



Comparativa entre la legislación de servicios eléctricos y de gas: empresas relacionadas y licitaciones de suministro

Autor

Rodrigo Bermúdez Soto
rbermudez@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3950

De la revisión de la legislación de los servicios eléctricos y de los servicios de gas en lo relativo a empresas relacionadas y licitaciones de suministro por parte de las empresas de distribución es posible concluir que:

Nº SUP:

1. En materia eléctrica, existen normas expresas relacionadas al giro único que deben tener las empresas concesionarias de servicio público de distribución de electricidad.
Además, se contemplan normas especiales que limitan la participación en la propiedad de las empresas de servicio público de transporte de electricidad por parte de las empresas de generación y distribución eléctrica y los clientes no sometidos a regulación de precios.
2. No existen reglas similares en materia de servicios de gas. Si bien se contemplan algunas normas específicas relativas a grupos empresariales y personas relacionadas, su aplicación es limitada en atención a que el régimen general de determinación de tarifas es el de libertad para las empresas de distribución. En efecto, las normas existentes solamente se aplican para efectos de chequeos de rentabilidad y fijación de tarifas.
3. En lo que dice relación con la licitación de suministro, en materia eléctrica el proceso de licitación pública es el mecanismo que las empresas distribuidoras deben utilizar para la suscripción de los contratos con las empresas generadoras. Tal es la importancia que se le asigna a este mecanismo que estas licitaciones son llevadas adelante por la Comisión Nacional de Energía, a fin de asegurar los principios que la legislación eléctrica establece para estos procesos.
4. En materia de servicios de gas, no existe una obligación para las empresas distribuidoras de celebrar los contratos de suministros mediante licitación. Solamente se establece la obligación de realizar licitaciones públicas y además internacionales en el caso que un contrato de suministro quiera celebrarse con una empresa relacionada y solo para efecto de que el precio fijado en dicho contrato sea fijado de manera completa, ya sea en el proceso de chequeo de rentabilidad o de fijación de tarifas.

Introducción

A solicitud de la requirente se realiza la comparación entre la legislación de servicios eléctricos y de servicios de gas en dos aspectos específicos: primero: el régimen de licitaciones para contar con la provisión de electricidad o de gas para poder prestar el servicio a usuarios finales; segundo, el régimen legal aplica empresas relacionadas.

Si bien a primera vista pareciera que se trata de dos materias que no tendrían relación, ello no es así, pues en tanto en los servicios eléctricos como de gas se trata de servicios de carácter esencial para la población y, además, en ambos casos la actividad económica se divide en tres etapas: para el caso de los servicios eléctricos generación, transporte y distribución a usuarios finales de electricidad. En el caso de los servicios de gas se encuentra compuesta por la importación o producción de gas, transporte y distribución a usuarios finales. El análisis se realiza por industria; las conclusiones se encuentran en el resumen de este documento.

De manera previa, se establece que es lo que se debe entender por grupo empresarial y personas relacionadas con una sociedad conforme con la ley de Mercado de Valores y por operaciones con personas relacionadas de acuerdo con la ley de Sociedades Anónimas.

I. Grupo empresarial, personas relacionadas y operaciones con personas relacionadas

La Ley N° 18.045 de Mercado de Valores en su Título XV define lo que se debe entender por grupos empresariales y empresas relacionadas. Así los primeros conforme al artículo 96, un grupo empresarial

es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.

Luego el mismo artículo establece qué personas forman parte de un mismo grupo empresarial: a) Una sociedad y su controlador; b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y c) Toda entidad que determine la Comisión de Mercado Financiero. En este último caso, se establecen además las circunstancias en que dicha comisión puede establecer tal calificación.

El artículo 100 de este mismo cuerpo legal establece quienes se consideran personas relacionadas con una sociedad:

- a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;
- b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046;
- c) Quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos, y
- d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.

La Comisión podrá establecer mediante norma de carácter general, que es relacionada a una sociedad toda persona natural o jurídica que por relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación, haga presumir que:

- 1.- Por sí sola, o con otras con quienes tenga acuerdo de actuación conjunta, tiene poder de voto suficiente para influir en la gestión de la sociedad;
- 2.- Sus negocios con la sociedad originan conflictos de interés;
- 3.- Su gestión es influenciada por la sociedad, si se trata de una persona jurídica, o
- 4.- Si por su cargo o posición está en situación de disponer de información de la sociedad y de sus negocios, que no haya sido divulgada públicamente al mercado, y que sea capaz de influir en la cotización de los valores de la sociedad.

No se considerará relacionada a la sociedad una persona por el sólo hecho de participar hasta en un 5% del capital o 5% del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones, o si sólo es empleado no directivo de esa sociedad.

Por su parte, el Título XVI de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas regula las operaciones con partes relacionadas en que participan este tipo de sociedades. El artículo 146 define estas operaciones como aquellas en que participa una sociedad anónima

toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las siguientes personas:

- 1) Una o más personas relacionadas a la sociedad, conforme al artículo 100 de la ley N° 18.045.
- 2) Un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, por sí o en representación de personas distintas de la sociedad, o sus respectivos cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive.
- 3) Las sociedades o empresas en las que las personas indicadas en el número anterior sean dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital, o directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales.
- 4) Aquellas que establezcan los estatutos de la sociedad o fundadamente identifique el comité de directores, en su caso, aun cuando se trate de aquellas indicadas en el inciso final del artículo 147.
- 5) Aquellas en las cuales haya realizado funciones de director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador, un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, dentro de los últimos dieciocho meses.

Ese mismo cuerpo legal, en su artículo 147, permite las operaciones con partes relacionadas, estableciendo dos tipos: por una parte, aquellas para cuya ejecución se requiere solamente aprobación del directorio de la sociedad anónima en atención a su monto o por ser parte de la política de operaciones habituales de la empresa; por la otra, aquellas que se encuentran sujetas al cumplimiento de ciertos procedimientos y requisitos establecidos en ese mismo artículo; su incumplimiento podrá generar responsabilidad para administradores y directores que autoricen y participen de ellas. En ambos casos este tipo de operaciones deben tener por objeto

contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, y cumplan con los requisitos y procedimientos [...]

II. Legislación eléctrica

El marco normativo de la industria eléctrica se encuentra contenido, principalmente, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018 de, Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante, DFL N°4), del Ministerio de Economía del año 2006. Según su artículo 1° su objeto es regular

La producción, el transporte, la distribución, el régimen de concesiones y tarifas de la energía eléctrica y las funciones del Estado relacionadas con estas materias [...]

Conforme este cuerpo legal, la industria eléctrica se encuentra dividida en tres sectores: generación de electricidad; transporte de electricidad; y, distribución de electricidad. El artículo 7° de este mismo cuerpo legal asigna la calidad de servicio público eléctrico a una parte de la distribución y a una parte al transporte de electricidad. Respecto de la distribución, establece que es servicio público eléctrico

el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros.

En el caso del transporte de electricidad establece que es servicio público eléctrico

el transporte de electricidad por sistemas de transmisión nacional¹, zonal y para polos de desarrollo de generación².

Por su parte, la generación de electricidad no es considerada como servicio público, sino que como un sector libre. No obstante, la instalación de ciertas centrales de generación de electricidad, se encuentran sujetas a régimen de concesión y, además, se encuentra sometida a una regulación más intensa que otras actividades económicas en razón de tratarse de un servicio que es de naturaleza esencial para la ciudadanía lo que explica además el carácter de servicio público de algunas formas de transporte de electricidad y de formas de distribución de electricidad.

1.- Regulación de las empresas relacionadas

Para el caso de las empresas que son concesionarias de servicio público de distribución, el artículo 8 ter del DFL N° 4 establece que ellas deben constituirse como sociedades anónimas o cerradas, de giro

¹ El artículo 74° define estos sistemas como “aquel sistema que permite la conformación de un mercado eléctrico común, interconectando los demás segmentos de la transmisión, y estará constituido por las líneas y subestaciones eléctricas que permiten el desarrollo de este mercado y posibilitan el abastecimiento de la totalidad de la demanda del sistema eléctrico, frente a diferentes escenarios de disponibilidad de las instalaciones de generación, incluyendo situaciones de contingencia y falla, considerando las exigencias de calidad y seguridad de servicio establecidas en la presente ley, los reglamentos y las normas técnicas.”.

² El artículo 75° define los sistemas de transmisión para polos de desarrollo como aquellos “constituidos por las líneas y subestaciones eléctricas, destinadas a transportar la energía eléctrica producida por medios de generación ubicados en un mismo polo de desarrollo, hacia el sistema de transmisión, haciendo un uso eficiente del territorio nacional.”.

exclusivo³, sujetas a las obligaciones de información y publicidad. Además, este mismo artículo sujeta a estas empresas a las normas sobre operaciones entre empresas relacionadas a que hicimos referencia previamente.

Similares reglas se establecen para las empresas que operan o que son propietarias de sistemas de transmisión nacional de electricidad (y que por tanto tienen el carácter de servicio público) en cuanto a que deban ser sociedades anónimas abiertas o cerradas sujetas a las normas de transparencia y publicidad. Sin embargo, existen diferencias en cuanto a lo que a ellas se les prohíbe dedicarse, por sí, ni a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma, el giro de generación o distribución de electricidad. Sin embargo, pueden explotar otros giros distintos de los anteriores, pero siempre a través de sociedades anónimas filiales o coligadas.

Para el caso de las empresas que participan del segmento de generación, en tanto, se establece como exigencia que ellas deben constituirse como sociedades de generación eléctrica con domicilio en Chile, ya sea que se trate de propietarios, arrendatarios, usufructuarios o que la exploten a cualquier título, y siempre que la o las centrales respectivas se encuentren interconectadas al sistema eléctrico y su operación sea coordinada por el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (artículo 8° bis DFL N° 4).

Por parte del legislador existe una especial preocupación por la participación en la propiedad de las empresas de transmisión eléctrica, ya sea directa o indirectamente, por parte de las empresas de generación y distribución de electricidad y los usuarios no sometidos a regulación de precios, lo que se expresa en el establecimiento de límites en la propiedad de las primeras por parte de estos tres últimos. Con este objeto se establecen límites de participación de carácter individual y de carácter global. En el caso del primer límite el artículo 7° inciso séptimo del DFL N° 4 establece que este no puede exceder del ocho por ciento del valor de inversión total del sistema de transmisión nacional. El límite global en tanto exceder del cuarenta por ciento del valor de inversión total del sistema nacional.

Para la determinación de cada límite se considera además la propiedad de grupos empresariales o personas jurídicas o naturales que formen parte de empresas de transmisión o que tengan acuerdos de actuación conjunta con las empresas transmisoras, generadoras y distribuidoras.

2.- Régimen de licitaciones de electricidad

En el caso de las empresa de los servicios públicos de distribución eléctrica, el artículo 131 inciso primero del DFL N° 4 establece el principio general de que ellas deben contar con un suministro permanente de electricidad para satisfacer las necesidades de sus usuarios. Con este objeto este artículo dispone:

Las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo de sus clientes sometidos a regulación de precios.

³ De manera excepcional se permite que cooperativas operen servicios públicos de distribución de electricidad y, en caso que no sean de giro único ellas deben llevar contabilidad separada respecto de este parte de su giro.

Para dichos efectos, aquéllas deberán contar con contratos de suministro, los cuales deberán ser el resultado de procesos de licitación pública.

Para asegurar el cumplimiento de esta obligación se establece un proceso de licitaciones públicas cuyo objeto será que las empresas de distribución puedan celebrar los contratos de largo plazo requeridos con las empresas de generación.

A fin de asegurar la mayor transparencia de estos procesos, pues sus resultados impactarán en los procesos de fijación de tarifas para usuarios finales, los procedimientos de licitación pública son llevados adelante por la Comisión Nacional de Energía. Se trata de procesos de licitación que deben cumplir los principios de no discriminación arbitraria, transparencia y estricta sujeción a las bases de licitación.

Además, el artículo 131 bis del DFL N° 4 establece que se deben satisfacer los objetivos de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación y siempre al menor costos de suministro. Con este fin, la elaboración de las bases de licitación se debe hacer de acuerdo con la información proporcionada por las propias empresas de distribución. En las bases se debe considerar, entre otros aspectos, la cantidad de energía a licitar, los bloques de suministros y el tiempo de duración de los contratos, que no puede ser superior a veinte años (artículo 132). Además, se autoriza a que una misma licitación agrupe los requerimientos de electricidad para más de una empresa.

Conforme con el artículo 134 del DFL N° 4, la adjudicación de la licitación es efectuada por las empresas de distribución y ella se debe hacer a la o las empresas que, cumpliendo con las exigencias contenidas en las bases de licitación realicen la o las ofertas más económicas. Sobre este punto se debe hacer presente además el artículo 135 del DFL N° 4, según el cual el valor máximo de las ofertas de energía para cada bloque es fijado por la Comisión Nacional de Energía a través de un acto administrativo reservado que solo es revelado una vez que se abren las ofertas económicas de las empresas.

III. Legislación de servicios de gas

El Decreto con Fuerza de Ley N° 323, Ley de Servicios de Gas de 1931, del Ministerio del Interior (en adelante DFL N° 323) es el cuerpo normativo que regula, conforme su artículo 1

[e] transporte, la distribución de gas de red concesionada y no concesionada, la comercialización de gas, el régimen de concesiones y tarifas de gas de red, y las funciones del Estado relacionadas con estas materias [...].

En su artículo 2 numeral 9 se define el servicio público de distribución de gas como

el suministro de gas que una empresa concesionaria de distribución efectúe a clientes o consumidores ubicados en sus zonas de concesión, o bien a clientes o consumidores ubicados fuera de dichas zonas que se conecten a las instalaciones de distribución de la concesionaria mediante redes propias o de terceros.

Conforme con el artículo 3 se requiere contar con una concesión para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas, las que son otorgadas por el Ministerio de Energía, según lo establece el artículo 7.

A diferencia de lo que ocurre en materia eléctrica no existe en este caso una regulación de la forma jurídica que las empresas concesionarias de servicio público de distribución de gas deban tener para poder tener la calidad de concesionarias. Asimismo, no se establece obligaciones de contar con giro único o bien de no participar o tener una participación limitada en otros segmentos de esta industria.

A diferencia de lo que ocurre en los servicios de distribución de electricidad, en que la regla general es que se trate de un servicio cuya tarifa se encuentra regulada, en el caso de los servicios de distribución de gas, de transporte, o servicios entre empresas de gas se rige por el principio de libertad tarifaria, de acuerdo con el artículo 30 inciso primero del DFL N° 323. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 30 bis de este mismo cuerpo legal establece, para el caso de las empresas concesionarias de distribución de gas, una tasa de rentabilidad económica máxima para una determinada zona de concesión. A partir de un chequeo de rentabilidad la Comisión Nacional de Energía determina si se cumple o no con la referida tasa y, en caso de que ella sea superada, se procede a la regulación de tarifas para esa determinada zona de concesión.

1.- Regulación de empresas relacionadas

En el caso de la regulación del servicio de gas no existe una regulación de carácter general de la situación de las empresas relacionadas (sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de la ley de sociedades anónimas y de la ley de mercado de valores, en lo que les sea aplicable). Solamente existe regulación aplicable para el chequeo de rentabilidad de las empresas y para los procedimientos de regulación de tarifas.

Así, en relación con el procedimiento de chequeo de rentabilidad, el artículo 33 quinquies que regula la determinación del costo del gas al ingreso del sistema de distribución, establece su forma de cálculo. En lo que interesa, establece que, cuando la compra de gas se hubiese realizado a empresas del mismo grupo empresarial a que pertenece la empresa concesionaria o a personas relacionadas el costo del gas solamente considerará tales contratos de suministro si éstos han sido el resultado de procesos de licitaciones públicas e internacionales. En caso de no cumplir con este y otros requisitos adicionales, el gas será valorizado al menor precio de compra calculado con base en los contratos de importación de largo plazo existentes con el mercado internacional

La Ley N° 20.999 modificó el DFL N° 323 estableciendo el nuevo régimen de tarificación para el caso que una empresa distribuidora supere la tasa de rentabilidad económica, en su artículo duodécimo transitorio contiene una excepción aplicable a los contratos suscritos, previo a la entrada en vigencia de este cuerpo legal, con empresas que forman parte del mismo grupo empresarial o personas relacionadas. Tal excepción es que no se aplican a dichos contratos las reglas de determinación del costo del gas cuando tales contratos no son resultado de licitaciones públicas internacionales, sino que las reglas contenidas en esta norma transitoria. Para estos casos, se establece que la Comisión Nacional de Energía debe determinar si tales contratos son económicamente eficientes, de acuerdo a las condiciones de mercado, a partir de la determinación del precio promedio proyectado de los contratos existentes con el mercado internacional

En lo que dice relación con el procedimiento de fijación de tarifas se establece una norma similar. El artículo 40-A establece como uno de los elementos para la determinación de las tarifas⁴ al valor del gas al ingreso del sistema de distribución (VGSID) que, según el artículo 40-B inciso primero

se compone del o los precios del o los contratos de compra del gas, más el valor de los demás costos para llevar el gas hasta las instalaciones de distribución, tales como transporte, almacenamiento y regasificación, cuando corresponda, si éstos no estuvieren incluidos en el contrato de suministro de gas.

Al igual que en el caso anterior, se considera el valor de los contratos celebrados con empresas del mismo grupo empresarial o entidades relacionadas en la medida que ellos son resultados de licitaciones públicas e internacionales. En caso de no cumplirse con estos requisitos el VGSID es valorizado, de acuerdo al inciso cuarto del artículo 40-B

al menor precio de compra del gas calculado en base a los contratos de importación de largo plazo existentes con el mercado internacional, incluyendo su fórmula de indexación y si corresponde los demás costos para llevar el gas hasta el ingreso del sistema de distribución [...].

En relación con VGSID, el valor agregado de distribución y el valor de los servicios afines, el artículo 40-J dispone que ellos son establecidos por un estudio de costos efectuado por una empresa consultora que es contrata por la Comisión de Energía, a partir de un proceso de licitación pública. En tal proceso se prohíbe la participación de empresas consultoras que se encuentran relacionadas con la empresa de servicio público de distribución de gas respectiva ni tampoco empresas consultoras cuyos socios, directores, gerentes o representantes legales, tengan o hayan tenido una relación contractual de carácter permanente o periódica con las mismas en el último año contado desde la convocatoria a licitación.

2.- Régimen de licitación de gas

Como se señaló previamente, el principio en materia de servicios de gas es el de libertad tarifaria, por lo que la obligación de suscribir por parte de las empresas distribuidoras de gas contratos de suministro mediante mecanismos de licitación pública no es obligatorio como ocurre en materia eléctrica.

Solamente con la entrada en vigencia de la tasa de rentabilidad económica máxima y del chequeo de rentabilidad de las empresas concesionarias, se han establecido normas de licitación pública. Una cuestión que llama la atención es que, a diferencia de lo que ocurre en materia eléctrica, en este caso no solo basta que se trate de licitaciones públicas, sino que ellas deben ser de carácter internacional.

Como se señaló previamente, en este caso las licitaciones públicas e internacionales son relevantes para el caso de que la empresa concesionaria de distribución haya celebrado contratos de suministros con otra empresa relacionada pues será este mecanismo el que permitirá determinar si dicho contrato se ajusta a precios de mercado.

⁴ El otro elemento, según este mismo artículo es el valor agregado de distribución (VAD).

En razón de lo anterior, el artículo 33 quinquies, inciso segundo establece que estos procedimientos de licitación deben cumplir con los principios de no discriminación arbitraria, transparencia y estricta sujeción a las bases de licitación. Ese mismo inciso establece que, para realizar la licitación, la empresa concesionaria o la empresa relacionada debe contar con instalaciones que permitan realizar importaciones de gas, tales como terminales marítimos de regasificación de gas natural licuado o gasoductos internacionales, o contratos de uso de tales instalaciones.

En lo que dice relación con las bases de licitación el artículo 33 sexies dispone que ellas son elaboradas por la empresa concesionaria y deben contar con aprobación previa de la Comisión Nacional de Energía. A fin de asegurar el principio de estricta sujeción a las bases y de no discriminación arbitraria, se establece que los oferentes no pueden ofrecer calidades especiales de servicio ni incluir regalías o beneficios adicionales al suministro.

En relación con la adjudicación se establece que ella debe ser efectuada a las ofertas más económicas de acuerdo con las condiciones establecidas en las bases de licitación para su evaluación. Facultativamente, la Comisión Nacional de Energía puede fijar para cada licitación el valor máximo de las ofertas de suministro en un acto administrativo de carácter reservado hasta la apertura de las ofertas.

Fuentes normativas

Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, disponible en: <https://bcn.cl/2f8r5> (Septiembre, 2022).

Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas, disponible en: <https://bcn.cl/2f77s> (Septiembre, 2022).

Decreto con Fuerza de Ley N° 323, del Ministerio del Interior del año 1931, Ley de Servicios de Gas, disponible en: <https://bcn.cl/2fhr1> (Septiembre, 2022).

Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, del Ministerio de Economía de 2006, Ley General de Servicios Eléctricos, disponible en: <https://bcn.cl/34ncw> (Septiembre, 2022).

Ley N° 20.999 modifica la ley de servicios de gas y otras disposiciones que indica, disponible en <https://bcn.cl/31a6q> (Septiembre, 2022).

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)