

REF: Resuelve Recurso de Reposición presentado por las empresas CGE Distribución S.A., Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A., Empresa Eléctrica Atacama S.A., Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., Empresa Eléctrica de Iquique S.A., y Empresa Eléctrica de Arica S.A.

Santiago, 06 de agosto de 2015.

RESOLUCION EXENTA N° 399

VISTOS:

- a) Las facultades establecidas en las letras e) y h) del artículo 9 del D.L. 2.224 de 1978, que crea el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía, en adelante e indistintamente la "Comisión";
- b) Lo señalado en los artículos 131° y siguientes del D.F.L. N° 4 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, modificada por la Ley N° 20.805; en adelante e indistintamente "la Ley";
- c) La Ley N°19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado;
- d) La carta GG-215/2015 de las empresas CGE Distribución S.A., Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A., Empresa Eléctrica Atacama S.A., Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., Empresa Eléctrica de Iquique S.A., y Empresa Eléctrica de Arica S.A., de fecha 10 de junio de 2015;
- e) La Resolución Exenta CNE N° 311, de 15 de junio de 2015, de la Comisión Nacional de Energía que Aprueba Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional para el Suministro de Potencia y Energía Eléctrica para Abastecer los Consumos de Clientes Sometidos a Regulación de Precios, Licitación Suministro 2015/02;
- f) El Recurso de Reposición presentado por las empresas CGE Distribución S.A., Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A., Empresa Eléctrica Atacama S.A., Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., Empresa Eléctrica de Iquique S.A., y Empresa Eléctrica de Arica S.A., con fecha 23 de junio de

2015, en contra de la Resolución Exenta N° 311, de la Comisión Nacional de Energía, de fecha 15 de junio de 2015;

- g) El Decreto Supremo N° 10A, de fecha 05 de septiembre de 2014, del Ministerio de Energía, que designa Secretario Ejecutivo en la Comisión Nacional de Energía; y
- h) Lo señalado en la Resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República.

CONSIDERANDO:

- a) Que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 131° bis de la Ley, corresponderá a la Comisión, anualmente, y en concordancia con los objetivos de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación que establece la Ley para el sistema eléctrico, determinar las licitaciones de suministro necesarias para abastecer, los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios;
- b) Que, mediante Resolución Exenta N° 164, de 09 de abril de 2015, la Comisión aprobó el Informe Final de Licitaciones en el cual se establece la necesidad de realizar procesos de licitación;
- c) Que, en virtud de lo expresado en el considerando anterior, mediante Resolución Exenta N° 311, de 15 de junio de 2015, la Comisión aprobó las Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional para el Suministro de Potencia y Energía Eléctrica para Abastecer los Consumos de Clientes Sometidos a Regulación de Precios, Licitación Suministro 2015/02;
- d) Que con fecha 23 de junio de 2015, las empresas CGE Distribución S.A., Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A., Empresa Eléctrica Atacama S.A., Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., Empresa Eléctrica de Iquique S.A., y Empresa Eléctrica de Arica S.A., dedujeron recurso de reposición en contra de parte de la Resolución Exenta N° 311, individualizada en la letra e) de vistos de la presente resolución;
- e) Que, en efecto, el objeto del recurso de reposición impetrado, dice relación con el anexo N° 18 de las Bases de Licitación aprobadas, que contiene el modelo de contrato de suministro de energía y potencia para servicio público de distribución. Particularmente, se refiere a la cláusula

“VIGÉCIMO SEGUNDO: CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE” de dicho modelo de contrato;

- f) Que, la cláusula en cuestión tiene el siguiente texto:

“VIGÉCIMO SEGUNDO: CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.

UNO. Cualquier conflicto que se produzca respecto a la interpretación, validez, ejecución, cumplimiento, terminación o resolución de este contrato, será resuelto directamente entre las partes por una comisión de dos miembros por cada parte. Esta comisión deberá llegar a una solución amigable dentro del plazo de 20 días contados desde la primera reunión. En caso que dentro de dicho plazo la comisión no llegue a una solución al conflicto planteado, se reunirán los Gerentes Generales de cada parte, con los asesores que estimen conveniente, para efectos de buscar una solución definitiva al problema o conflicto planteado. En caso que no se arribe a ninguna solución efectuada la tercera reunión al efecto, cualquiera de las partes podrá recurrir al arbitraje a que las partes se someten y obligan, establecido en el numeral dos de esta cláusula. En caso que, por cualquier causa, no se formare la comisión antes señalada dentro del plazo de 10 días de solicitado por alguna de las partes, cualquiera de las partes podrá recurrir a la instancia arbitral del numeral dos siguiente.

DOS. En caso que las partes no arriben a una solución del conflicto planteado de una manera amigable, cualquier dificultad que se produzca respecto a la interpretación, validez, ejecución, cumplimiento, terminación o resolución de este Contrato será resuelta por un árbitro de derecho. El árbitro de derecho será designado por las partes de común acuerdo. A falta de acuerdo, la designación la realizará la justicia ordinaria. Se entenderá que no existe acuerdo entre las partes por el sólo hecho que una de ellas solicite por escrito la designación del árbitro. El árbitro que se designe conocerá y fallará en primera instancia, pudiendo las partes interponer todos los recursos que sean procedentes en contra de su sentencia ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. Todo ello sin perjuicio de lo señalado en el artículo 146° bis de la LGSE. Las partes renuncian a las tachas contempladas en los números 4 y 5 del Art. 358 del Código de Procedimiento Civil relativas a inhabilidades de testigos por su dependencia laboral con la parte que lo presente.

TRES. No queda comprendida en la cláusula compromisoria del numeral anterior, el ejercicio de las acciones judiciales que el Suministrador eventualmente pudiera intentar ante

los Tribunales Ordinarios de Justicia, en contra del Distribuidor por el no pago del Suministro.

CUATRO. El inicio de un proceso de conciliación o arbitraje será comunicado oportunamente a la Comisión y a la Superintendencia, así como su término ya sea por laudo arbitral, conciliación o cualquier otra forma que implique un acuerdo de las partes de modificar el presente Contrato.

CINCO. En todo caso, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula [•], las modificaciones que hayan de introducirse al Contrato deberán limitarse a las que sean estrictamente necesarias para adecuarlo a las nuevas circunstancias, manteniéndose inalterados el precio, los mecanismos de indexación fijados al momento de la adjudicación y las demás condiciones y las estipulaciones esenciales del Contrato, resguardando en todo momento la transparencia y la no discriminación del proceso de Licitación que dio origen al presente Contrato";

- g) Que, mediante carta individualizada en la letra d) de vistos y en virtud de lo dispuesto en el artículo 132° de la Ley, las empresas referidas, realizaron diversas observaciones a las bases de licitación dictadas por la Comisión. La observación pertinente con el presente recurso de reposición intentado señalaba que, considerando que las materias de aplicación tarifarias son de orden público, indisponibles para las partes y, en definitiva, inarbitrables, correspondía reemplazar la cláusula de conciliación y arbitraje, para lo cual, sugirieron una nueva cláusula en los términos planteados en su presentación. La misma solicitó, en subsidio, eliminar del formato de contrato la cláusula de conciliación y arbitraje, atendido que su incorporación no era obligatoria y no constituía el medio idóneo para solucionar los conflictos derivados de la aplicación de los contratos;
- h) Que, el recurso de reposición intentado a su vez señala, que las observaciones realizadas, referidas en la letra anterior, no fueron tomadas en consideración al momento de dictar la resolución recurrida, razón por la cual, subsistirían en las bases de licitación aprobadas, los defectos señalados en la etapa de observaciones pertinente, lo que motiva la interposición del recurso de reposición, solicitando reconsiderar la inclusión de la cláusula vigésimo segunda sobre conciliación y arbitraje en el modelo de contrato aprobado como anexo de las bases de licitación ya referidas;

- i) Que, las empresas recurrentes, solicitan que además se tenga en consideración que el tenor de la cláusula de arbitraje es amplísimo, comprendiendo "cualquier conflicto que se produzca respecto a la interpretación, validez, ejecución, cumplimiento, terminación o resolución de este contrato", sin condecirse con el carácter de orden público del contrato de suministro ni de las normas legales y reglamentarias que lo gobiernan, que no pueden verse condicionadas en cuanto a su eficacia al parecer de un juez privado;
- j) Que, aducen a continuación, que la cláusula en cuestión, se presta al uso abusivo de la misma, pudiendo dar paso a que se promuevan ante la justicia privada cuestiones que por su naturaleza no son susceptibles de arbitraje o conciliación, como puede ser el cuestionamiento de un decreto o resolución de la autoridad;
- k) Que, argumentan adicionalmente, que existe un riesgo evidente de privatización de las relaciones entre comercializador y concesionario de servicio público en un sector que se encuentra intensamente regulado, pudiendo darse el caso de exoneración del cumplimiento de las obligaciones de derecho público que vienen impuestas por el ordenamiento sectorial eléctrico;
- l) Que, señalan finalmente, que existen materias, como las tarifarias, que son manifiestamente inarbitrables y que no pueden quedar sometidas en cuanto a su aplicación a la mera voluntad de un juez privado;
- m) Que, complementando sus argumentaciones, las recurrentes señalan que todos los defectos referidos han sido manifestados con motivo de la dictación del Decreto Supremo N° 14 de 2012, del Ministerio de Energía, que fija tarifas de Sistemas de Subtransmisión y de Transmisión Adicional y sus fórmulas de indexación, pues las grandes empresas generadoras, bajo el pretexto de conflicto en la interpretación y ejecución de sus respectivos contratos, han intentado sendas demandas arbitrales destinadas a dejar sin aplicación el mencionado Decreto N° 14. Dichos juicios arbitrales, aducen, interfieren directamente con la potestad regulatoria en materia tarifaria del Ministerio de Energía y de la Comisión Nacional de Energía, implicando un desconocimiento de la potestad de interpretación y aplicación de la normativa sectorial por parte de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Señala finalmente, que se trataría de conflictos artificialmente creados por las generadoras, cuya ocurrencia no sería

posible de no existir en los contratos la cláusula de arbitraje y de conciliación cuestionada;

- n) Que, solicitan concretamente, la revisión y reconsideración de la cláusula vigésimo segunda sobre conciliación y arbitraje del Anexo 18, ya referida, eliminándola de su texto o reemplazándola por otra que limite la procedencia de arbitraje a materias netamente privadas en que no se encuentre comprometida la interpretación, aplicación, ejecución o validez de las normas de orden público;
- o) Que las consideraciones y antecedentes sobre los cuales discurren las recurrentes en su recurso de reposición han sido analizados detenidamente por este Servicio;
- p) Que, se hace necesario considerar que el artículo 131° bis de la Ley dispone que corresponde a la Comisión, determinar las licitaciones de suministro necesarias para abastecer los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios, y que para tales efectos, el artículo 132° de la Ley señala que corresponde a la Comisión elaborar las bases de licitación, en las que se establecerá un contrato tipo de suministro de energía para servicio público de distribución, que regirá las relaciones entre la concesionaria de distribución y la empresa generadora adjudicataria respectiva;
- q) Que, por su parte, el inciso tercero del artículo 134° de la Ley dispone que los contratos tipo podrán contener mecanismos de resolución de conflictos entre las partes, como la mediación o arbitraje. Podrán establecerse diferentes tipos o clases de arbitraje, con o sin segunda instancia, en atención a la duración, cuantía, volumen, localización u otras características del contrato o de las partes;
- r) Que, el artículo 146° bis de la Ley dispone lo siguiente: "En todos los juicios que se inicien con el objeto de poner término a un contrato de suministro eléctrico que haya sido suscrito entre una empresa generadora y una empresa concesionaria de servicio público de distribución para abastecer a clientes regulados del sistema respectivo, la Superintendencia deberá hacerse parte en los mismos, con el objeto de aportar todos los antecedentes necesarios para resguardar las condiciones del suministro a los clientes regulados concernidos, correspondiéndole al juez disponer que la notificación al demandado sea coetánea a la de la Superintendencia.

Asimismo, una vez iniciado cualquier tipo de juicio entre las partes de un contrato de suministro eléctrico que haya sido suscrito entre una empresa generadora y una empresa concesionaria de servicio público de distribución para abastecer a clientes regulados del sistema respectivo, el juez o el árbitro deberá ordenar notificar dentro de las 24 horas siguientes a la interposición de la acción o recurso a la Superintendencia y a la Comisión, las que se entenderán autorizadas para todos los efectos legales a intervenir en cualquier etapa del juicio, según lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, cada vez que se deba resguardar el interés general de los clientes regulados”;

- s) Que, la disposición citada en el considerando anterior es clara en señalar que cada vez que se inicie cualquier tipo de juicio entre las partes de un contrato de suministro eléctrico, que haya sido suscrito entre una empresa generadora y una empresa concesionaria de servicio público de distribución, para abastecer a clientes regulados del sistema respectivo, serán notificadas en un plazo máximo de 24 horas, tanto la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, como la Comisión, las que podrán intervenir en cualquier etapa del juicio, cada vez que se deba resguardar el interés general de los clientes regulados, razón por la cual, el laudo arbitral que pudiera dictarse con motivo del ejercicio de la cláusula compromisoria cuestionada, debe tener en consideración la actuaciones o antecedentes presentados por la Comisión en uso de dicha facultad legal;
- t) Que, en consecuencia, se observa que el interés general de los clientes sometidos a regulación de precios, queda suficientemente resguardado mediante la participación obligatoria de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y de la Comisión en los juicios referidos, por lo que no se concibe una razón plausible para sustraer la aplicación de los juicios arbitrales en materias que se ventilen respecto de los contratos de suministro eléctrico que hayan sido suscritos entre una empresa generadora y una empresa concesionaria de servicio público de distribución, o entre esta última y uno o más clientes libres, sobre todo considerando que el arbitraje es el tipo de solución controversial más expedita y usualmente utilizada en casos similares para resolver conflictos entre privados;
- u) Que, asimismo, las argumentaciones señaladas por las recurrentes en el considerando i), respecto al amplio tenor de la cláusula cuestionada, que comprende “cualquier

conflicto que se produzca respecto a la interpretación, validez, ejecución, cumplimiento, terminación o resolución de este contrato" y su falta de adecuación al carácter de orden público del contrato de suministro, y a que las normas legales y reglamentarias que lo gobiernan no pueden ver condicionada su eficacia al parecer de un juez privado, deben ser ponderadas considerando que no es posible desprender como consecuencia lógica y necesaria del hecho de que un conflicto se resuelva en sede arbitral, el que se contravenga o pierdan eficacia las normas de orden público que gobiernan los contratos de suministro. En efecto, la cláusula cuestionada, considera, a falta de acuerdo de las partes, la designación, por parte de la justicia ordinaria, de un árbitro de derecho, el que por su naturaleza se encuentra obligado a tramitar el procedimiento y a fallar conforme a derecho, por lo que esta Comisión no vislumbra motivo plausible para cuestionar la falta de adecuación de un eventual laudo arbitral, con las normas legales y reglamentarias correspondientes;

- v) Que respecto del posible abuso que pudiera darse a la cláusula cuestionada, promoviendo en la justicia privada cuestiones que por su naturaleza no son susceptibles de arbitraje o conciliación, y respecto al hecho de que existen materias como las tarifarias que son manifiestamente inarbitrables, no pudiendo quedar sometidas en cuanto a su aplicación a la mera voluntad de un juez privado, se hace necesario considerar el punto "CINCO" de la cláusula cuestionada, que señala textualmente: "CINCO. En todo caso, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula [•], las modificaciones que hayan de introducirse al Contrato deberán limitarse a las que sean estrictamente necesarias para adecuarlo a las nuevas circunstancias, manteniéndose inalterados el precio, los mecanismos de indexación fijados al momento de la adjudicación y las demás condiciones y las estipulaciones esenciales del Contrato, resguardando en todo momento la transparencia y la no discriminación del proceso de Licitación que dio origen al presente Contrato";
- w) Que, en efecto, el punto señalado en el considerando anterior es claro en señalar que las modificaciones que puedan introducirse al contrato a propósito de la conciliación y arbitraje reseñados en esta resolución, deben limitarse a las estrictamente necesarias para adecuarlo a las nuevas circunstancias, manteniéndose inalterados el precio, los mecanismos de indexación fijados al momento de la adjudicación y las demás condiciones y estipulaciones esenciales del contrato, razón por la cual corresponde descartar tanto, un eventual riesgo de privatización de las

relaciones entre las partes del contrato, como el de la exoneración del cumplimiento de las obligaciones de derecho público que vienen impuestas por el ordenamiento sectorial eléctrico;

- x) Que, asimismo, las materias que tengan un origen netamente privado entre las partes del contrato, y que se sometan al arbitraje señalado en la cláusula cuestionada, pueden ser resueltas conforme al mérito de la naturaleza jurídica de las mismas, pudiendo ser dispuestas por las partes sin necesidad de adecuación obligatoria al marco legal, a diferencia de lo que sucede respecto a las materias de orden público;
- y) Que, respecto a que los defectos referidos han sido manifestados con motivo de la dictación del Decreto N° 14, que fija peajes de subtransmisión, pues las grandes empresas generadoras, bajo el pretexto de conflicto en la interpretación y ejecución de sus respectivos contratos, han intentado sendas demandas arbitrales destinadas a dejar sin aplicación el mencionado Decreto, razón por la que se interferiría en la potestad regulatoria en materia tarifaria del Ministerio de Energía y de la Comisión Nacional de Energía, y en la potestad interpretativa de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, es necesario señalar que el Decreto Supremo N° 14, del Ministerio de Energía, que fija tarifas de Sistemas de Subtransmisión y de Transmisión Adicional y sus fórmulas de indexación, es parte de la normativa sectorial eléctrica, y que a su vez, el Decreto Supremo N° 4 de 2008, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba Reglamento sobre Licitaciones de Suministro de Energía para Satisfacer el Consumo de los Clientes Regulados de las Empresas Concesionarias del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica, dispone en su artículo 76° que *"los Contratos se deberán someter en todo momento a la normativa vigente, debiendo contener cláusulas de negociación, resolución de conflictos, cambios o ajustes a los Contratos en caso de ser necesarios por cambios importantes de las circunstancias para contratar, así como cláusulas de actualización producto de cambios topológicos en el sistema"*. De esta manera, todos los contratos, sin excepción, deben someterse a la normativa vigente, lo que implica adecuación a la Ley, a su reglamento, a todos los decretos tarifarios que rigen en el mercado eléctrico y las normas técnicas, razón por la cual, naturalmente deben someterse también a lo establecido por el referido Decreto N° 14 para la correcta aplicación de la regulación tarifaria del segmento de subtransmisión;

- z) Que, adicionalmente a lo ya expuesto, cabe considerar que la cláusula recurrida contempla la circunstancia de que el árbitro de derecho que se designe, falla la causa en primera instancia, quedando plenamente vigente, la posibilidad de que la parte eventualmente agraviada por la resolución arbitral, pueda recurrir ante los Tribunales Ordinarios de Justicia según las reglas generales del ordenamiento jurídico; y
- aa) Que conforme a lo antes expuesto, este Servicio ha arribado a la decisión que se contiene en la parte resolutive de este acto administrativo.

RESUELVO:

I. Recházase, en todas sus partes, por las razones expuestas en la parte considerativa de este acto administrativo, el recurso de reposición presentado por las empresas CGE Distribución S.A., Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A., Empresa Eléctrica Atacama S.A., Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., Empresa Eléctrica de Iquique S.A., y Empresa Eléctrica de Arica S.A., con fecha 23 de junio de 2015, en contra de la Resolución Exenta N° 311, de la Comisión Nacional de Energía, de fecha 15 de junio de 2015;

II. Notifíquese la presente Resolución a las empresas señaladas en el numeral anterior.

Anótese y notifíquese



Distribución:

- Empresas recurrentes señaladas en REF
- Archivo Gabinete Secretaría Ejecutiva, CNE
- Archivo Departamento Jurídico CNE
- Archivo Departamento de Regulación Económica, CNE
- Archivo Oficina de Partes, CNE

Exp. 1441-2015 y 1533-2015