

# A TREINTA AÑOS DE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS. ORÍGENES Y DESAFÍOS

ALEJANDRO VERGARA BLANCO\*

## INTRODUCCIÓN

El 13 de septiembre de 1982 (hace casi 30 años) aparece en el Diario Oficial el *Decreto con Fuerza de Ley Nº 1*. Se trata de un extenso texto legal, que, según reza su título “*Aprueba modificaciones al D.F.L. Nº 4, de 1959, Ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica*».

Este texto, en verdad, es uno más de una época plagada de regulaciones liberalizadoras de servicios públicos, bienes públicos y recursos naturales. En esos mismos años, fines de los 70 e inicios de los 80, se dictan nuevos marcos regulatorios en materia de aguas, de minas, de servicios sanitarios, y otros sectores económicos relevantes.

Se trata, además, de la regulación de un *servicio esencial para la economía*. Esencial como casi ninguno en la modernidad, conectado a la generación o utilización de energías primarias, necesarias para toda industria humana. Pero, más que nada, ya veremos, insumo fundamental de toda actividad económica. De ahí que la regulación de la electricidad tiene efectos económicos y jurídicos *expansivos*.

A 30 años de la dictación de la LGSE de 1982, es posible realizar una triple observación:

1º Junto con escrutar las anteriores leyes históricas de la materia (pues esta es la cuarta Ley chilena de electricidad) podemos observar brevísimamente su gestación.

2º Haremos un breve recorrido de la evolución de la LGSE en estos treinta años; y

3º En fin, nos permitiremos hacer un balance y algunos comentarios prospectivos, a la luz de los actuales desafíos.

## I. ALGO DE HISTORIA Y GESTACIÓN DE LA LGSE DE 1982

### 1. La legislación eléctrica histórica

A partir de la segunda mitad del siglo XIX el descubrimiento de la electricidad planteó al derecho innumerables dificultades de orden administrativo, comercial, civil y penal.

---

\* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Chile y director del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

En la ley de 9 de octubre de 1871, en que se legisló sobre el paso de líneas telegráficas, se encuentra el origen de las servidumbres eléctricas.

En 1904 se dictó la Ley N° 1.665, sobre *Prescripciones para la concesión de permisos para la instalación de empresas eléctricas en la República*, primer texto legal de la materia, y que, básicamente, radicaba en el Presidente de la República la potestad para otorgar concesiones eléctricas y para autorizar la ocupación de bienes nacionales o fiscales con líneas eléctricas.

Este texto breve y conciso vino a ser complementado por la Ley N° 2.068, de 1907, sobre *Aprovechamiento de aguas corrientes como fuerza motriz*, y por el D.L. N° 160, de 1924, que fija los derechos que deben pagarse por las concesiones de servicios eléctricos y mercedes de aguas. Sólo a partir de 1925 se dictarían cuerpos orgánicos respecto de la materia eléctrica.

a) *Primera Ley general eléctrica: Decreto Ley N° 252, de 1925.* Este texto es la primera ley eléctrica que trata la materia con detalle y sistematización. Se dicta en un período en que la distribución eléctrica es de exclusiva participación privada, por lo que sus principales disposiciones tienden a posibilitar las acciones de los concesionarios privados.

Regula las concesiones provisionales y definitivas, entre otros fines, para la generación, distribución y transporte de energía eléctrica, y en su Título III, se norman los derechos reales de las servidumbres. Aparecen aquí por primera vez redactadas disposiciones que los textos de las leyes eléctricas posteriores retomarían, modificándolas o complementándolas.

b) *Segunda Ley general eléctrica: Decreto con Fuerza de Ley N° 244, de 1931.* Bajo el mismo esquema exclusivamente privado, se dictó la segunda ley general de servicios eléctricos en 1931, la que, en las materias señaladas, siguió en lo medular la ley anterior.

Se regulan las concesiones provisionales y definitivas, de manera similar al texto anterior, pero distingue por primera vez entre servicios eléctricos públicos y privados, quedando excluidos estos últimos del beneficio de las servidumbres forzosas.

En cuanto a las servidumbres, se perfecciona la legislación anterior. Se establece, por primera vez una forma de fijación de la indemnización, a través de una *Comisión de Hombres Buenos* (arts. 82 y ss.). *Las disposiciones en materia de las servidumbres son sustantivamente similares a las actuales.*

c) *Tercera Ley general eléctrica: Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 1959.* Esta ley se dicta en medio de un ambiente político-económico caracterizado por una creciente participación empresarial del Estado en el sector eléctrico. No obstante, mantuvo la estructura de las leyes de 1925 y 1931.

En materia de concesiones, el servicio público eléctrico *comprendía no sólo la distribución de energía eléctrica, sino también las telecomunicaciones y la radiodifusión.* Junto a lo anterior, se distingue entre concesiones de servicio público eléctrico y de servicio privado eléctrico. Además, se distingue, como en la legislación anterior, entre concesión provisional y definitiva; *pero a partir de esta ley ya no se exige el título provisional para obtener el definitivo.*

Aparece por vez primera un *importante principio*, que variaba la situación anterior, y que va a ser reiterado en la legislación posterior, relativo al uso gratuito de terrenos públicos para todo tipo de concesión eléctrica.

d) *Cuarta Ley general eléctrica: Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982.* Es la ley vigente, que se revisa a continuación.

## 2. Contexto histórico y gestación de la LGSE de 1982 (D.F.L., en la jerga usual).

a) *El contexto histórico.* Este cuerpo legal se dicta en medio (al inicio, mejor dicho) de una de las más profundas reformas que han operado en nuestro país en las últimas décadas: la redefinición de las relaciones entre el Estado y la sociedad, estableciendo nuevos fundamentos, y alterando así las bases de la economía del país.

Se trataba de cambiar el *motor de la economía*:

i) *se partía desde* el viejo Estado/benefactor: Un Estado prestador de todos los servicios públicos, incluidos aquellos de carácter comercial o industrial, dueño de los bienes sociales más relevantes; un Estado empresario, y a la vez regulador y fiscalizador de sus ineficiencias en materia económicas. Un Estado/fisco con dificultades crecientes para ser solidario o para subsidiar o incentivar el bien común. Con problemas de caja, diríamos.

ii) *y se dirigía hacia* una nueva configuración, en que se intenta reconducir al Estado a sus funciones más esenciales, y entregar el motor de la economía en manos de los particulares, replegando al Estado a una función de regulación y fiscalización, dándole otras armas para que pueda ser solidario o subsidiario con quienes no tienen recursos.

En palabras sencillas, pero algo ambiguas: del estatismo al libre mercado. O, en términos más jurídicos: de la decisión centralizada, de un órgano administrativo (Estatal) a la decisión descentralizada, atomizada, espontánea de cada particular o agente económico.

Para ello, en materia de actividades económicas, se hacía necesario entregar la iniciativa a los particulares y fortalecer, de un modo inusitado, *la certeza jurídica*. De otra forma, no habría un cambio real en la economía del país.

Se trataba de alterar las bases del funcionamiento de la economía. *¿Qué hacer en materia de servicios eléctricos? Era necesario entonces definir quién era el titular de la iniciativa económica; o en fin, otorgar la protección y seguridad de tal actividad.*

Si se trataba de entregar el motor de la economía a los particulares, en aplicación de la regla y principio de la subsidiariedad, la técnica jurídica a utilizar, claramente, era y es la *asignación de derechos subjetivos o de posibilidades efectivas para llevar adelante de una manera segura la actividad económica*.

La tarea del legislador fue (y sigue siendo, por lo tanto) establecer un marco regulatorio que permita la actividad económica, con altos grados de certeza, y que estimule a los motores de la economía, esto es, a las empresas que invierten en proyectos de energía.

Veremos cómo se hizo.

## II. MODELO ORIGINAL, EVOLUCIÓN Y BALANCE

### 1. Modelo regulatorio original

Ya desde 1974, la Administración había dado comienzo a un proceso de descentralización y privatización de las empresas eléctricas, por lo que la electricidad fue objeto de las siguientes nuevas regulaciones:

*i)* El primer paso fue crear, mediante el D.L. N° 2.224, de 1978, la Comisión Nacional de Energía, con el objetivo de elaborar y coordinar planes y políticas del sector.

*ii)* En seguida, se dicta el D.F.L. N° 1/1982, que aprueba una nueva «*Ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica*» (LGSE); y, en fin,

*iii)* la Ley N° 18.410, de 1985, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (LSEC).

La finalidad de estos textos fue coherente con las convicciones políticas y económicas de quienes decidían en la época, y se concretizó así:

1° Se revirtió la situación anterior de preponderancia estatal, y de otorgarle una participación significativa a la iniciativa privada.

2° El Estado, en su función subsidiaria, mantuvo solo su rol normativo, regulador y principalmente fiscalizador de las actividades realizadas en el ámbito eléctrico. Y se desprendió el fisco de todas las empresas eléctricas, privatizándolas.

3° Se incorporaron los mecanismos jurídicos dirigidos a dotar de mayor eficiencia al sector eléctrico, y a dejar al mercado como herramienta de asignación de los recursos.

Lo anterior fue aplicado plenamente en el caso de la generación y del transporte de la energía eléctrica; no obstante, en aquellos casos como la distribución en que no podía operar completamente el mercado, por ser un área de características monopólicas, se explicitaron reglas que intentaban ser objetivas y eficientes para la regulación, con un régimen claro de obligaciones y derechos de los concesionarios.

En cuanto a los temas de procedimiento concesional, servidumbres y ocupación de bienes públicos no se varía sustantivamente la legislación anterior, manteniendo con algunos matices y diferencias de redacción las instituciones anteriores. La variación fundamental se da en materia de tarifas y operación interconectada de los sistemas eléctricos.

Los objetivos antes descritos fueron plasmados por medio del D.F.L. N° 1, de 1982, el que estableció una institucionalidad que permitió:

*i)* el *libre acceso* de los privados al negocio eléctrico, en especial a la generación y al transporte de energía eléctrica; además, la vía concesional sólo pasa a ser imprescindible para el servicio público de distribución en áreas de concesión a usuarios finales.

*ii)* *certeza jurídica*, concretizando una regulación general para el mercado eléctrico nacional, delimitando las reglas a seguir por los particulares.

*iii)* *acceso al uso del suelo ajeno*, para imponer servidumbres, y así posibilitar la construcción de las instalaciones eléctricas, imprescindibles para llevar la energía desde los centros de generación hasta los centros de consumo.

## 2. *Modificaciones posteriores*

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la LGSE se han producido variadas modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería. Las principales son las siguientes:

1º Con el objeto declarado de «*fortalecer el régimen de fiscalización del sector eléctrico*», se dictó la Ley N° 19.613, en 1999, que introdujo modificaciones relevantes a la LSEC y a la LGSE, dirigidas, básicamente, a: *i)* aumentar y fortalecer las facultades de fiscalización de la Superintendencia; *ii)* aumentar considerablemente el monto de las multas, y modificar el procedimiento de reclamo de las mismas; y, *iii)* eliminar la sequía o fallas de centrales eléctricas como causales de fuerza mayor o caso fortuito que posibiliten a las empresas excluirse de los efectos de la dictación de decretos de racionamiento.

Estas normas, como es sabido, produjeron un desincentivo en la inversión, y pronto serían objeto de otros ajustes, en 2004 y 2005.

2º Con el objetivo de establecer variadas modificaciones a la regulación eléctrica se dictó la Ley N° 19.940, en 2004 (*“Regula sistemas de transporte, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos”*). En términos generales, a través de esta ley se regulan de un nuevo modo las siguientes materias:

*i)* Los sistemas de transporte de energía eléctrica, los cuales se definen y regulan en un nuevo título de la LGSE. En este sentido el legislador estableció tres subsistemas, a saber, transmisión troncal, subtransmisión y sistemas adicionales.

*ii)* En los distintos segmentos del mercado eléctrico de los sistemas cuya capacidad instalada sea superior a 1.500 Kw e inferior 200 Mw, denominados como sistemas eléctricos medianos, se establece un nuevo régimen de tarifas.

*iii)* Se establece un procedimiento nuevo para la tarificación del segmento de transmisión, por el cual se modifica el concepto de área de influencia y el mecanismo de determinación de los peajes.

*iv)* Se crea el Panel de Expertos, una instancia especializada de resolución de conflictos, al que nos referiremos más adelante.

*v)* Relacionadas con las anteriores, se introducen varias adecuaciones a la LGSE, y entre ellas: transferencia de concesiones; desaparición (por vía derogatoria del tipo) de la servidumbre de paso de energía eléctrica, la que es reemplazada por el “régimen de acceso abierto”; entre otras.

3º La Ley N° 20.018, de 2005, tiene por objeto principal crear condiciones de estabilidad suficientes para los inversionistas en generación, sustituyendo el sistema de venta a precios de nudo por uno que refleje precios estables, determinados mediante procedimientos competitivos de mercado, parecido al aplicado a los grandes clientes industriales y mineros a precio libre.

Se establece que los propietarios de los medios de generación no convencional (tales como geotérmica, eólica, solar, biomasa, mareomotriz, pequeñas centrales hidroeléctricas, cogeneración y otras similares), cuyos excedentes de potencia suministrada al sistema sea inferior a 20.000 kilowatts, quedan exceptuados del pago total o de una porción de los peajes por el uso de los sistemas de transmisión troncal.

4º Una modificación más reciente ha reordenado la Administración, y en su virtud se ha creado el Ministerio de Energía.

5º En consideración a estas y otras modificaciones fue dictado el D.F.L. N° 4, cuya finalidad consiste en conferir una mayor sistematización a la LGSE. En todo caso, la inspiración y sistema establecido en la primigenia LGSE de 1982 se ha mantenido, con complementos y ajustes, pero básicamente conservando el texto original.

De ahí que consideramos al D.F.L. N° 4 como un texto que sistematiza *formalmente* la LGSE de 1982 (D.F.L. N° 1) con sus modificaciones, ajustes y mejoras; pero no constituye el D.F.L. N° 4 una *nueva* Ley sustitutiva, *pues en cuanto a la sustancia se mantiene la inspiración y sistema instaurado en 1982.*

### 3. Balance de la legislación eléctrica

Los últimos años de la legislación eléctrica pueden ser calificados como de consolidación y mejoría de un modelo, reflejo de decisiones políticas sucesivas. Es una legislación que ha sido relativamente estable, cuyas bases no han cambiado, sino que han sido mejoradas por largas leyes “cortas”.

Es un modelo, que puede ser analizado desde diversas perspectivas, política, jurídica o económica.

*a) En el terreno ideológico.* Es un modelo nacido al amparo de un Gobierno militar, con asesores liberales, y de “derechas”, ha sido mejorado y acondicionado durante un Gobierno democrático, con un parlamento mayoritariamente de “centro izquierda”. Es un típico caso de regulación de interés del “país”, más allá de las diferentes convicciones valóricas de cada cual, que en otros terrenos separan a los ciudadanos. *La regulación eléctrica ha producido el abrazo de izquierdas y derechas, parafraseando a Hegel.*

*b) En el terreno jurídico.* En rededor de esta regulación de la electricidad y de la energía, y a raíz de ella, se ha ido desarrollando cierta cultura jurídica. Hoy ya hablamos de “derecho eléctrico”, para referirnos a la disciplina que estudia su regulación; antes había especialistas en “legislación” eléctrica (así se llamaban a sí mismos); hoy existen especialistas de “derecho eléctrico”. Parecía que sólo las demás disciplinas jurídicas de más tradición y solera, como el derecho civil, o administrativo, o penal, podían calificarse de tales; hoy, sin temor ni excusas, el “derecho eléctrico” (nacido al margen de estas leyes eléctricas) es una verdadera y propia disciplina de muchos cultores y admiradores.

Este avance cultural ha sido el fruto de la LGSE así evolucionada.

*c) En el terreno económico.* Se ha desarrollado al hilo de esta legislación una amplia industria, con un gran empuje económico.

No obstante, persisten algunos desafíos.

### III. SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO ELÉCTRICO Y DESAFÍOS

#### 1. *Hay variados desafíos*

En la actualidad estamos expectantes ante los nuevos desafíos que el mercado eléctrico nos depara.

Sin perjuicio de lo anterior nos encontramos con un gran problema. En el evento de contar con una matriz energética variada y que solvente todas las necesidades de los consumidores, debemos preguntarnos si nuestro actual *sistema de transmisión* cuenta con la capacidad de transportar toda la energía que sea producida.

La respuesta a esta pregunta es negativa y no precisamente por falta de interés en la inversión privada para el establecimiento y construcción de las estructuras de transporte de electricidad, sino por la actual estructura normativa que rige el sistema concesional eléctrico, especialmente en lo referente a la imposición de servidumbres por parte de la autoridad administrativa.

Actualmente el procedimiento de imposición de este tipo de gravámenes se ha convertido en el gran escollo o “cuello de botella” en la instalación de los proyectos eléctricos. En este sentido y con la finalidad de brindar una solución al problema, cabe concretar de modo urgente una modificación reglamentaria que hace casi tres años se tramita, en un ir y venir entre la CGR y el Ministerio de Energía.

Trátase de la modificación, en materia de concesiones y servidumbres, al Reglamento de la Ley General de Servicios de Eléctricos, que en base al texto legal vigente busca hacer más expedita la imposición de servidumbres, con la finalidad de disminuir los tiempos de puesta en servicio de las instalaciones destinadas al transporte de energía.

#### 2. *La ocupación del suelo ajeno para instalar torres y líneas eléctricas*

Nos referiremos sólo a un desafío regulatorio (pues hay otros), vigente y de gran importancia para el desarrollo de la industria: a la ocupación del suelo ajeno para instalar torres y líneas eléctricas.

Sea cual sea la fuente, convencional o no, la energía debe ser transportada hacia las grandes ciudades y centros de consumo.

Si la búsqueda de trazados geográficos de menor impacto es un tema central, en el momento y para el futuro del país, hay otro muy relacionado: la falta de un mecanismo consolidado para dirimir los conflictos con los dueños de las propiedades que se necesita atravesar. En este escenario, *la teoría de los juegos puede ser una solución*.

La perspectiva jurídica de la energía en 2012 sigue siendo la misma que hace 30 años: ofrecer un modelo que, cualquiera sea su matriz energética, permita que la generación, transporte, distribución y comercialización de energía se produzca efectivamente; que este servicio tan esencial sea prestado de manera eficiente; y, ojalá sin conflictos.

El único conflicto frecuente, que no tiene una regulación apropiada en la actualidad, es la instalación de líneas eléctricas en terrenos de propiedad privada.

¿Y si invitamos al Panel de Expertos a este tema?

Desde 2004, las discrepancias más relevantes del sector, entre la autoridad y las empresas por razones tarifarias o al interior de los CDEC, deben ser sometidas al dictamen del Panel de Expertos, cuyo rol esencial es ejercer la potestad jurisdiccional; esto es, *dirimir conflictos con el denso efecto jurídico de la cosa juzgada*.

La clave ha sido la especialidad y experiencia de los integrantes de este Panel, la prontitud de sus decisiones (30 días máximo), lo vinculante de sus decisiones y la teoría de los juegos aplicada a su método de decisión; pues, en casos de valores económicos, debe elegir una de las dos posiciones de las partes, prohibiéndole la Ley elegir un valor intermedio.

Este Tribunal Especial le ha dado un nuevo tono a los conflictos; al interior de los CDEC son cada vez menos (operando como disuasivo de cualquier estrategia meramente especulativa), y la autoridad y las empresas parecieran intentar acercar sus pretensiones tarifarias (ante el riesgo de alejar posiciones y ser elegida la contraria).

¿Por qué menciono esto?

Acaso podría ser adecuado ese modelo para dirimir los conflictos que se generan a propósito de la imposición de servidumbres eléctricas.

Formulamos hoy, nuevamente, una propuesta para la mejor regulación de las servidumbres eléctricas.

La generación de energía necesita ser transportada a través de líneas que surcan el territorio, pasando por propiedades privadas. Uno de los problemas actuales se refiere a la *oportuna* instalación, operación y explotación de estas nuevas estructuras.

Los mecanismos existentes dilatan excesivamente la forma de equiparar los intereses involucrados entre el propietario del terreno y el interesado en desarrollar el proyecto, pudiendo observarse una alta especulación y excesos en cuanto al monto a pagar por concepto de indemnización al propietario del terreno en que se impondrá la servidumbre. La principal *laguna legal* radica en la especulación de ciertos agentes, como los excesos con la que las aún llamadas *Comisiones de Hombres Buenos* fijan los valores de las indemnizaciones.

En 2010 fue ingresado al Congreso un proyecto de ley que introduce modificatorias a la LGSE, como el cambio de denominación de la Comisión de Hombres Buenos por el de *Comisiones Tasadoras*; la agilización de su actuación mediante multas, y la simplificación del trámite de toma de posesión material de los terrenos gravados entre otros aspectos.

En general, podemos considerarlo un buen proyecto. No obstante, propongo como nueva respuesta a este problema la aplicación de la teoría de los juegos, tal como se ha hecho en la LGSE a propósito de la fijación de tarifas en caso de que deba dirimir el Panel de Expertos, de tal modo que la Comisión Tasadora actúe del mismo modo.

Esto es, que dirima entre dos valores para las indemnizaciones por servidumbres:

- i) entre el valor que proponga el propietario;
- ii) y el valor que proponga la empresa eléctrica, *no estando facultada para decidir por un valor intermedio*.



Esta última regla es la clave, y es la aplicación regulatoria de la teoría de juegos. Ambas partes (esto es, propietario del terreno y empresa eléctrica) saben de antemano que no pueden alejarse del valor de mercado, pues corren el riesgo de que la Comisión tasadora elija el valor propuesto por la contraparte.

En estos casos, las resoluciones de las Comisiones Tasadoras debiesen ser vinculantes para las partes, y solo podrían ser apelables ante el Panel de Expertos; decisión esta última que es inapelable. De este modo, se pacificaría uno de los aspectos de mayor *especulación, conflictos y demoras* de la regulación actual: las servidumbres para instalaciones eléctricas.