

COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

**Alameda 1449, Piso 13, Edificio Santiago Downtown 2
Santiago**

MAT.: Resuelve Recurso de Reposición Administrativa interpuesto por AES Gener S.A., en contra de la Resolución Exenta CNE N° 214 de 9 de marzo de 2009.

Resolución Exenta N° 328

Santiago, 8 de abril de 2009

VISTO:

- a) Las facultades que me confiere el Art. 8° y 9°, letra l) del D.L. 2.224 de 1978;
- b) Lo dispuesto en los artículos 160° y 172° del Decreto con Fuerza de Ley N° 4 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2006, Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante e indistintamente "Ley" o "LGSE";
- c) Lo dispuesto en el artículo 10° del DFL N°1/19.653 sobre Bases Generales de la Administración del Estado;
- d) Lo previsto en el artículo 59 de la Ley N° 19.880 sobre Bases del procedimiento administrativo;
- e) Lo dispuesto en el Decreto que fija los Precios de Nudo N°381/2008, publicado en el Diario oficial de fecha 19 de enero de 2009;
- f) Resoluciones Exentas CNE N° 81 y 82, ambas de 19 de enero de 2009 que informan nuevos valores de los precios de nudo en el Sistema Interconectado Central y Sistema Interconectado del Norte Grande, respectivamente;
- g) Resolución Exenta CNE N° 214 de 9 de marzo de 2009;
- h) Recursos de Reposición interpuestos por AES Gener S.A., de fecha 26 de enero en contra de las Resoluciones Exentas N° 81 y 82 de 19 de enero de 2009; y
- i) Recurso de Reposición interpuesto por AES Gener S.A., de fecha 12 de marzo de 2009, en contra de la Resolución Exenta CNE N° 214 de 2009.

COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

**Alameda 1449, Piso 13, Edificio Santiago Downtown 2
Santiago**

CONSIDERANDO:

- i. Que con fecha 26 de enero de 2009, AES Gener S.A., interpuso Recurso de Reposición en contra de la Resoluciones Exentas CNE N° 81 y 82, ambas de 19 de enero de 2009 que informan nuevos valores de los precios de nudo en el Sistema Interconectado Central y en el Sistema Interconectado del Norte Grande, respectivamente;
- ii. Que de conformidad a lo establecido en el artículo 59 de la Ley N° 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo, los recursos de reposición se deben interponer dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna;
- iii. Que los recursos de reposición interpuestos por la empresa individualizada en el primer considerando de esta resolución, se presentaron a esta Comisión con fecha 26 de enero del año en curso, habiéndolos presentado dentro del plazo estipulado en la norma legal individualizada precedentemente; y
- iv. Que la Comisión incurrió en un error de hecho al declarar extemporáneos los recursos de reposición individualizados en la letra h) de los vistos.

RESUELVO:

A lo principal del recurso: Ha lugar al Recurso de Reposición interpuesto por AES Gener S.A., en contra de la Resolución Exenta CNE N° 214 de 9 de marzo de 2009; téngase por presentado los Recursos de Reposición en tiempo y forma en contra de la Resolución CNE N° 81 y 82, ambas de 2009; y, déjese sin efecto en lo pertinente la Resolución N° 214 recurrida.

Primer Otrosi: No ha lugar a los Recursos de Reposición interpuestos por la empresa Sociedad Eléctrica Santiago S.A. en contra de las Resoluciones Exentas CNE N° 81 y 82, ambas de 19 de enero de 2009, ello en virtud de las siguientes consideraciones:

I. Antecedentes:

- a. Según lo prescribe el artículo 98° de la LGSE, los precios de nudo deben ser fijados semestralmente en los meses de abril y octubre de cada año, los cuales se reajustarán en conformidad a lo estipulado en el artículo 172° de la Ley cuando el precio de potencia de punta o de la

COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

**Alameda 1449, Piso 13, Edificio Santiago Downtown 2
Santiago**

energía, resultante de aplicar las fórmulas de indexación que se hayan determinado en la última fijación semestral de tarifas, experimente una variación acumulada superior al diez por ciento.

b. Por su parte, el inciso primero del artículo 172° precitado, establece que si dentro del período de vigencia de la última fijación semestral de tarifas, deben modificarse los precios de nudo en virtud de lo expresado en el artículo 98°, la Comisión, en el plazo de quince días a contar desde el día en que se registró la variación a que se refiere dicho precepto, deberá calcular e informar a las empresas de generación – transporte, los nuevos valores de los precios de nudo que resulten de aplicar la fórmula de indexación correspondiente, los cuales entrarán en vigencia a partir de la fecha de comunicación¹ por parte de la Comisión.

c. Como se desprende de lo expuesto, el legislador permite que se modifiquen los precios de nudo vigentes cuando la aplicación de las fórmulas de indexación vigentes, a los precios de la energía y potencia de punta, tengan como efecto el que estos valores experimenten una variación acumulada superior al 10%. En dicho supuesto, la Ley faculta a la Comisión para calcular y comunicar los nuevos valores de los precios de nudo, por cuanto se considera que ese nivel de variación en el precio de la energía o la potencia amerita el ajuste de los precios de nudo.

d. De la normativa citada, cabe destacar que el mecanismo de reajuste de los precios de nudo constituye un régimen reglado de derecho público, en el que se establece en forma precisa las exigencias que deben cumplirse estrictamente tanto por el órgano regulador como por las empresas reguladas.

II. Las Resoluciones 81 y 82 no adolecen de ilegalidad al no infringir los artículos 160°, 171° y 172° de la Ley.

De acuerdo a la presentación de la AES Gener S.A., la RE N° 81, *al disponer que la indexación del nuevo decreto de precios de nudo, se aplique sólo a partir del 19 de enero de 2009, adolece de ilegalidad e infringe por igual los artículos 160°, 171° y 172° de la Ley Eléctrica...*. Señala además respecto a la RE N°82 que *“al disponer una forma indexación no contemplada en la Ley, respecto del nuevo decreto de precios de nudo y que, además, la misma se aplique sólo a partir del 19 de enero de 2009, adolece de ilegalidad e infringe por igual los artículos 160°, 171° y 172° de la Ley Eléctrica...”*.

¹ El destacado y subrayado es nuestro.

COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

Alameda 1449, Piso 13, Edificio Santiago Downtown 2

Santiago

Al respecto podemos decir que el artículo 160° de la Ley regula el reajuste que debe aplicarse tratándose de los precios de nudo cuando experimentan una variación acumulada superior al 10%, es decir el legislador, ha diseñado un mecanismo de reajustabilidad tarifaria que permite actualizar los precios fijados, producto de variaciones que experimenten las tarifas durante un determinado periodo de tiempo.

Este mecanismo de reajustabilidad se aplicó por la Comisión correctamente y en concordancia con el artículo 172°, toda vez que a través de sus Resoluciones N° 81 y 82, calculó y comunicó los nuevos valores de los precios de nudo que resultaron de la aplicación de las fórmulas de indexación, inmediatamente después que el Decreto de Precio de Nudo N° 381 que establece el mecanismo a utilizar, fue tomado de razón por Contraloría General de la República, en adelante CGR, y publicado en el Diario Oficial.

En efecto, antes del trámite de toma de razón la Comisión no podía comunicar la ocurrencia de la indexación toda vez que el acto administrativo no podía producir sus efectos al faltar un elemento o requisito esencial del respectivo acto administrativo (toma de razón). Resulta útil manifestar que el control por parte de la CGR, de los actos administrativos, es la base fundamental de la Administración del Estado y tiende a salvaguardar el principio de legalidad, que persigue también cautelar el patrimonio público. La labor de revisión y auditoría realizada por la CGR abarca todo lo contenido en el decreto, inclusive las fórmulas de indexación, los indexadores y sus valores base, por esto último, la espera de un control de legalidad que da certeza a dichos valores, es ajustada a un correcto proceder en el ámbito de la administración pública. A modo de ejemplo, y ante una eventual comunicación por parte de la Comisión de nuevos valores de los Precios de Nudo que resultaron de la aplicación de las fórmulas de indexación, previo al control de legalidad por parte de la CGR del Decreto que las contiene, podría darse el caso que producto de este último control, Contraloría detectare una error en las fórmulas de indexación o en sus valores base, cuya corrección por parte de la Comisión diere como resultado una variación acumulada inferior al 10 % señalado como requisito para reajustar los precios de nudo, por lo que la comunicación realizada no se ajustaría a derecho.

La Ley es expresa al señalar que la indexación rige desde la comunicación y en tanto el Decreto que la sustente con sus niveles tarifarios y sus fórmulas de indexación no estuviere produciendo sus efectos, no había nada que comunicar. Es por eso que la Comisión, una vez que el Decreto estuvo vigente procedió de inmediato a comunicar la ocurrencia de la indexación. No se vislumbra cómo la Comisión, obviando el texto expreso señalado por la Ley, respecto de la vigencia de la indexación, podría haber dado vigencia retroactiva a la misma ni cómo podría haber comunicado una indexación cuyo acto administrativo de sustento no estaba produciendo efecto jurídico alguno al

COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

Alameda 1449, Piso 13, Edificio Santiago Downtown 2

Santiago

momento de ocurrir materialmente la misma. En opinión de esta Comisión, ni la vigencia retroactiva ni la comunicación anterior a los efectos del decreto tienen cabida en el actual ordenamiento legal.

III. Las Resoluciones N° 81 y 82 no infringen el artículo 171, puesto que la LGSE distingue entre la aplicación retroactiva que se establece para la fijación tarifaria de los Precios de Generación-Transporte y la vigencia que señala para la aplicación de las fórmulas de indexación a los precios de nudo.

Señala además la recurrente en su presentación que: la RE N°81 y 82, infringen el artículo 171 puesto que deja vigente en el período que corre entre el 1 de noviembre de 2008 y el 19 de enero de 2009, un precio de nudo que por expreso mandato de la ley no puede regir para ese período semestral (nov.2008-abr.2009), incurriendo en ilegalidad.

La Ley acotó expresamente en su artículo 172° el momento en que las fórmulas de indexación calculadas y comunicadas por la Comisión a las empresas, deben entrar en vigencia al señalar que: *“la Comisión, en un plazo máximo de quince días a contar desde el día en que se registró la variación a que se refiere el artículo 160°, deberá calcular y comunicar a las empresas suministradoras los nuevos valores de los precios de nudo que resulten de aplicar la fórmula de indexación correspondiente, los cuales entrarán en vigencia a partir de la fecha de comunicación por parte de la Comisión”.*²

De acuerdo a lo anterior, es clave para aclarar este punto, distinguir entre la aplicación retroactiva que la Ley establece para la fijación tarifaria de los Precios de Generación-Transporte y la vigencia que señala para la aplicación de las fórmulas de indexación a los precios de nudo. Respecto a la vigencia del decreto de precio de nudo el legislador permite expresamente la aplicación retroactiva del Decreto de Precios de Nudo al señalar que entre la fecha de publicación del nuevo decreto y el día del término del semestre respectivo del anterior decreto (del 1° de mayo o 1° de noviembre según la fijación semestral que corresponda), proceden las reliquidaciones pertinentes. Las Resoluciones N° 81 y 82 respetan el principio de retroactividad del Decreto de Precios de Nudo ajustándose a la señalado expresamente en el artículo 171° de la Ley.

Sin embargo, para los efectos de la aplicación y particularmente para la vigencia de las formulas tarifarias, la Ley establece expresamente que éstas regirán *“a contar de la fecha de comunicación por parte de la Comisión”*. En consecuencia la Ley no contiene norma expresa que altere el principio de irretroactividad de los actos de la Administración.

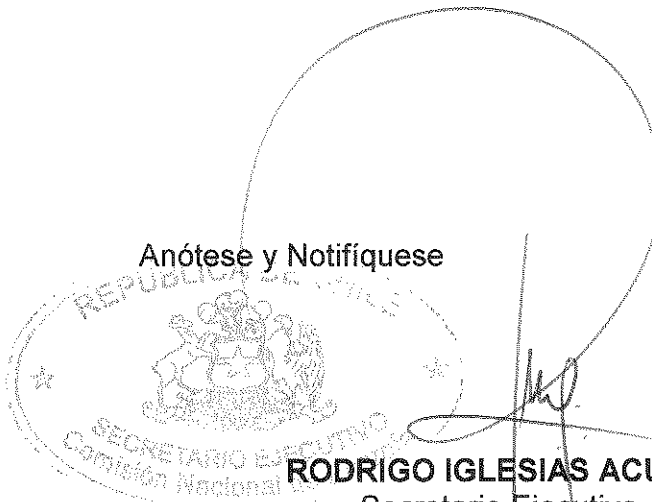
² El subrayado es nuestro.

COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

**Alameda 1449, Piso 13, Edificio Santiago Downtown 2
Santiago**

El principio de irretroactividad de los actos administrativos, esto es, que ellos únicamente producen sus efectos una vez cumplida su total tramitación, constituye una norma obligatoria para la administración activa.

Anótese y Notifíquese



RODRIGO IGLESIAS ACUÑA
Secretario Ejecutivo
Comisión Nacional de Energía

RIA/DGD/DS/SGC/ISD/CZR

Distribución

- AES Gener S.A.
- Gabinete Secretaría Ejecutiva
- Área Eléctrica
- Área Jurídica