

COMERCIALIZADORAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA. VISIÓN DEL ANTEPROYECTO

RAFAEL SALAS COX
Jefe Departamento Legal
Compañía General de Electricidad S.A.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente documento es exponer los lineamientos principales del estatuto jurídico aplicable a las empresas comercializadoras de energía eléctrica, bajo la normativa contenida en el Anteproyecto de la Nueva Ley Eléctrica, elaborado por la Comisión Nacional de Energía (CNE). Su exposición se referirá al concepto de comercialización, la situación de la comercialización bajo la normativa actual y bajo las disposiciones del Anteproyecto, para terminar con las conclusiones del trabajo.

II. CONCEPTO DE COMERCIALIZACIÓN INTRODUCIDO POR EL ANTEPROYECTO

El artículo 90 del Anteproyecto, contenido en el Título VI del Capítulo VII, define a las empresas comercializadoras como las "personas jurídicas que accediendo a las redes de transporte o distribución tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores libres". Lo esencial de esta definición, para el objeto de diferenciarla de un concepto genérico de venta de energía eléctrica (la cual puede ser aplicada actualmente tanto a la actividad de generación como a la de distribución), radica en la utilización de redes de transporte o distribución de terceros, y en los destinatarios de la venta efectuada, que son los consumidores libres. Estos consumidores son aquellos cuyo suministro no está sujeto a fijación de precios por parte de la autoridad, y por lo tanto, pueden pactar libremente los montos y condiciones aplicables a dichos precios.

La diferenciación anotada motiva una segmentación del mercado eléctrico, a nivel de distribución, surgiendo esta nueva "subetapa", denominada comercialización. Esta segmentación del mercado a nivel de la distribución responde a la tendencia observada en otros países, y que busca liberalizar el mercado en forma amplia, en vez de regular en mayor medida los monopolios naturales y legales que existen en él.

A su vez, debe tenerse presente la definición que el Anteproyecto da al concepto de "actividad de comercialización", contenida en el artículo 190, letra d): "*Actividad de comercialización: corresponde a la compra o venta de electricidad para su utilización en instalaciones de terceros. Los concesionarios de distribución son comercializadores para todos sus consumidores regulados*". Esta es una visión bastante más amplia que el objeto definido para las empresas comercializadoras en sí mismas, e incluye tanto la venta como la compra de energía eléctrica, destinada a instalaciones de terceros, lo que da la idea de un "corretaje" de energía, en un concepto más económico de la comercialización. No obstante, el Anteproyecto regula el tema de la comercialización fundamentalmente en torno a lo que las empresas comercializadoras son y cuáles son sus características.

Además de la venta de energía eléctrica propiamente tal, la comercialización incluye como servicios anexos la medición, reposición del servicio, cobranza, mantenimiento, atención de reclamos y consultas de clientes, acceso a empalmes nuevos, todos los cuales son prestados actualmente por las empresas concesionarias de distribución de energía eléctrica. En el contexto de mayor competencia que quiere introducir el Anteproyecto en el mercado eléctrico, las condiciones bajo las cuales se presten estos servicios también será un factor importante, además de la venta de energía en sí, para que los clientes libres decidan con cuál empresa comercializadora contratarán el suministro.

III. LA COMERCIALIZACIÓN BAJO LA ACTUAL NORMATIVA

a) *Desarrollo de la actividad propiamente tal:* Cabe preguntarse si la actividad de comercialización (según el concepto contenido en el Anteproyecto) puede verificarse en el contexto actual, bajo la vigencia del D.F.L. N° 1-82 del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos y su Reglamento, o se trata de una actividad cuyo reconocimiento legal expreso es

necesario para llevarse a cabo. Es decir, la pregunta es si existen hoy trabas de tipo legal para realizar la actividad de comercialización, vendiendo energía eléctrica a consumidores libres mediante la utilización de redes de transporte o distribución de terceros.

Para dar respuesta a tal pregunta, es necesario remitirse a lo dispuesto en el art. 16 del D.F.L. N° 1-82, que establece: "*Las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión. La distribución de electricidad a usuarios ubicados en una zona de concesión solo podrá ser efectuada mediante concesión de servicio público de distribución, con las siguientes excepciones:*

1. Los suministros a usuarios no sometidos a regulación de precios, indicados en los artículos 90 y 91 de la presente Ley;
2. Los suministros que se efectúan sin utilizar bienes nacionales de uso público;
3. Los suministros que se efectúan utilizando bienes nacionales de uso público mediante permisos otorgados previamente al establecimiento de una concesión;
4. Todo otro suministro que se efectúe mediante un contrato que acuerden directamente las partes, incluidos los concesionarios".

Dicha disposición limita la posibilidad de distribuir electricidad a usuarios ubicados en una zona de concesión, precisamente a aquellas empresas que tengan concesión de servicio público de distribución en la zona respectiva, con ciertas excepciones, dentro de las cuales la más relevante, para este caso, es la que se refiere a los suministros a usuarios no sometidos a regulación de precios, indicados en los artículos 90 y 91 del D.F.L. N° 1-82.

De acuerdo a estas normas, actualmente los usuarios no sometidos a regulación de precios, denominados "clientes libres", son los siguientes:

- Usuarios finales cuya potencia conectada es superior a 2.000 kW.
- Usuarios finales cuya potencia conectada es igual o inferior a 2.000 kW, pero su servicio contratado es por menos de 12 meses, o su calidad de servicio contratada es superior a la que corresponde a los estándares que se establezcan a los precios fijados, o el momento de carga del cliente respecto de la subestación de distribución primaria es superior a 20 megawatts-kilómetro.

Por lo tanto, la excepción a la regla general contenida en el art. 16 del D.F.L. N° 1-82 anotada, permite concluir que para los efectos de su-

ministrar energía eléctrica a un cliente libre, hoy no es necesario ser concesionario de servicio público de distribución en dicha zona, y por lo tanto, podrían existir empresas distintas de las distribuidoras, que desarrollaran una función de "comercialización" en la venta de energía eléctrica a los clientes libres.

Tal conclusión no se basa en la existencia o falta de barreras comerciales que de hecho pudieran existir para la entrada a la etapa de comercialización, sino en la factibilidad legal de desarrollar una actividad económica según los términos descritos por el Anteproyecto. Esa factibilidad está amparada por la misma Constitución Política de la República, que en su art. 19 N° 21 garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Lo anterior permite concluir que la actividad de comercialización no es, desde un punto de vista económico, un nuevo mercado que la ley habilite a los agentes para su participación (la cual potencialmente ya existe), sino la segmentación de un mercado específico, ya existente, que hoy mayoritariamente se relaciona efectivamente con la distribución de energía eléctrica. Por lo tanto, debe tenerse presente que el hecho que la normativa actualmente vigente no se refiera expresamente a la comercialización no implica un impedimento para desarrollar esta actividad, la cual no ha tenido el referido desarrollo por razones de carácter comercial. En términos legales estrictos, y según se señalará más adelante, el Anteproyecto no abre un mercado a quienes antes no podían participar en él, sino que, contrariamente, restringe un segmento del mercado de distribución (clientes no regulados con demandas inferiores a 2.000 kW, pero igual o superior al límite máximo del mercado regulado, que inicialmente es de 200 kW) al ámbito de determinadas empresas, las comercializadoras.

Las trabas que de hecho podrían originarse están en la inexistencia de una regulación expresa que fije las condiciones de acceso a las redes de distribución, lo que permitiría eventualmente una actitud discriminatoria en el acceso que las respectivas concesionarias de distribución otorguen respecto de sus redes, en desmedro de quienes son sus potenciales "competidores" en la zona de concesión. Ahora, tal discriminación, que podría afectar a un aspecto tan sensible como la calidad de servicio, ha sido vista por muchos analistas como una mera posibilidad teórica, ya que técnicamente es casi imposible efectuar una discriminación a nivel de distribución entre las distintas instalaciones de los consumidores.

No obstante la inexistencia de trabas, lo que puede en principio resultar insuficiente es la regulación de calidad del servicio que eventualmente entreguen las comercializadoras a los clientes libres. Sin embargo, dada las características que presentan los clientes libres bajo la normativa actual, el tema de calidad de servicio queda supeditado al poder negociador que tenga el cliente, quien pactará condiciones especiales con la empresa que le venda la energía, destinadas a resguardar parámetros mínimos de calidad.

b) *Acceso a las redes*: En lo que se refiere al acceso a las redes propiamente tal, el ordenamiento vigente contempla una norma explícita, aplicable a este caso, cual es el artículo 51 del D.F.L. N° 1-82, que dispone la obligación de los propietarios de líneas eléctricas a permitir el uso de las instalaciones necesarias para el paso de energía eléctrica por parte de quien manifieste un interés al respecto, bajo las condiciones que el propio artículo 51 citado establece, y que son las siguientes:

- Si las instalaciones que se deseen utilizar no poseen la capacidad necesaria para soportar el uso adicional requerido, el interesado deberá aumentar dicha capacidad, a su costa, según las normas e instrucciones del dueño de las instalaciones, y deberá indemnizar a este por sus costos de inversión, a prorrata de la potencia máxima transitada por el interesado respecto de la potencia máxima total transitada por todos los usuarios de dichas instalaciones.
- Si las instalaciones que se deseen utilizar poseen la capacidad necesaria para soportar el uso adicional requerido, el interesado deberá indemnizar a su propietario por sus costos de inversión, a prorrata de la potencia máxima transitada por el interesado respecto de la potencia máxima total transitada por todos los usuarios de dichas instalaciones.
- El interesado deberá concurrir proporcionalmente a los gastos de mantención y operación de las instalaciones que usen en común.
- Si el dueño de las instalaciones varía el trazado o ubicación de ellas o las desconecta cuando los trabajos lo hagan necesario, el interesado no puede oponerse y son de su cargo los gastos que estos cambios le originen, cambios que deberán ser avisados al interesado con 60 días de anticipación, a lo menos.
- Los perjuicios que se produjeran en las instalaciones con motivo del gravamen impuesto por el interesado, son de cargo de este último.

Este derecho de acceso tiene la única limitación en cuanto a que las redes a las cuales se desea acceder deben hacer uso de servidumbres legales otorgadas por la respectiva concesión, o utilizar bienes nacionales de uso público en su trazado. Prescindiendo de tales limitaciones, el hecho es que bajo la norma actualmente vigente, es posible imponer al propietario de las redes de distribución la obligación de dar acceso a tales redes, que en caso de no obtenerse ello, el interesado podrá ejercer las acciones judiciales correspondientes, así como los reclamos relativos a eventuales hechos que contraríen las normas sobre libre competencia.

El pago por la utilización de las redes de distribución, que en la nomenclatura del Anteproyecto es conocido como peaje de distribución, también está contemplado en el mismo Reglamento del D.F.L. N° 1-82, aunque de forma errónea, en nuestra opinión. El artículo 93 del Reglamento del D.F.L. N° 1-82 establece, que *"En el caso de servidumbres de transmisión a través de instalaciones de distribución, las instalaciones involucradas serán todas aquellas instalaciones principales y de respaldo necesarias para mantener una adecuada seguridad y calidad de servicio, conforme se establece en este reglamento."*

Para estos efectos, se considerarán necesarias las instalaciones ubicadas dentro de el o los sectores de distribución, definidos en el artículo 295, comprendidos entre la subestación primaria de distribución correspondiente y el empalme del usuario a quien se abastece".

El artículo 94 de dicho Reglamento establece que *"El titular de la servidumbre sobre instalaciones de distribución deberá indemnizar al propietario de las instalaciones afectadas, determinadas conforme al artículo anterior, por sus costos de inversión, a prorrata de la potencia máxima transitada por el interesado respecto de la potencia máxima total transitada, en cada sector de distribución involucrado, por todos los usuarios de dichas instalaciones y obras"*.

Estos dos artículos introducen un concepto de cobro por peaje de distribución distinto al que realmente correspondería aplicar en un sistema como el de distribución, y que es el del valor agregado por costos de distribución (VAD), el cual está recogido por el Anteproyecto como criterio de evaluación del peaje de distribución. El Reglamento, en los artículos citados, adopta como criterio de evaluación el mismo que se utiliza para los peajes de transmisión, basados en el uso de las instalaciones involucradas o necesarias y que se ubican en el respectivo sector de distribución, es decir, la

“ruta” que siguen las instalaciones de distribución hasta los respectivos puntos de consumo. En el caso de la distribución, el VAD es determinado según áreas de distribución típicas, dentro de las cuales las variables integrantes de dicho VAD son iguales o similares entre sí, no considerándose para esos efectos el trayecto eventual entre una subestación primaria de distribución y un punto de empalme, como lo señala el Reglamento.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, ¿cuál sería el elemento decisivo que introduce el Anteproyecto, desde un punto de vista jurídico, para que la actividad de la comercialización se desarrolle? En nuestra opinión, sin perjuicio del establecimiento de normas más explícitas sobre el derecho de acceso a las redes, su tarificación, y las características que deben reunir las empresas que desarrollen la actividad de comercialización, el elemento determinante es la rebaja del límite mínimo de demanda que fija quiénes son clientes libres, y la exclusión de otros agentes que no sean las comercializadoras, en la venta de energía eléctrica a aquellos clientes no regulados cuya demanda sea inferior a 2.000 kW.

c) *Comercialización como intermediación:* No cabe duda que la comercialización, en términos amplios, también involucra la intermediación en la venta de energía eléctrica, tal como lo hacen los “brokers” en el mercado de capitales. Para una actividad como esa, tampoco existen actualmente barreras legales que impidan su libre ejercicio, y su relevancia dentro del funcionamiento del sistema eléctrico no es de magnitud, ya que las responsabilidades directas siempre permanecen entre quienes son las partes del contrato de venta, en tanto que el comercializador solo cumple una labor de acercamiento o intermediación entre las partes. Como se señaló anteriormente, esta idea de comercialización se acerca más a un concepto económico, que se rige por las normas generales de la contratación entre privados.

IV. LA COMERCIALIZACIÓN DE ACUERDO AL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto contiene un título específico dedicado a los comercializadores (Título VI del Capítulo VII), con solo dos artículos (90 y 91) que se refieren al tema, los cuales dan la visión general del estatuto jurídico de la actividad. Además de este Título, existen otros artículos del Anteproyecto que hacen referencia a las comercializadoras, de entre los cuales el más re-

levante es el artículo 89. El texto de los artículos del título respectivo (90 y 91) es el siguiente:

Artículo 90.

“Las empresas comercializadoras a las que se refiere esta ley son personas jurídicas que accediendo a las redes de transporte o distribución tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores libres. Las empresas comercializadoras deberán ser sociedades anónimas, de giro exclusivo y se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas. Deberán además poseer un capital propio y mantener los niveles de sus índices financieros que le permitan respaldar financieramente sus contratos de suministro, los que serán determinados por el Ministerio de Economía previo informe de la Comisión Nacional de Energía. A su vez la Bolsa de Energía deberá informar a la Comisión para este efecto”.

Artículo 91

“Será responsabilidad de las empresas comercializadoras estructurar los contratos de suministro al cliente final, para lo cual deberán contar con contratos de generación con los productores de energía eléctrica o con otros comercializadores, y contratos de transporte con las empresas de transmisión, subtransmisión y distribución que corresponda. El comercializador será responsable, ante su cliente, de la calidad y seguridad del suministro ofrecido, y se hará cargo de las compensaciones por incumplimiento de dichas condiciones.

Asimismo, el comercializador estructurará los contratos y cláusulas de calidad y seguridad de suministro y de servicio que corresponda, y las compensaciones por incumplimiento, con los generadoras u otros comercializadores y empresas de transmisión, subtransmisión o distribución, cuyas instalaciones son necesarias para el suministro al cliente final.”

a) Definición y requisitos de las empresas comercializadoras: Como ya se señaló anteriormente, es el artículo 90 el que define a las empresas comercializadoras como las “personas jurídicas que accediendo a las redes de transporte o distribución tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores libres”.

De la definición señalada se desprende que el giro o actividad desarrollada por las comercializadoras es la venta de energía eléctrica, venta que tiene como destinatarios exclusivos a

los consumidores libres. Para los efectos del Anteproyecto, el número de dichos consumidores se irá incrementando progresivamente según los plazos dispuestos por su art. 4 transitorio, hasta llegar, dentro de los 36 meses siguientes a la promulgación de la ley, a todos quienes tengan una demanda máxima superior o igual a 200 kW (límite mínimo que posteriormente puede ser modificado por la Comisión Resolutiva previo informe de la CNE, una vez transcurridos a lo menos 5 años de aplicación de la ley). La disminución del límite a partir del cual se considera la calidad de cliente libre, en términos comparativos con el límite actual (en la práctica, de 2.000 a 200 kW), produce que el segmento de consumidores finales a los cuales la comercializadora puede vender energía eléctrica, representa un porcentaje importante del total del mercado de la distribución.

Los requisitos que el Anteproyecto exige para las empresas comercializadoras son los siguientes (artículo 90):

- Deben ser sociedades anónimas, rigiéndose por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas.
- Deben ser de giro exclusivo, lo que elimina la posibilidad de que una empresa distribuidora comercialice energía eléctrica en alguna zona. Al respecto, creemos que deben definirse con precisión los alcances del concepto de "giro exclusivo", por cuanto no se precisa el hecho de que el giro exclusivo pueda abarcar tanto la venta de energía propiamente tal, así como los servicios asociados a la comercialización.
- Deben poseer un capital propio, manteniendo índices financieros que les permitan respaldar financieramente sus contratos de suministro. Estos índices serán determinados por el Ministerio de Economía, previo informe de la CNE, quien a su vez recibe un informe de la Bolsa de Energía para estos efectos.

b) Condiciones contractuales del suministro otorgado por las comercializadoras: El artículo 91 del Anteproyecto hace recaer la responsabilidad en las empresas comercializadoras de "estructurar" los contratos de suministro al cliente final. Estimamos que tal expresión no es adecuada, ya que puede inducir a confusión respecto a quiénes son las partes efectivas del contrato, y en ese sentido no debe existir duda que la contraparte del cliente es la comercializadora, y por lo tanto, le corresponderá, más que "estructurar", el "suscribir" o "celebrar" el contrato.

El Anteproyecto (art. 91) exige la existencia de contratos de "respaldo" al suministro que en-

trega la comercializadora, y que cubran el aspecto de la generación y el transporte de la energía que va a vender a sus clientes. A nivel de generación, el Anteproyecto señala que la comercializadora deberá tener contratos con quienes produzcan la energía o con quienes sean a su vez comercializadoras de dicha energía. Esta última posibilidad parece referirse a una etapa de subcomercialización, en la cual la comercializadora no vende la energía directamente a un cliente libre, sino que a otra comercializadora, quien posteriormente la vende al cliente. En este caso, nos encontraríamos frente a una apertura del mercado de generación, en el que un agente que no es productor de la energía (y que por lo tanto deberá contar con sus respectivos contratos de "respaldo", la comercializa en condiciones de competitividad. Debe observarse, eso sí, que esta posibilidad de "subcomercialización" podría ser contradictoria con la declaración expresa de unicidad de giro que el Anteproyecto otorga a las comercializadoras, las cuales solo pueden vender energía eléctrica a clientes libres, es decir, consumidores finales, según la definición ya vista en su art. 90.

A nivel de transporte, los contratos de respaldo (que permiten transmitir la energía generada a los puntos de venta convenidos con los clientes) deben pactarse con las empresas de transmisión, subtransmisión y de distribución que correspondan, estipulando las potencias transitadas correspondientes, por lo cual deberán pagar el denominado "precio contratado de transmisión" o "peaje de distribución", según si las redes respectivas son de una distribuidora o de una transmisora.

Como condiciones propias del contrato que las comercializadoras celebren con sus clientes, el Anteproyecto (art. 99) exige que dicho contrato identifique la o las fuentes de generación, los puntos de inyección al sistema interconectado, así como los puntos de retiro que corresponda.

c) *Calidad de servicio*: El Anteproyecto declara expresamente en su artículo 91 que es el comercializador quien será responsable, ante su cliente, de la calidad y seguridad del suministro ofrecido, y que asimismo, se hará cargo de las compensaciones por el incumplimiento de dichas condiciones. No cabe duda que esta norma es trascendental en la relación proveedor-cliente, y es necesaria su explicitación en el Anteproyecto, ya que todo el esfuerzo de entregar ciertos niveles de calidad de servicio a clientes de un comercializador debe radicar precisamente en el comercializador. Ello sería consistente con las tendencias que se aprecian a nivel mundial en este ámbito, en que los consumidores finales

(habitualmente empresas productivas) que requieren de ciertos estándares de calidad de servicio hacen suyo y propio este requerimiento y lo resuelven mediante la instalación de equipos y dispositivos a nivel local (en su empalme) y así no obligan que a este mayor estándar de calidad de servicio deban ser "invitados forzosamente" clientes aledaños que en definitiva no requieran de los beneficios (y costos) de un nivel especial de calidad de servicio. En círculos internacionales de expertos en calidad de servicio, hoy en día la tendencia que se observa es que los consultores, proveedores y constructores perciban como su cliente final a una determinada empresa que requiere ciertos niveles de calidad de servicio, y bajo este precepto se está desarrollando un gran mercado de productos y servicios. Lamentablemente a diferencia de este *benchmark*, lo que se observa en nuestro país es que muchos de los consultores del rubro orientan sus esfuerzos e intereses hacia la representación de clientes ante las empresas de distribución para determinadas negociaciones, en vez de proporcionarles a sus contratantes paquetes de soluciones de aplicación local.

En todo caso, falta precisar en el texto del Anteproyecto que los costos en que incurra una empresa eléctrica para producir los estudios técnicos y comerciales de factibilidad de conexión de algún cliente (o posible cliente) de una comercializadora deberán ser de íntegro cargo de esta última. Tales estudios requerirán por cierto del análisis caso a caso de costos de peajes, estudios de flujos de potencia, etc., los que desde el punto de vista de los recursos de ingeniería que deben ser aplicados pueden conducir a costos importantes.

Un último punto importante de mencionar es que la experiencia de algunos países más adelantados en cuanto a la existencia de actores nuevos como los comercializadores (caso de algunos estados de USA), muestra que si un comercializador no cumple acertadamente su objetivo dentro del marco de desarrollo de la industria eléctrica, es el cliente quien finalmente sufre los efectos de estas eventuales ineficiencias, pagando innecesariamente mayores tarifas (al agregarse este eslabón no eficiente en la cadena productiva de la electricidad).

Una forma de incentivar la excelencia del trabajo y funciones de los comercializadores podría ser no obligar a los clientes no regulados a que, necesariamente, deban recurrir a una comercializadora, sino que dejarles abierta la opción —si es que lo prefieren— de continuar atendidos directamente a través de la empresa distribuidora que tradicionalmente les ha dado el suministro.

En lo que respecta a la calidad y seguridad de servicio que recibe el comercializador, el Anteproyecto (art. 91 inciso final) deja en manos de esta misma empresa la función de estructurar los "contratos y cláusulas de calidad y seguridad de suministro y de servicio que corresponda, y las compensaciones por incumplimiento, con los generadores u otros comercializadores y empresas de transmisión, subtransmisión o distribución, cuyas instalaciones son necesarias para el suministro al cliente final".

d) *Mercado de las comercializadoras*: Como se señaló anteriormente, el mercado al cual tendrán acceso las comercializadoras, representa un segmento importante del sector distribución. El artículo 90 del Anteproyecto señala que las comercializadoras venderán energía eléctrica a clientes libres, es decir, no regulados o sujetos a fijación de precios. Estos clientes tienen un límite mínimo de demanda máxima (200 kW dentro del plazo de 36 meses siguientes a la promulgación de la ley), y a partir de ese límite las comercializadoras pueden vender energía eléctrica a los clientes con demandas superiores.

Lo más relevante, en todo caso, es la exclusividad que el Anteproyecto otorga, un verdadero monopolio legal, a las comercializadoras, como las únicas empresas que pueden vender energía eléctrica a aquellos clientes cuya demanda sea igual o superior al límite mínimo del mercado regulado (200 kW dentro del plazo de 36 meses siguientes a la promulgación de la ley), y menor a 2.000 kW.

Lo anterior se establece en el artículo 89 del Anteproyecto, que establece lo siguiente: "Los consumidores finales de energía se clasificarán como no regulados o regulados dependiendo del tamaño de su demanda máxima contratada. Para los consumidores que entran en la categoría de regulados la autoridad regulatoria determinará los precios máximos a cobrar, y la calidad y seguridad mínimas del suministro.

Serán consumidores no regulados aquellos cuya demanda máxima sea mayor o igual a 200 kW. No obstante, y no antes de cinco años de aplicación de esta Ley, la Comisión Resolutiva podrá, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, rebajar este límite, lo que deberá basarse en una evaluación empírica de la estructura del mercado de comercialización de energía, de su grado de competencia y diversificación en cuanto a proveedores, y de la capacidad de negociación de los consumidores de menor tamaño de demanda.

Asimismo, los consumidores cuya demanda máxima sea menor que 200 kW, o que el límite que en su defecto establezca la Comisión Reso-

lutiva, podrán optar a ser no regulados de acuerdo a las condiciones establecidas en el reglamento. En todo caso, una vez hecha esta elección, no podrán acogerse nuevamente a la condición de regulados en un plazo menor de cuatro años a partir de dicha decisión.

Los consumidores no regulados cuya demanda máxima sea mayor que 2000 kW, denominados grandes consumidores, podrán establecer contratos directos con los generadores, transmisores y distribuidores, o a través de empresas comercializadoras de energía.

Los consumidores cuya demanda sea menor a 2000 kW pero igual o superior al límite del mercado regulado deberán ser abastecidos exclusivamente por empresas comercializadoras. Por su parte los consumidores regulados recibirán el servicio por parte de las empresas concesionarias de distribución en cuya área de concesión se ubican.

Esta exclusividad es, como ya se indicó, el elemento decisivo para "crear" y fomentar un nuevo mercado en el sistema eléctrico, ya que la sola consagración legal de las comercializadoras no es de por sí un aliciente comercial y económico para la creación de estas empresas. Dicha exclusividad se reafirma con la prohibición expresa a las empresas distribuidoras en cuanto a suministrar energía a los clientes libres en sus respectivas zonas de concesión, contenida en el art. 118 del Anteproyecto, el cual establece, en su inciso 2º, que "*Las empresas concesionarias de distribución no podrán suministrar energía a los consumidores no regulados ubicados dentro de su área de concesión. Dichas empresas podrán participar en empresas comercializadoras administrativamente independientes de las distribuidoras, y establecer contratos con clientes no regulados en cualquier área de concesión*".

Además de cubrir este segmento del mercado en forma exclusiva, también se abre la posibilidad para las comercializadoras de vender energía eléctrica a aquellos clientes que, según los términos del Anteproyecto, son denominados "grandes consumidores", cuyas demandas son mayores a 2.000 kW, quienes tienen la libertad de pactar los respectivos contratos con la empresa generadora, transmisora, distribuidora o comercializadora que ellos estimen. En este mercado, las comercializadoras no solo compiten entre sí, sino que se agregan las demás empresas que intervienen en el funcionamiento del sistema eléctrico. No obstante, estimamos confusa la disposición contenida en el inciso cuarto del artículo 89, en cuanto que los consumidores no regulados cuya demanda máxima sea mayor que 2.000 kilowatts, denominados grandes consumidores, podrán establecer contratos directos

con los generadores, transmisores y distribuidores o a través de empresas comercializadoras de energía. Esto por cuanto no queda claro, entonces, si las empresas distribuidoras podrán atender directamente a los grandes consumidores o el servicio que solamente podrán contratar las distribuidoras con dichos grandes consumidores será el servicio de transporte en distribución, teniendo en cuenta la expresa prohibición que se citó anteriormente, contenida en el art. 118 del Anteproyecto.

Cabe indicar que resta hacer un análisis de tipo constitucional respecto a la situación de los contratos vigentes entre las empresas distribuidoras y los clientes que según el Anteproyecto solo podrían serlo de las comercializadoras, ya que estos contratos podrían estimarse amparados por la intangibilidad que les otorga el derecho de propiedad sobre los derechos que emanan de ellos, reconocidos en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el que asegura a todas las personas "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales". Por medio de esta redacción el constituyente protege el dominio no solo sobre las cosas materiales (corporales), sino también sobre los derechos (incorporales).

Fuente de estos últimos son los contratos, que una vez celebrados, incorporan dichos derechos al patrimonio de quien puede exigirlos (acreedor). De esta manera, se puede concluir que en virtud de la amplia fórmula de protección del derecho de propiedad utilizada por el constituyente, tanto los derechos como los contratos que le sirven de fuente están amparados por esta garantía. Respecto de los contratos actualmente vigentes entre las empresas distribuidoras y los clientes que según el Anteproyecto quedarían fuera de su suministro, el legislador carece de atribuciones para modificar o alterar los derechos de contratos vigentes, que se hayan celebrado con anterioridad a la vigencia de la ley. Como se indicó, sobre dichos derechos existe un dominio por parte de sus acreedores, dominio que se incorporó al patrimonio de ellos en pleno respeto del estatuto vigente a la época de su celebración (D.F.L. N° 1-82).

Pese a que la irretroactividad del art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes podría formalmente ser derogada por la nueva ley (norma del mismo rango, primando la más nueva), se ha estimado que dicha retroactividad no puede llegar hasta límites que impliquen alterar el derecho de propiedad. Cabe indicar que el hecho de ser normas de orden público en nada altera la conclusión anterior, ya que existe expresa disposición constitucional, que es la nor-

ma de más elevado rango en nuestro ordenamiento, en cuanto a la "intangibilidad" de los derechos incorporados al patrimonio de las personas, salvo que medie una ley expropiatoria por causales de interés nacional o utilidad pública.

Asimismo, estimamos que la exclusión de la posibilidad que las distribuidoras, a futuro, puedan otorgar suministro a determinados clientes dentro de las respectivas zonas de concesión, compitiendo efectivamente con las comercializadoras, implica una privación del derecho a desarrollar una actividad económica, el que está garantizado constitucionalmente. Al respecto, ninguna de las limitaciones que la propia Constitución establece para el ejercicio de dicha garantía se aplican a la actividad de distribución de energía eléctrica (moral, orden público o seguridad nacional), por lo cual una norma legal como la comentada adolecería de un vicio de inconstitucionalidad manifiesto. En este contexto, la regulación que la ley debe hacer es crear las condiciones para que efectivamente se dé una competencia en el mercado, y mediante disposiciones que se encaminen o se dirijan a sancionar aquellos actos que tiendan a impedir la libre competencia, o que constituyan casos de abuso de situación monopólica, y en ningún caso se limite a priori la participación de determinados agentes en el mercado. Tal procedimiento es precisamente contrario a los fundamentos de toda norma antimonopólica, ya que se impide la libertad de actuar económicamente, y la "libertad" de mercado que se otorga a algunos, es en desmedro de otros.

Por último, cabe hacer presente la situación de los clientes "no deseados" o "no convenientes" desde un punto de vista comercial. Bajo la normativa actual, dichos clientes tienen el derecho de exigir a las empresas concesionarias de distribución (en la respectiva zona de concesión) el que se les otorgue suministro. Tal obligación no recae sobre las comercializadoras bajo el Anteproyecto, lo que deja en una eventual indefensión a tales clientes, quienes se podrían ver en la situación de carecer de suministro por no existir alguna comercializadora interesada en otorgárselo.

d) *Condiciones de acceso a las redes de distribución:* El Anteproyecto se ocupa de un tema de enorme relevancia práctica para los efectos del funcionamiento del mercado de las comercializadoras, y que se refiere al acceso a las redes de distribución, que permita a la comercializadora transportar la energía que va a vender a su cliente. No cabe duda que cualquier traba o inconveniente en este acceso hace que el merca-

do de la comercialización pase a ser más teórico que real, por lo cual se hace necesario establecer condiciones mínimas de equidad y no discriminación.

El artículo 119 del Anteproyecto establece, para dichos efectos, lo siguiente: "*Las empresas distribuidoras deberán en toda circunstancia asegurar trato equitativo y libre de toda discriminación en las condiciones de precio y calidad del servicio de transporte a cualquier comercializador que efectúe o quiera efectuar suministro a clientes no regulados en el área de concesión de la distribuidora, y a sus clientes. Este trato equitativo y no discriminatorio será obligatorio también en cuanto a las condiciones de mantenimiento de las instalaciones que abastecen a diversos clientes, las condiciones de atención de fallas, y todos los servicios relacionados con el transporte de energía a nivel de distribución.*"

La Comisión Nacional de Energía supervisará el nivel de equidad en las condiciones de calidad del servicio de transporte, para lo cual podrá solicitar la información necesaria según lo defina el reglamento, por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras.

La CNE podrá iniciar investigaciones de comportamiento desleal ya sea de oficio o a petición de cualquiera de las partes afectadas, ante el organismo público pertinente. La CNE recibirá los reclamos de los comercializadores independientes, y de sus clientes, y deberá abrir un Registro Público de la Investigación, cuando esta se inicie. Toda investigación, sus antecedentes, recomendaciones e informe de la Comisión deberán ser remitidos a la Comisión Resolutiva, de oficio por la CNE, o a petición de las partes afectadas".

Como las eventuales trabas al acceso de las redes de distribución son, en definitiva, hechos que pueden ser constitutivos de actos contrarios a la libre competencia, el Anteproyecto reconoce la competencia que al efecto poseen los respectivos órganos antimonopolios, dotando a la CNE de un rol coordinador en lo que se refiere a la investigación de la conducta desleal, lo cual parece acertado, teniendo en cuenta los aspectos técnicos envueltos, que requieren de un análisis efectuado por un órgano especializado al efecto.

El Anteproyecto, asimismo, da un paso más y establece sanciones expresas y determinadas en el caso que las empresas distribuidoras actúen en forma discriminatoria, las cuales deben entenderse complementarias a las medidas que en virtud del D.L. N° 211, Ley Antimonopolios, puede adoptar. Unido a las sanciones pecuniarias (cuyo rango de montos debería estar determinado por la ley), se genera una sanción importante, y que es la limitación, e incluso

derechamente la prohibición, de participar en empresas comercializadoras dentro de su área de concesión. Por último, establece una facultad que apunta al ejercicio de sanciones por parte del Presidente de la República, y que se refiere a la solicitud a este para declarar caducada la concesión.

V. CONCLUSIONES

No cabe duda que el espíritu que anima la introducción de la figura de las comercializadoras en la normativa que regula el mercado eléctrico, es el de darle mayor competitividad, destinando a estas empresas segmentos importantes de él en forma exclusiva y excluyente, incluso en desmedro de las empresas distribuidoras. Mediante la introducción de actores como las comercializadoras, se trata de definir en forma descentralizada los niveles de calidad y seguridad y los precios del mercado.

Este mayor grado de competencia obliga a las empresas a estructurar contratos de energía atractivos para sus clientes finales, para lo cual deberán negociar, a su vez, precios de generación y de transporte de energía convenientes.

Sin embargo, y pese a que además de lo anterior se puede señalar que el estatuto básico de las

comercializadoras está adecuadamente regulado en el Anteproyecto, el futuro de este mercado depende de quienes se interesen en participar en él, y de la transparencia de la información para todos los agentes que intervengan. Cualquier construcción legal que no tenga un correlato en la realidad del mercado, está destinada a quedar en estado de meras reglas teóricas.

Por último, debemos insistir en que no se aprecia razón alguna que justifique privar a las empresas distribuidoras de energía eléctrica de poder participar como un actor más del mercado de los clientes libres. Si la razón invocada es el introducir mayor competencia en dicho mercado, beneficiando consecuentemente a los usuarios finales, las señales correctas para lograr tal objetivo deben dirigirse a eliminar las barreras de acceso a las redes de transmisión y distribución, establecer normas claras y transparentes que permitan determinar una adecuada retribución por el uso de dichas redes, establecer el derecho al acceso de toda la información requerida para obtener el suministro más adecuado a las necesidades de cada cliente, sancionar la discriminación que eventualmente pudieren realizar los poseedores de los sistemas de distribución o transmisión y fortalecer y determinar con precisión las facultades de los órganos de fiscalización antimonopolios.