

Principios y buenas prácticas regulatorias en el sector gasífero. Análisis del proyecto de ley que modifica la Ley de Servicios de Gas

Principles and regulatory practices in the gas sector. Analysis of the draft law amending the law of gas services

Marina Serrano González*

Actualmente se está tramitando en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que modifica y completa la Ley General de Servicios de Gas de Chile (el "Proyecto de ley"). El Proyecto de ley aspira a modernizar la Ley General de Servicios de Gas ("Ley de Servicios de Gas" o "LSG") para enfrentar las actuales exigencias regulatorias de los servicios de gas y para colmar determinadas lagunas que el actual cuerpo normativo mantiene, en concreto, en relación con la metodología para el cálculo de la rentabilidad de las empresas concesionarias, el procedimiento para llevar a cabo el chequeo anual de rentabilidad, así como el régimen y metodología para la fijación de tarifas.

Este artículo analiza las modificaciones introducidas por el Proyecto de ley desde el punto de vista de los principios regulatorios comúnmente aceptados internacionalmente en el sector gasífero.

Palabras clave: Regulación, gas, libre competencia, Ley de Servicios de Gas de Chile.

A bill which amends and completes the Chilean Gas Services Act (hereinafter, the "Bill") is currently being discussed at the Chamber of Deputies of Chile. The Bill aims to update the Chilean Gas Services Act, dated 1931, for its adaptation to the modern standards of the energy sector regulation as well as to fill certain legal gaps of the current regulatory framework in Chile – in particular, in connection with the methodology and remuneration of scheme of the gas supply activity in Chile.

This paper analyzes the amendments introduced by the Bill, from the standpoint of the regulatory principles commonly accepted at an international level in the gas sector.

Keywords: *Regulation, gas, freedom of establishment, Gas Services Act (Chile).*

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogada del Estado y Of Counsel del Área de Derecho Público de Pérez-Llorca, Madrid, España. Correo electrónico: mserrano@perezllorca.com

Recibido el 3 de agosto de 2015 y aceptado el 27 de junio de 2016.

I. Aproximación a los principios de regulación energética comúnmente aceptados

El sector energético es clave para el desarrollo económico y el bienestar social de una sociedad. Por ello, los mercados energéticos han sido siempre objeto prioritario de las políticas económicas de los gobiernos.

La importancia estratégica de este sector, unido a la naturaleza de los mercados energéticos, en los que, de una parte, determinadas actividades generan situaciones en las que la competencia real puede verse afectada y, de otra, es necesaria la protección de los consumidores para garantizar el suministro en condiciones de calidad y a precios competitivos, justifican la necesidad de una intervención pública que reviste características especiales respecto a otros sectores económicos. En este sentido, numerosos autores afirman que la regulación energética presenta una naturaleza política, económica y jurídica¹.

La regulación es el instrumento de los poderes públicos que permite crear un marco estable en el que se desarrollen las políticas energéticas de los gobiernos. En este sentido, se pueden identificar unos principios comunes que la regulación debe preservar, y que examinaremos a continuación.

En los mercados energéticos y, en particular, en el gasífero, la regulación parte de conjugar la libertad de mercado junto con la necesaria supervisión de los poderes públicos para garantizar un suministro estable y de calidad a los ciudadanos.

Los objetivos públicos perseguidos por la regulación han de garantizar la prestación de un servicio esencial o "de interés general" (en terminología propia del derecho europeo) en condiciones de continuidad, igualdad y seguridad en el suministro, de forma eficiente y sostenible en el tiempo y a precios competitivos.

A lo anterior cabe añadir que el modelo regulatorio y, especialmente, el régimen retributivo aplicable a las inversiones de los operadores energéticos, variará en función de los objetivos perseguidos. En este sentido, el incentivo a la inversión, juega como un factor determinante para una región en la que se persigue el desarrollo de una red hasta el momento insuficiente.

Partiendo de la anterior premisa, se ha demostrado que entre los distintos modelos de organización implementados para la regulación de la energía, el que presenta más aspectos positivos está basado en la libertad de mercado, conjugada necesariamente con la intervención pública a través de la actividad regulatoria y de supervisión².

A estos efectos, tanto de la doctrina científica, jurídica y económica, como de las normas jurídicas y la jurisprudencia de los Estados de las economías

¹ DEL GUAYO CASTIELLA 2010 o GARCÍA DELGADO y JIMÉNEZ 2007.

² MORENO 2012.

modernas, pueden extraerse determinados principios y buenas prácticas regulatorias tendentes a garantizar la prestación de un servicio de interés general en condiciones de continuidad y seguridad, tanto para los operadores del mercado, como para el consumidor final.

El primero de ellos, sería el *principio de libre competencia*. La competencia en el sector energético no es un fin en sí mismo, sino que opera como instrumento para que los consumidores obtengan un suministro de energía de calidad a precios competitivos. La competencia entre empresas obliga a actuar de manera eficiente y a ajustar los precios finales al consumidor. Más aún, la competencia es la que motiva la innovación y la creación de nuevos servicios y productos.

La libertad de mercado convive con la existencia de mecanismos de protección de los consumidores de gas natural. Sin embargo, estas medidas de protección no deben en ningún caso distorsionar el funcionamiento del mercado, ni crear discriminaciones entre agentes.

La regulación ha de garantizar que las actuaciones de los poderes públicos que pueden limitar la libre competencia siempre estén justificadas, y que dicha intervención solo tenga lugar cuando sea estrictamente necesaria y siempre de manera proporcional al fin perseguido.

La protección de la libre competencia, como base necesaria para la creación de mercados eficientes y más favorables para los consumidores, exige que los poderes públicos no impongan medidas restrictivas desde el punto de vista de la competencia, cuando el objetivo legítimo que se persigue podría lograrse con mecanismos menos gravosos (*principio de mínima intervención*).

A este respecto, debe traerse a colación el *principio de proporcionalidad* en virtud del cual se debe velar para que los mecanismos regulatorios elegidos sean el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, sin que existan otras medidas que permitan obtener el mismo resultado. El *principio de necesidad*, por su parte, exigiría motivar el carácter indispensable de la intervención y su adecuación a los fines perseguidos.

Saltando a otro principio regulatorio, el diseño de las normas debe permitir su aplicación eficaz (*principio de eficacia*). Un marco normativo eficaz es aquel que obtiene la consecución de los objetivos definidos y, para ello, la aplicación de la normativa debe ser viable y lo más sencilla posible.

La eficacia de un marco normativo exige que pueda ser aplicable en sí mismo, sin lagunas legales, ni remisiones excesivas a desarrollos reglamentarios que generen indeterminación para el sector regulado. Asimismo, cuando una norma con rango de ley defiera el detalle de su aplicación a normas reglamentarias y la aprobación de estas se retrasase en el tiempo frente a los plazos previstos, o incluso no llegue a desarrollarse.

En palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), los responsables de la reglamentación deben evaluar las instituciones por medio de las cuales la reglamentación surtirá efecto, y poner en práctica estrategias de aplicación eficaces que permitan optimizar la utilización de estos medios³.

Además de eficaz, todo *marco regulatorio* debe ser *sólido, estable y predecible*. La inestabilidad regulatoria perjudica el desarrollo de las inversiones y desincentiva la entrada de nuevos operadores en el mercado, dotándole de menor competencia y, en consecuencia, favoreciendo un mercado ineficiente y más costoso, en última instancia, para los consumidores.

Los cambios normativos no deberían ser aplicados a situaciones pasadas y, en la medida de lo posible, deben contemplarse regulaciones transitorias que permitan que los operadores del mercado puedan adaptarse a las mismas (*principio de no retroactividad de las normas*)⁴.

Y ello, en la medida en que las alteraciones repentinas del marco normativo no solo dificultan a los agentes la necesaria planificación de su conducta a medio y largo plazo, sino que estos cambios, al ser imprevisibles, frustran, sin apenas margen de reacción, las legítimas expectativas creadas en base a la regulación anterior.

Los *principios de seguridad jurídica y de confianza legítima* no impiden una innovación dinámica del ordenamiento jurídico, y ni siquiera impiden que las nuevas previsiones normativas puedan ser aplicadas a situaciones preexistentes (la llamada retroactividad "impropia"). No obstante, exigen que la innovación normativa, sobre todo si resulta imprevisible, se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas que amortigüen, moderen y minimicen en lo posible la frustración de los legítimos derechos y las expectativas generadas por la normativa anterior, como han señalado, entre otros reguladores, la Comisión Nacional de la Energía en España.

Deben así conjugarse los intereses públicos subyacentes en la innovación del ordenamiento jurídico, junto con la protección de la posición jurídica de cada operador.

El Derecho de la Unión Europea ha acogido en este sentido el concepto de confianza legítima, como corolario del principio de seguridad jurídica, e implica que las normas no pueden afectar a situaciones jurídicas nacidas y

³ OCDE 1995, 11, Question N° 10.

⁴ El principio de irretroactividad se recoge en Derecho comparado bajo distintas acepciones. Así, por ejemplo: (i) el artículo 2 del Código Civil francés señala *La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*; (ii) el artículo 11 del Código Civil italiano se expresa en los siguientes términos: *La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*; o (iii) el artículo I sección 10 de la Constitución de los Estados Unidos de América, donde se recoge la prohibición de dictar leyes *ex post facto* o que menoscaben las obligaciones de derivan de los contratos indica: *No State shall (...) pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility*.

concluidas al amparo de la norma anterior (retroactividad "propia") salvo en casos excepcionales si "el fin a alcanzar lo exige" y con justificación clara e inequívoca⁵. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) admite la retroactividad impropia, que evita la petrificación del ordenamiento jurídico, y su adaptación a la coyuntura económica. Pues bien, en dichos supuestos, es necesario, en base al principio de seguridad jurídica, que el poder público prevea medidas transitorias. En palabras del TJUE, *el principio de protección de la confianza legítima prohíbe (...) modificar dicha normativa sin acompañarla de medidas transitorias*⁶.

Así, los operadores económicos tienen derecho, con base al principio de protección de la confianza legítima a que, en caso de modificar una situación existente en cuya estabilidad los operadores confiaban legítimamente, se adopten medidas transitorias o períodos razonables de *vacatio legis* con el fin de proteger las actuaciones económicas realizadas bajo el amparo de la normativa anterior, y poder adaptarse a la nueva situación, o a que se implementen medidas compensatorias o indemnizatorias por las pérdidas sufridas.

En relación con la retribución de las empresas reguladas, se reconoce con carácter general que se debe garantizar la recuperación de las inversiones realizadas, entendiéndose por ello, no solo el derecho a la recuperación de los costes de capital prudentemente incurridos, sino también una tasa de retribución de las inversiones que refleje correctamente la combinación de los costes de financiación pertinentes (*principio de recuperación de la inversión*).

En aras de garantizar los principios enunciados hasta aquí, y con el fin de dotar de una mayor certidumbre a los operadores la necesidad de la supervisión específica de sectores técnicamente muy especializados, aparecen organismos reguladores independientes, encargados de la supervisión y regulación del mercado (*principio de institucionalidad regulatoria*).

Las autoridades reguladoras en materia energética son una realidad en los países de nuestro entorno, y han de estar dotadas de una configuración institucional propia que asegure el ejercicio de sus competencias con autonomía e independencia dentro del marco normativo de cada Estado.

En efecto, los organismos reguladores deben ser autónomos, tanto frente a las decisiones y vaivenes políticos, lo que coadyuva a la estabilidad del sistema, como frente a los operadores del mercado, eliminándose toda confusión entre regulador y regulado. En caso de que existan varios organismos reguladores con competencias sobre un mismo sector, deben delimitarse adecuadamente las potestades de cada uno de ellos, de manera que los su-

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) asunto C-98/78., "20 Although in general the principle of legal certainty precludes a Community measure from taking effect from a point in time before its publication, it may exceptionally be otherwise where the purpose to be achieved so demands and where the legitimate expectations of those concerned are duly respected (...)"

⁶ TJCE, 16 de mayo de 1979, 1801

jetos regulados tengan claro cuáles son el papel, los objetivos y las funciones de cada uno de los organismos que supervisan el mercado.

La OCDE ha afirmado que deben existir entidades regulatorias independientes en determinadas situaciones y, entre ellas, cuando "las decisiones de las entidades regulatorias puedan tener impactos económicos significativos en las partes reguladas y sea necesario proteger la imparcialidad de la entidad"⁷.

En este sentido, el principio de institucionalidad regulatoria adquiere una segunda dimensión. Los organismos independientes reguladores deben intervenir en aquellos supuestos y circunstancias que afecten al ámbito material de sus competencias. En consecuencia, no es adecuado que se adopte una decisión sobre una materia sin la participación de las instituciones a las que el ordenamiento jurídico les atribuye las competencias específicas sobre las cuestiones que se dilucidan, ya sean sectoriales u horizontales en el ámbito de defensa de la competencia.

Por último, en relación con el principio de institucionalidad regulatoria, un marco institucional que dote de mayor seguridad jurídica a los operadores del mercado, y recoja la aplicación del principio de contradicción, debe contar con instancias externas, técnicas e independientes, que puedan conocer las controversias, fundamentalmente de carácter técnico, que planteen los operadores en los principales hitos de los procedimientos que les afecten. De este modo, además de dotar de cauces adecuados (y más ágiles) a la resolución de las discrepancias entre operadores y reguladores, se consigue mitigar la judicialización excesiva del sector.

Hasta aquí se han expuesto de forma genérica cuáles son los principios de regulación comúnmente aceptados, en los sectores energéticos y, por ende, en el sector gasífero. A los principios expuestos de libre competencia, proporcionalidad, necesidad, eficacia, estabilidad y seguridad jurídica, recuperación de inversiones e institucionalidad regulatoria, cabe añadir un valor no menos importante, que ha adquirido especial relevancia en los últimos tiempos, como es la sostenibilidad ambiental, especialmente, en la planificación e implementación de las infraestructuras energéticas.

La regulación energética y las políticas energéticas de los Gobiernos deben ir unidas necesariamente al cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad ambiental. En el mundo actual, cualquier actuación energética antes de ser abordada debe ser analizada desde el punto de vista de sus consecuencias ambientales. Es más, la regulación energética está imbricada e indisolublemente unida a la regulación ambiental. Ello muy especialmente afecta a las infraestructuras de red.

⁷ OCDE 2012, recomendación 7.3.

II. Análisis del proyecto de ley por el que se modifica la Ley de Servicios de Gas en Chile

En esta sección analizaremos el Proyecto de ley desde el punto de vista de los principios y buenas prácticas regulatorias que se han expuesto.

Con carácter previo a abordar el análisis de las novedades introducidas por el Proyecto de ley, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, pese al crecimiento del mercado de distribución de gas en Chile en los últimos años, la regulación que actualmente rige los servicios de gas data de 1931. Además, la Ley de Servicios de Gas únicamente ha sido objeto de tres enmiendas hasta la fecha, teniendo lugar la última de ellas en 1989.

Debe destacarse lo acertado de completar la regulación del sector del gas natural en Chile, por cuanto existen actualmente determinados aspectos susceptibles de ser desarrolladas o completados en aras de una mayor certidumbre jurídica y eficacia normativa. De este modo, y recordando el principio de eficacia expuesto anteriormente, la actual Ley de Servicios de Gas no estaba resultando eficaz toda vez que determinados aspectos de la misma no han tenido el desarrollo suficiente para ser aplicados⁸.

Sin perjuicio de que algunos de los elementos introducidos por el Proyecto de ley son acertados, un análisis en profundidad del mismo permite apreciar, sin embargo, que la gran parte de las novedades introducidas pueden resultar inconvenientes con los fines que se persiguen con la reforma, en particular, de desarrollo de la red⁹.

Como punto de partida, cabe señalar que el régimen retributivo de las empresas concesionarias de servicios del gas natural en Chile siempre se ha regido por el principio de libertad tarifaria. Adicionalmente, bajo el régimen actual, cabe de manera excepcional la posibilidad de que, para determinadas concesionarias, en específicas circunstancias, y en relación con un colectivo limitado de consumidores, el Ministerio de Energía pueda determinar, a solicitud del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), la aplicación obligatoria de tarifas.

⁸ Así lo señala el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su informe N° 12/2015, al recordar que la Ley de Servicios del Gas preveía su desarrollo normativo, sin que este se haya producido, y lo hace en los siguientes términos: *Como consecuencia de no haberse ejercido la referida potestad legislativa delegada, el marco jurídico aplicable al chequeo de rentabilidad y la determinación de la tasa de costo anual de capital es insuficiente y adolece de vacíos normativos. Tales vacíos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 18.856, deberían ser subsanados mediante una norma de rango legal; exigencia que es concordante con lo dispuesto en el artículo 19 Nos 21 y 24 y en el artículo 63 N° 18, ambos de la Constitución Política de la República. Hasta la fecha, ello no ha ocurrido.*

⁹ Los fines perseguidos con la reforma se encuentran recogidos en el informe presentado por el Ministerio de Energía del Gobierno chileno en mayo de 2014 denominado *"Agenda de Energía: un desafío de país, progreso para todos"* y que fija la hoja de ruta para construir y ejecutar una política energética de largo plazo que tenga validación social, política y técnica. Pues bien, entre los principios y objetivos perseguidos, se señala que el Estado debe asegurar un desarrollo dinámico de las inversiones que el país requiere para contar con energía suficiente y a precios razonables.

Bajo la legislación vigente, la aplicación de la tarificación aparece únicamente en supuestos excepcionales y justificados, y la base de clientes sobre la que se aplicaría es limitada.

Pues bien, el Proyecto de ley desea mantener, tal y como proclama el mensaje de la Presidenta de la República que lo precede, un régimen de libertad tarifaria. Este régimen se acoge, por tanto, al principio de libre competencia en la prestación del suministro gasífero, comúnmente presente en los Estados modernos.

Sin embargo, no es menos cierto que el régimen de libertad tarifaria se ve, a continuación, constreñido por determinadas modificaciones previstas en el proyecto de ley que pueden llevar, de una manera más generalizada de lo que se derivaría del principio de libertad de precios, a la aplicación de un régimen de fijación de tarifas.

Así, en primer lugar, el régimen de fijación de tarifas opera de forma inmediata y automática en el momento en que la sociedad concesionaria supera el umbral de rentabilidad máxima establecido. Sería adecuado, antes de una aplicación automática, y dado que la razón de fondo del pase a un régimen tarifario es la falta de competencia, prever la intervención del órgano independiente y experto en la materia, el TDLC, para que determine si la elevada rentabilidad obtenida se debe a ineficiencias y defectos de competencia, que justifiquen la intervención¹⁰.

En segundo lugar, el hecho de que se rebaje el diferencial sobre la TCC de 500 a 300 puntos básicos, puede ser inconsistente con el expreso deseo del Gobierno chileno de expandir la red de distribución de gas natural. En todo caso, tal rebaja facilita naturalmente que una empresa sobrepase el umbral de rentabilidad que da lugar a la fijación de tarifas automática, más aún, teniendo en cuenta que este umbral se aplicará no solo para inversiones futuras, sino también sobre inversiones pasadas. Además, para respetar adecuadamente el principio de seguridad jurídica deberían introducirse en la nueva norma medidas de carácter transitorio que eviten la aplicación de la nueva regulación a situaciones pasadas.

En tercer lugar, en el proyecto de ley se producen determinados ajustes en la contabilización de algunas partidas que coadyuvarán, inexorablemente, a una mayor facilidad en el paso de la libertad tarifaria a un régimen de fijación de tarifa. En concreto, se eliminan de la base de activos los costos de

¹⁰ Dos de los principios que deben citarse a este respecto son el de institucionalidad regulatoria y el de mínima intervención. La institucionalidad regulatoria solo es posible a través de la autonomía de los organismos reguladores procurando, así, estabilidad y a través de la especialización de las distintas entidades, debido al carácter técnico del sector regulado, así como también exige que sean llamados a intervenir en el procedimiento los Organismos Supervisores con competencias específicas en la materia de que se trate (en este caso el que ostenta las funciones de supervisión del derecho de la competencia, esto es, el TDLC). Mientras tanto, el principio de mínima intervención implica que las intervenciones públicas en los mercados deban ser las menores posibles, es decir, únicamente las imprescindibles para la conseguir el fin pretendido.

comercialización asociados a la captación y conexión para el suministro de nuevos clientes con lo que, la rentabilidad obtenida por las concesionarias se incrementará al reducir la base de activos sobre la que se calcula dicha rentabilidad.

En cuarto lugar, el régimen de fijación de tarifas en el Proyecto de ley tiene una vocación de aplicación a prácticamente la totalidad de los consumidores, desvirtuando la razón de ser de dicho mecanismo, esto es, la protección de la población de consumidores con menor capacidad de negociación y mayor vulnerabilidad.

Así, mientras que en el régimen actual las tarifas se preveían para una base de clientes limitada por una capacidad de consumo mensual baja (100 Gigajoule mensuales), el proyecto de ley lo amplía de forma drástica a prácticamente todos los consumidores (10.000 Gigajoule mensuales).

En quinto y último lugar, el régimen de fijación tarifaria tiene una vocación de estabilidad o prolongación en el tiempo. Mientras que antes se fijaría únicamente por el periodo mínimo necesario hasta que se recuperasen condiciones suficientes de competencia, ahora en el Proyecto de ley pasa a establecer un periodo mínimo de cuatro años.

Además, para salir del régimen de fijación de tarifa, es necesario el pronunciamiento del TDLC que tiene por objeto examinar si se dan condiciones de competencia suficientes. Este procedimiento únicamente se inicia a petición del interesado, y no surte efectos hasta una vez transcurrido el periodo mínimo de cuatro años del periodo tarifario. Resulta paradójico que el TDLC únicamente intervenga, de acuerdo con lo previsto en el Proyecto de ley, en el supuesto en que la concesionaria solicite salir del régimen de fijación de tarifas, pero no para su entrada. Teniendo en cuenta que la fijación de tarifa debería ser una medida excepcional en caso de fallo del mercado, adoptada en defensa de los consumidores finales, parece necesario que el TDLC sea decisorio también en el momento de acceder al régimen de fijación de tarifas.

De lo contrario, se produce una asimetría entre los requisitos de entrada y salida del régimen tarifario, siendo que para entrar, no se analizan las condiciones de competencia ni interviene el TDLC.

Por último, es relevante que el Proyecto de ley designe una instancia externa, un panel de expertos independiente, ante el cual se puedan presentar procedimientos contradictorios en caso de discrepancia entre los operadores y la Administración. Se introduce en el sector gasífero el "Panel de Expertos", que ya en la actualidad existe en el sector eléctrico. En este sentido, si bien es cierto que la introducción de una instancia externa en el sector gasífero es positiva desde el punto de vista del principio de institucionalidad regulatoria, sería necesario para que verdaderamente se cumpla con dicho principio, que el organismo externo cuente con una composición y formación de sus miembros adecuada y, especializada en el sector sobre el que tiene

que dictaminar. De no modificarse el proyecto, el Panel de Expertos estaría compuesto en su mayoría por expertos eléctricos, sector con unas distintas características, y que opera bajo el principio de fijación de tarifas, por lo que sus decisiones podrían tener un sesgo inadecuado para el sector gasífero.

En conclusión, las medidas del proyecto, consideradas en su conjunto, determinan un modelo muy diferente al de libertad tarifaria. En coherencia con este modelo, cabría realizar determinados ajustes técnicos a la redacción actual del Proyecto de ley para corregir las situaciones que acabamos de exponer o, al menos, modularlas de forma que se asegure que, en caso de que se aplique la tarificación en una región determinada, esta esté debidamente justificada, no reste ineficiencias al objetivo de desarrollo y expansión de la red de gas natural perseguido por el Gobierno, y verdaderamente sirva para proteger los intereses de los consumidores.

Adicionalmente a lo expuesto hasta ahora, debe hacerse referencia a la regulación del chequeo de rentabilidad que introduce el Proyecto de ley¹¹, no debiendo olvidarse que una de sus finalidades más notables es cubrir la insuficiencia normativa existente en la actual Ley de Servicios de Gas.

A este respecto, partiendo de lo positivo de completar la regulación, no puede sin embargo hacerse en detrimento de otros principios regulatorios que, examinado en detalle el Proyecto de ley y, en particular, sus previsiones relativas a la metodología y procedimiento para el cálculo de la TCC y el chequeo de rentabilidad, podrían verse afectados por algunas de las novedades del Proyecto de ley.

En primer lugar, cobra especial relevancia la metodología que introduce para determinar el valor del gas que se toma en consideración, para el chequeo de rentabilidad¹². Concretamente, el Proyecto de ley prevé que se consideren los contratos de compra del gas adquirido por la propia empresa concesionaria para su distribución. Esta previsión contrasta con la actual Ley de Servicios de Gas, en la que se incluye una referencia a los precios del mercado del entorno¹³ a los efectos de fijar el valor del costo del gas.

Cuando la actividad de aprovisionamiento es realizada por una empresa concesionaria de la red de distribución, la valoración del coste del gas debe ser equiparable al de aquellas empresas concesionarias que adquieran el gas directamente en el mercado local. Si la valoración del costo del gas para las empresas concesionarias que a la vez realizan la actividad de aprovisionamiento, es el precio real de aprovisionamiento, estas no tendrán un incentivo para operar de manera eficiente (lo que redundará en precios más bajos).

¹¹ La metodología y procedimiento para calcular la TCC y para realizar el chequeo de rentabilidad vienen recogidos en los artículos 32, 33, 33 bis y 33 ter del Proyecto de ley.

¹² Artículo 33 del Proyecto de ley.

¹³ El artículo 33 LSG recoge que el valor del gas no podrá diferir más del 10% del precio promedio anual de venta a los cinco mayores clientes industriales existentes en el entorno al punto de conexión.

Se provoca una inconsistencia intrínseca en la aplicación de la TCC, ya que esta debe atender a los riesgos de una empresa de distribución y no a la actividad de aprovisionamiento, que tiene unas características y unos riesgos muy distintos (debe tenerse en cuenta, en este sentido, que las redes son un mercado que por sus características está sujeto a una regulación más intensa, mientras que el aprovisionamiento es una actividad libre que se desarrolla en mercados globales).

Para evitar estos inconvenientes, como se realiza en otras regulaciones, el precio de entrada del gas podría estar referenciado a precios internacionales, fórmulas o parámetros objetivos, sobre la base de valoraciones eficientes de mercado, de modo que tenga el mismo tratamiento el costo del gas para todas las empresas concesionarias, y se separen los márgenes y riesgos que corresponden, de una parte, a la actividad de distribución y suministro de gas natural, y de otra, a la de aprovisionamiento de gas natural.

A este respecto, cabe señalar que el sector de la distribución del gas natural por red se caracteriza por requerir unas inversiones iniciales muy elevadas unidas a unas ventas bajas, lo que conduce a unas rentabilidades negativas durante los primeros años de un proyecto de inversión. Una regulación eficiente debería proporcionar a las empresas concesionarias el derecho a recuperar los costos de capital prudentemente incurridos. Para ello, debería tomarse como criterio la rentabilidad acumulada, y no la puntual para establecer el umbral máximo de rentabilidad en el chequeo de rentabilidad anual.

Es importante señalar, como ya hemos apuntado al comienzo de este artículo, que todo marco regulatorio debe ser sólido y respetar los principios de seguridad jurídica, certidumbre y no retroactividad. Por este motivo, la confianza legítima que los operadores de un mercado tienen en la estabilidad del ordenamiento jurídico no debe verse frustrada por cambios repentinos e inesperados. La aplicación retroactiva de dichas modificaciones introducidas por el Proyecto de ley sería contraria al principio de confianza legítima y como consecuencia, dichos cambios normativos deberían aplicarse únicamente a las nuevas inversiones. En el escenario en el que resulte irremediable su aplicación a todas las inversiones pasadas, se hace necesario introducir un régimen transitorio suficientemente suavizado que permita a los operadores adaptar su comportamiento sin que se vean abocados sin remedio a recalar en el régimen de fijación de tarifas.

A este respecto, conviene precisar, que a fecha en que se termina de redactar este artículo, la versión del Proyecto de ley disponible en la página web de la Cámara de Diputados tras la introducción de determinadas enmiendas al texto original, prevé ya la introducción de algunas normas de Derecho transitorio¹⁴. Habrá que esperar a ver cuál es el resultado final del

¹⁴ En particular, se ha previsto ya, respecto de la versión original analizada, la introducción de normas de Derecho transitorio como, por ejemplo, que el umbral de 300 puntos básicos sobre

texto para realizar un análisis definitivo de la reforma de la regulación de la actividad de distribución y suministro de gas natural en Chile.

Conclusiones

Del análisis de las principales modificaciones introducidas por el Proyecto de ley, a la vista de los principales principios y buenas prácticas regulatorias comúnmente aceptadas en relación con la regulación de los sectores energéticos, cabe extraer fundamentalmente tres conclusiones:

1° Las modificaciones que introduce el Proyecto de ley, no calzan completamente con los principios de mínima intervención, necesidad y proporcionalidad que rigen las actuaciones de intervención de los poderes públicos.

Así, las innovaciones que presenta pueden suponer una excesiva restricción de la libre competencia ni tampoco parece garantizar la consecución del objetivo último que se persigue, que es la protección al consumidor final, habiendo disponibles otras medidas menos restrictivas que permitirían obtener el mismo resultado.

2° De esta forma, a pesar de que el Proyecto de ley mantiene de forma explícita el régimen de libertad tarifaria, sus previsiones limitan, si no eliminan prácticamente dicha libertad de mercado, estableciendo un régimen de fijación de tarifas de muy fácil acceso y larga duración para las concesionarias, cuyos requisitos de salida son considerablemente más exigentes.

3° La aplicación retroactiva contradice los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, frustrando las expectativas creadas en base a la regulación anterior. Para mitigar dichos perjuicios, sería necesario en todo caso un régimen transitorio que permitiese a los operadores de mercado adaptarse a la nueva regulación.

4° Sería una buena ocasión para incluir en el Proyecto de ley un régimen general de protección de los consumidores, que delimitase el conjunto de derechos y obligaciones de los consumidores y fuese aplicable, de forma homogénea, a todos los suministros energéticos contemplados en el objeto de la ley.

En conjunto, cabe concluir que, si bien con el Proyecto de ley se persigue un mayor y mejor desarrollo de la red de distribución de gas natural en Chile, es probable que el efecto que se produzca sea justamente el contrario. En particular, la configuración actual del Proyecto de ley puede suponer un

la TCC no se aplicará hasta el quinto chequeo de rentabilidad, siendo que el umbral del primer chequeo de rentabilidad será 500 puntos básicos, el del segundo de 450 puntos básicos, el tercero de 400 puntos básicos y, finalmente, el cuarto, de 350 puntos básicos. Es más, se prevé que en cualquier caso que el umbral o margen sobre la TCC sea de 500 puntos básicos para aquellas zonas de concesión que hayan sido otorgadas entre cinco años previos y hasta por diez años posteriores a la entrada en vigencia de la ley. Igualmente se prevé, precisamente, que los costos de conversión que hayan sido efectuados en los últimos dos años anteriores a la vigencia de la nueva ley, podrán ser considerados como gastos amortizables en un periodo de cinco años.

desincentivo a la inversión para el desarrollo de la red de distribución de gas natural en Chile, lo cual, en última instancia, redundaría en perjuicio de los consumidores chilenos, así como en la calidad y eficiencia de los suministros gasíferos.

Bibliografía citada

- DEL GUAYO, Íñigo (2010): *Tratado del Derecho del Gas Natural* (Madrid, Marcial Pons), 874 pp.
- FERNEY, Luis (2012): *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: la convergencia entre libre competencia e intervención estatal* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia) 423 pp.
- GARCÍA, José Luis y JIMÉNEZ, Juan Carlos (2007): *Energía y Regulación* (Madrid, Thomson Civitas), 294 pp.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY -IEA- (2015): *Energy and Climate Change World Energy Outlook Special Repor.* (Francia, IEA), 200 pp.
- OCDE (1995): *Recommandation du Conseil de l' OCDE concernant l'Amélioration de la Qualité de la Réglementation Officielle* (París, OCDE Publishing) Disponible en: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=128&Lang=fr&Book=False> [Fecha de consulta : 29 de febrero de 2016]
- OCDE (2012): *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria* (París, OCDE Publishing) 36pp.

Normativa citada

Chilena

Decreto N° 323, Ley de Servicios de Gas, Ministerio de Minería. Diario Oficial, 30 de mayo de 1931

Extranjera

Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente
Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

Jurisprudencia citada

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE), 25 de enero 1979 en asunto C-98/78.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE), 16 de mayo de 1979 en asunto C- 84/78.

Otros documentos

Informe Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 12/2015, de 10 de marzo (Rol NC N° 426-14)