir *elementos esenciales* del procedimiento, ya que así lo consideró - sin justificación alguna -la autoridad, y que por ende no fueron conocidos por particulares participantes,

ii. Se alteró el derecho de participación y contradictoriedad, al impedir -en base una artificiosa exclusión- el conocimiento de los elementos modificados, y

iii. Se desconoce el orden consecutivo de las etapas del procedimiento administrativo al incluir elementos de manera posterior a la etapa de discrepancias del Panel de Expertos, entendiéndose que el Informe Técnico terminal del proceso tarifario sólo corresponde a un informe en su etapa preliminar.

3° Se realiza una distinción no recogida en el ordenamiento jurídico específico del ramo, en cuanto a:

i. Elementos esenciales del procedimiento tarifario,

ii. Condiciones de aplicación de tarifas, y

iii. Elementos dentro y fuera del procedimiento

Todo lo cual nos permite afirmar, que no existe justificación ni fundamento jurídico alguno que sustente la modificación/inclusión de elementos no tratados en la etapa de instrucción del procedimiento administrativo, situación que redundará en vicios de ilegalidad formales y sustanciales.

