

Santiago, seis de marzo de dos mil siete.

VISTOS:

Con fecha 30 de mayo de 2006, Luis Vidal Hamilton-Toovey, en representación de Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. (sucesora de Pullinque; en el fallo se hará referencia a ambas indistintamente), ha deducido un requerimiento para que se declare la inaplicabilidad del artículo 3º transitorio de la Ley Nº 19.940 que modificó el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, en los autos arbitrales caratulados “HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A.” de los cuales conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, en virtud del recurso de casación en la forma interpuesto por su representada en contra de la sentencia arbitral por contravenir, el artículo 19, Nº 24, de la Constitución Política de la República.

Señala la requirente que el juicio arbitral se inició por demanda deducida por HQI Transelec Chile en contra de Eléctrica Panguipulli solicitando que se condenara a ésta a pagar a la demandante determinados peajes por concepto de transmisión de electricidad que se le adeudaban. Esta tuvo como fundamento lo dispuesto en el Artículo 51º G de la Ley General de Servicios Eléctricos –hoy derogado- que disponía que *“toda controversia que surja entre el propietario de las líneas y subestaciones involucradas y cualquier interesado en constituir una servidumbre o quien hace uso de ellas o entre estos últimos entre sí relacionada con servidumbres de paso de energía eléctrica y, en particular las dificultades o desacuerdos referidos a la constitución, determinación del monto de peajes y sus reajustes, proposición y antecedentes que debe proporcionar el propietario en conformidad al artículo 51º F, el cumplimiento, validez, interpretación, terminación y liquidación de convenios o fallos arbitrales relacionados con estas servidumbres, serán resueltos por un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros arbitradores designados, uno por cada una de las partes, y un tercero, que deberá ser abogado, elegido por los dos primeros de común acuerdo, y en caso de desacuerdo, por la justicia ordinaria.”*

“El tribunal arbitral actuará en calidad de arbitrador y fallará en única instancia.”

Según sostuvo la demandante en esa sede arbitral, Eléctrica Panguipulli usaba activos de transmisión de propiedad de HQI Transelec, sin pagar por ello. Señala la requirente que la potencia y energía que genera la central de su representada es inyectada en la subestación Pullinque de propiedad de la Compañía General de Electricidad Transmisión. De acuerdo a lo que establecía el Artículo 51º B -hoy derogado- del DFL N°1, *“cuando una central generadora está conectada a un sistema eléctrico cuyas líneas y subestaciones en el área de influencia de la central pertenezcan a un tercero, se entenderá que el propietario de la central hace uso efectivo de dichas instalaciones, independientemente del lugar y de la forma en que se comercializan los aportes de potencia y energía que aquella efectúa y, por consiguiente, debe pagar los correspondientes peajes a su dueño”*. Se entiende el área de influencia como *“el conjunto de líneas, subestaciones y demás instalaciones del sistema eléctrico directa y necesariamente afectado por la inyección de potencia y energía de una central generadora.”*

Eléctrica Panguipulli, que a la época se denominaba Pullinque, suscribió el año 1993 un contrato de peaje con Endesa por el cual esta última, como dueña de ciertos activos de transmisión, se obligó con Panguipulli a permitir que ésta inyectara y retirara energía y potencia eléctrica en distintos puntos de la red eléctrica que era de propiedad de Endesa, todo ello, durante un plazo de más de 30 años. Pullinque se obligó a pagar el peaje convenido como precio de tales servicios, en forma periódica, hasta el año 2028.

El pago del peaje, de acuerdo al contrato, otorgaba a Pullinque los derechos establecidos en el Artículo 51º D del DFL N° 1 y los que se estipulan en la cláusula cuarta del mismo. El Artículo 51º D -hoy derogado- señalaba: *“El pago de anualidades del peaje básico dará derecho al propietario de la central generadora a retirar electricidad, sin pagos adicionales, en todos los nudos del sistema ubicados dentro de su área de influencia.....”*. Las instalaciones que

comprende el área de influencia quedaron establecidas en el anexo 1 del contrato.

La cláusula cuarta del contrato de peaje celebrado en el año 1993 dice que *“los retiros de electricidad de Pullingue, provenientes de inyecciones de la actual central Pullingue, destinados a ventas a clientes propios, efectuados desde las instalaciones de transmisión de 500 Kv y de 220 Kv que se identifican en el anexo número 2 de este contrato no serán objeto de cobros adicionales de peajes por parte de Endesa a Pullingue.”*

Con posterioridad a ello, los activos de transmisión de Endesa fueron arrendados por ésta a una filial creada por ella, denominada Transelec a la que se le cedieron el cobro del peaje y la administración de los activos de Endesa. En 1996, Endesa y Transelec (empresa matriz y su filial) vendieron a un tercero -CGE- una parte de los activos de transmisión identificados en el contrato, como asimismo la totalidad del derecho a percibir el precio o peaje. Transelec conservó en su poder parte de los activos de transmisión por cuya utilización paga Panguipulli. Como contraprestación por la venta de algunos de esos activos y la cesión del contrato de peaje, Endesa y Transelec percibieron de CGE el precio de venta pactado. Transelec fue luego adquirida por HQI Transelec S.A., quien se hizo dueña del 100% de las acciones de la sociedad, de todos sus activos y derechos, y, desde luego, de sus pasivos y obligaciones. Transcurrieron más de 10 años, durante los cuales las partes, incluyendo a HQI Transelec, dieron normal cumplimiento a las obligaciones emanadas del contrato de peaje suscrito entre Endesa y Pullingue, que continuó obligando a las partes en los términos convenidos. A fines del año 2003, HQI Transelec desconoció, según la requirente, lo pactado en el contrato con el fin de obtener la duplicación del pago por el uso de sus activos. Para ello, sostiene la requirente, alegó, el hecho falso, que Eléctrica Panguipulli no pagaba los peajes por los servicios de transmisión eléctrica, forzándola a un arbitraje obligatorio. La sentencia arbitral declaró que Panguipulli había pagado y pagaba el peaje convenido a CGE, sucesora

de Transelec, pues aquella empresa le había cedido a ésta el derecho a cobrarlo. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral resolvió que Eléctrica Panguipulli a partir del 13 de marzo de 2004 debía pagar las nuevas sumas que establecía la Ley Nº 19.940 o Ley Corta. También la sentencia arbitral declaró, para estos efectos, que si bien Eléctrica Panguipulli había pagado y pagaba el peaje, debía prevalecer la nueva ley sobre el contrato válidamente celebrado resolviendo que: *“se acoge la demanda en cuanto a que a contar del 13 de Marzo de 2004... deberá aplicarse en su integridad dicha Ley, sin perjuicio de aplicar para el período que media entre la fecha indicada y la dictación del primer decreto de transmisión troncal las disposiciones del actual D.F.L. Nº 1 y su reglamento, de acuerdo a lo razonado en los considerandos 14 al 19 y a lo dispuesto en la propia Ley 19.940”*, lo que –alega la requirente- no se había solicitado en la demanda. Por ello el sentenciador tuvo como fundamento que la Ley Nº 19.940 era de orden público y regía in actum, afectando, en consecuencia, los contratos celebrados entre las partes, cuyas cláusulas habían quedado sin efecto en todo cuanto se opusieran a lo dispuesto en la nueva ley.

Se indica por la requirente que, para la procedencia de un recurso de inaplicabilidad, es menester que exista una contradicción entre una disposición constitucional y la ley que se impugna, pero para establecer esa contradicción no basta un análisis o comparación en abstracto entre la norma fundamental y la legal, pues el estudio que en este recurso debe hacerse está referido a una ley que sea o se crea aplicable al caso de que conozca algún tribunal de la República. La precisión anterior resulta necesaria en razón de que no en pocas ocasiones se ha planteado la duda de si para establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición el Tribunal Constitucional ha de atender sólo a la eventual contradicción entre ella y la Constitución, con total prescindencia del caso al que la ley podría aplicarse o si, por el contrario, la decisión debe considerar y aún fundarse, en el modo en que la aplicación de la misma afectará los derechos constitucionales de las partes en ese pleito o gestión,

independientemente, incluso, de si la norma en abstracto resulta ser constitucional, como podría suceder respecto de la Ley Nº 19.940, cuya inaplicabilidad se solicita parcialmente. Así, plantea la acción que, en el requerimiento de inaplicabilidad, esta Magistratura no debe ni puede “juzgar la constitucionalidad de una ley, sino la constitucionalidad de la aplicación de una ley a un caso concreto”, pues “el recurso de inaplicabilidad no es un mecanismo de control de constitucionalidad de la ley, sino uno de control de constitucionalidad de la aplicación de la ley.”

Se cita luego una sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 28 de julio de 1992. En ella se declara que las normas legales anteriores a la dictación del precepto impugnado *“deben entenderse incorporadas al contrato ... en conformidad al mandato contenido en el artículo 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, que sobre el particular dispone: En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, concluyendo la sentencia que la norma que se pedía declarar inaplicable efectivamente impedía a la requirente exonerarse del pago de indemnizaciones por las causales que contemplaba el contrato que mantenía vigente con su contraparte desde antes de la dictación del precepto y por las que le otorgaba el derecho común y el derecho especial a la época de celebración de aquel, todo lo cual había sido sobrepasado por la nueva ley que *“ha entrado a regular un contrato afinado con antelación, que crea derechos y obligaciones sobre los que se tiene dominio pleno y de los cuales no puede ser privado el contratante sin que ello quebrante el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República.”*

Expone la actora que el artículo 3º transitorio de la Ley Nº 19.940, que modificó el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, dispuso en uno de sus incisos que: *“El régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, previsto en los artículos 71-29, 71-30 y 71-32 del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería, regirá desde la fecha de publicación de esta ley. No obstante, en el período que medie entre la fecha indicada y la dictación del primer decreto de transmisión*

troncal, los propietarios de centrales, las empresas que efectúen retiros y los usuarios finales que deban pagar los peajes de transmisión, lo harán en conformidad a las normas legales que la presente ley modifica y su reglamento.” Agrega la requirente que cuando la ley se refiere al “régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal”, lo que regula son los “peajes de transmisión troncal” que corresponde a la materia regulada en el contrato de peaje a que se alude en el requerimiento. De ese modo, explica la parte requirente que su derecho de propiedad ha sido violado al aplicarse en el juicio en que incide el requerimiento, la norma contenida en el artículo 3º transitorio de la Ley Nº 19.940 y resolverse en la sentencia arbitral que dicha ley obliga a las partes desde el momento de su vigencia, modificando y extinguiendo de esa forma derechos patrimoniales válidamente adquiridos en razón de un contrato legalmente celebrado.

Expone que se ha pretendido otorgar a la Ley Nº 19.940 un efecto retroactivo que ni siquiera esa ley dispone, al darle preeminencia respecto de relaciones jurídicas consolidadas a través de un contrato generador de derechos que se han incorporado a los patrimonios de los contratantes, fundando tal pretensión en el carácter de norma de orden público que tal disposición revestiría. Agrega que el contrato de peaje que vinculan a HQI Transelec con Eléctrica Panguipulli, que la sentencia arbitral reconoce como plenamente válido y vinculante para las partes, establece el derecho de Eléctrica Panguipulli a utilizar las líneas de transmisión y, además, que el pago por la utilización de dichas líneas está incluido en el peaje establecido en el contrato. De ese modo, a su juicio, ese derecho se ha incorporado al patrimonio de la empresa por tratarse de un bien incorporal o derecho de contenido eminentemente patrimonial.

Por otra parte, el derecho de propiedad de la requirente sobre el contrato y sobre todo lo que emana de éste, ha sido afectado en su esencia, pues la aplicación de la ley inaplicable constituye una expropiación de su derecho de propiedad sobre ese contrato; situación que la Corte Suprema ha repudiado en la sentencia

antes mencionada, al señalar que no es posible admitir que una nueva ley entre *“a regular un contrato afinado con antelación, que crea derechos y obligaciones sobre los que se tiene dominio pleno y de los cuales no puede ser privado el contratante”*; sentencia en la cual se declara que la controversia no podía resolverse *“fundada en una ley posterior al contrato, la cual, en caso alguno, podría invocarse para modificar, alterar o desnaturalizar convenciones vigentes antes de que la referida ley entró en vigencia.”*

Concluye la requirente su presentación señalando que la norma que contiene el artículo 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes y que incorpora a los contratos las leyes vigentes al momento de su celebración, genera un efecto que excede a las partes que concurren a su celebración, llegando, incluso, a obligar al propio Estado y al resto de la sociedad, en cuanto sobre dichas leyes vigentes, incorporadas ahora al contrato, tienen también los contratantes un derecho de propiedad que les permite exigir su respeto y cabal cumplimiento.

Con fecha 22 de septiembre de 2006 se declaró admisible el requerimiento y se suspendió el procedimiento en la causa en que éste incide

El día 16 de noviembre de 2006 Transelec S.A., antes HQI Transelec S.A., formuló sus observaciones al requerimiento presentado. Plantea, en primer término, que éste no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 93, inciso decimoprimer, de la Constitución. Señala al respecto lo siguiente:

1. En este caso, la sentencia fue dictada por árbitros arbitradores, motivo por el cual carece de todo sentido declarar que un precepto legal positivo se debe dejar de aplicar, toda vez que, para resolver la contienda, tales jueces no han tenido necesidad de ceñirse a dicho precepto, ya que resuelven conforme a lo que su prudencia y equidad les señala.

2. La inaplicabilidad debe impetrarse en tanto exista alguna gestión en la que el precepto cuestionado pueda resultar

decisorio. En el asunto que se analiza, el requerimiento fue resuelto, en única instancia, por un tribunal arbitral arbitrador, y, ya que no era legalmente admisible a su respecto el recurso de apelación, media actualmente sólo una impugnación de nulidad por la vía de un recurso de casación en la forma. Siendo la cuestión a resolver en este recurso, la validez o nulidad del fallo dictado por los arbitradores, no se divisa la manera en que la norma impugnada pueda ser objeto de aplicación.

3. Atendida la calidad de arbitrador del tribunal arbitral del cual emana la sentencia de única instancia en que incide el requerimiento, tal acción no es procedente, ya que un árbitro arbitrador es quien, conforme al artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, “debe fallar obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren”. Hacen ver al respecto que don Julio Philippi Izquierdo, concluye que *“la prudente estimación de la equidad hecha por el arbitrador, si bien descansa en su propia convicción y raciocinio, no es producto de su capricho o mero arbitrio, sino que estriba en detectar cuidadosamente lo que en verdad es justo frente al caso particular. Como la conclusión está fundada en su propia valoración, no podrá ser revisada, a menos que se haya contemplado alguna adecuada instancia superior.”* Agrega: *“debe hacerse un uso muy moderado de esta facultad correccional en cuanto al criterio mismo de lo decidido por el amigable componedor, dada su amplia facultad para estimar prudentemente lo que considere equitativo”*.

4. Por expresa disposición del inciso segundo del artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales, el recurso de casación en el fondo no procederá, en caso alguno, contra las sentencias de los arbitradores. Ello es así en razón de que tales árbitros se rigen y dictan sus resoluciones teniendo solamente en consideración la prudencia y normas de equidad, pudiendo prescindir de las disposiciones de la ley. Por ende, tales árbitros jamás podrían incurrir en algún error de derecho que viciara la sentencia. Por iguales razones, los requeridos estiman que el recurso deducido resulta improcedente, ya que no es posible declarar la inaplicabilidad de un precepto legal pues su aplicación no resulta imperativa para el arbitrador. Ello no impide que

el árbitro resuelva ajustándose a las disposiciones de la ley, si encuentra que ellas coinciden con los dictados de su prudencia y equidad. De esta opinión son, entre otros, Julio Philippi Izquierdo, Patricio Aylwin Azócar y Álvaro Aliaga Grez.

5. La jurisprudencia ha sostenido que: *“para que pueda ser declarado inaplicable un precepto legal basta con que la cuestión propuesta en el juicio en que incide el recurso se halle regida por el precepto tachado de inconstitucional y que, por tanto, pueda ser tomado en cuenta en el pronunciamiento que finalmente deba dictarse.”*

De este modo, es posible concluir que las partes de un procedimiento arbitral de esta naturaleza están imposibilitadas para interponer un recurso de inaplicabilidad porque los árbitros arbitradores resuelven los conflictos sometidos a su consideración “de acuerdo a lo que su prudencia y equidad le dictaren”.

6. Por último, expone Transelec S.A. que refuerzan la idea de la improcedencia de ejercer un control de constitucionalidad en el arbitraje seguido ante un arbitrador, las diferencias que existen en nuestro sistema entre el árbitro de derecho y el amigable componedor. Conforme a lo dispuesto en el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil, el arbitrador “dará su fallo en el sentido que la prudencia y equidad le dicten”, lo que en nuestro sistema jurídico tiene un carácter excepcional. Hacen ver que en Chile, varias son las sentencias pronunciadas por arbitradores que han puesto de manifiesto las posibilidades de la equidad para solucionar un conflicto jurídico.

Entrando a analizar en lo sustancial el asunto en debate, Transelec S.A. destaca que sólo respecto de una de las peticiones hechas valer, el tribunal arbitral dispuso la aplicación íntegra de la Ley N° 19.940 en relación con los pagos que deberán efectuarse a Transelec S.A., a contar de la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal por el uso de las instalaciones de propiedad de esta última.

Expone que a contar de la entrada en vigencia de la Ley Corta, el 13 de marzo de 2004, el transporte de electricidad pasó a

constituir un servicio público completamente regulado, particularmente en lo relativo al uso, goce y remuneración de las instalaciones de transmisión troncal y subtransmisión y que, junto con ello, se estableció un nuevo sistema de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, el cual según su artículo 3º transitorio “regirá desde la fecha de publicación de esta ley”.

Luego de analizar ciertos aspectos del contrato de peaje, sus alcances y lo resuelto por la sentencia arbitral al respecto, concluye que, de existir alguna empresa que ha sido afectada en su derecho de propiedad por la Ley Nº 19.940, ha sido Transelec S.A. El transporte de electricidad pasó de ser una actividad privada a ser un servicio público fuertemente regulado y tarifado por la autoridad y en el cual la libertad económica del transmisor se encuentra gravemente limitada. Agrega que, dada la naturaleza de la transformación sufrida por la actividad de transmisión troncal de electricidad, es lógico entonces que el régimen de remuneración tarifario fijado por la Ley Nº 19.940 rija desde la fecha en que entre en vigencia y afecte de igual manera a todos los actores de la industria eléctrica.

La requerida entra luego a referirse a la intangibilidad de los contratos. Señala que si bien es cierto que la mayor parte de la doctrina coincide en que la invariabilidad de lo legítimamente pactado, que implica como consecuencia la imposibilidad de alterar los contratos en curso deriva del artículo 19 Nº 24º de la Constitución, tal condición admite revisión cuando pugna y desconoce otros derechos igualmente fundamentales, ya que ninguno de estos es ni puede ser absoluto. Así lo ha sostenido en nuestro medio el profesor López Santa María, quien se ha mostrado crítico frente a la teoría de la intangibilidad de los contratos.

Hace presente que, como consecuencia de las trascendentales modificaciones introducidas por la Ley Corta, se pasó de una relación jurídica con un marcado carácter privado a una relación de carácter público que cabe dentro del derecho público, al establecer dicho cuerpo normativo que la transmisión troncal es un servicio

público, y que los peajes se determinan a través de un procedimiento establecido en la ley. De esta forma una empresa no puede invocar su contrato para sustraerse del cumplimiento de una obligación generada por un nuevo texto legal. Más adelante expone Transelec S.A. que el derecho de propiedad tiene como limitaciones los otros derechos y la ley.

Argumenta la requerida que las normas imperativas tienen dos características importantes. Por una parte, prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntades de las personas. Por la otra, se incorporan a los contratos ya otorgados o que se celebren a futuro, sin necesidad de estipulación expresa. Las disposiciones imperativas son particularmente relevantes en aquellas actividades económicas especialmente reguladas y disciplinadas. Ellas se desarrollan bajo un marco jurídico establecido por la ley y la autoridad. Las partes no pueden invocar, por lo mismo, una regla contractual, para sustraerse a dicho conjunto normativo.

Refiriéndose al artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes expresa que la forma normal de entenderlo en cuanto a que la ley nueva no puede afectar los contratos celebrados, ha sido revisada con el paso del tiempo. Agrega que el artículo 12 del mismo cuerpo legal permite argumentar a favor de la modificación por el legislador de los contratos en curso, aún cuando estos engendren derecho de dominio a favor de los acreedores. En efecto, según esta norma, *“todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley...”*.

Luego Transelec S.A. se refiere a la vigencia de la Ley Nº 19.940. Indica que de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º del Código Civil, se colige que la ley entra en vigor desde el momento de su publicación, salvo que ella misma disponga otra fecha distinta al efecto. A esta regla recurrió el legislador de la Ley Nº 19.940, puesto que contempló normas expresas en tal sentido en los artículos 3º y 10º

transitorios. De esta forma, la Ley N° 19.940 resulta obligatoria respecto de todos los agentes a que está destinada, se encuentren vinculados o no por contratos previos, dada la precisa terminología que usa sobre su vigencia.

Posteriormente, Transelec S.A. alude a la imperatividad de la Ley N° 19.940. Señala que todos los agentes del tráfico eléctrico, sean generadores, distribuidores o usuarios, con o sin contratos vigentes deben regirse por la nueva ley porque sus disposiciones son de orden público como lo resolvió el Tribunal Arbitral. Indica que una parte de la doctrina constitucional chilena tiende a situar el fundamento de la imperatividad de ciertas normas económicas en la supuesta calidad de “orden público” u “orden público económico” que ellas eventualmente exhibirían, pues, en su concepto, la regulación legal de la economía de un país es una materia de tal relevancia, que la autonomía de la voluntad debe replegarse ante ella. Expone que esta tesis tiene un mayoritario respaldo en la jurisprudencia con sentencias similares desde mediados del siglo anterior hasta nuestros días. Los árbitros sentenciadores entendieron que la Ley N° 19.940 es una norma de orden público económico, por cuanto regula un servicio público y una actividad trascendental para la organización económica del país. En rigor, la nueva ley incorpora al régimen de servicio público eléctrico el transporte de electricidad por el sistema de transmisión troncal y de subtransmisión.

Expone luego Transelec S.A. que si bien el artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política, reconoce el dominio sobre los derechos que emanan de los contratos, es del caso hacer presente que para invocarlo es menester ser titular indubitado del mismo, pero sujetándose a la ley, lo que no se produce en el evento que expresamente se contravenga la normativa sectorial, que es de orden público y, por tanto, irrenunciable y no disponible por las partes contratantes.

Señala, más adelante, que la historia fidedigna de la Ley 19.940 confirma la aplicación inmediata de la misma a los contratos de peajes de transmisión troncal. En el Mensaje Presidencial que dio origen a la iniciativa legal que culminó con la promulgación de la Ley N° 19.940, se incluía una norma transitoria -artículo 8º-, de acuerdo a la cual *“los contratos válidamente celebrados vigentes a la fecha de publicación de esta ley, deberán adecuarse a sus disposiciones, dentro del plazo máximo de un año contado desde dicha publicación”*. Dicho precepto en definitiva fue eliminado. De este modo, desapareció la norma transitoria relativa a la adecuación o supervivencia de los contratos de peaje o de transmisión suscritos con anterioridad, volviéndose a la intención original del legislador, la cual quedó reflejada en la redacción final del artículo 3º transitorio, que dada su imperatividad, hacía innecesario otro artículo que se refiriera al tema de la vigencia de la ley y sus efectos en los contratos suscritos con anterioridad.

Concluye Transelec S.A. sus observaciones reproduciendo ciertos considerandos de la sentencia dictada en los autos arbitrales en que incide el requerimiento presentado que le parecen especialmente relevantes.

Las partes acompañaron diversos informes en derecho y opiniones legales.

Habiéndose traído los autos en relación se procedió a la vista de la causa oyéndose los alegatos de los abogados de las partes el día 11 de enero del presente año.

CONSIDERANDO:

I. Problemas a Resolver.

1. Que, tal como ha quedado descrito en la parte expositiva que antecede, la cuestión que se plantea ante este Tribunal es si, en caso de aplicarse el artículo 3º transitorio de la Ley 19.940, llamada Ley Eléctrica Corta (en adelante artículo 3º transitorio), que estableció un nuevo régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal eléctrica, a la relación entre requirente y requerido, se produce un resultado contrario a la

Constitución Política, por encontrarse el pago por el uso de tales instalaciones ya regulado por un contrato válidamente celebrado. La pregunta es, entonces, si el contratante tiene un derecho de propiedad sobre los créditos que emanan de un contrato y si tales créditos pueden, de un modo constitucionalmente tolerable, ser afectados por una ley posterior, como lo es el artículo 3º transitorio, impugnado en la especie.

2. Que, sin embargo, la parte requerida ha alegado que no es pertinente entrar a responder esta cuestión, pues no se verifican en la especie requisitos de admisibilidad de la acción impetrada. Estas cuestiones, que se describirán en los considerandos 3º y 4º, son efectivamente de previo pronunciamiento pues, en caso de ser aceptadas, sería improcedente entrar al fondo del requerimiento deducido. A estas cuestiones preliminares se refieren entonces los considerandos reunidos en el apartado que sigue.

II Consideración sobre las Cuestiones de Previo Pronunciamiento Planteadas por la Requerida.

3. Que, como ha quedado consignado en la parte expositiva, la primera de las cuestiones de previo pronunciamiento planteadas por la requerida y que dice relación con la procedencia de entrar al fondo del requerimiento se vincula con la sede de equidad en que, a su juicio, se aplicó el artículo 3º transitorio. A su respecto, presenta dos argumentos: el primero es que los tribunales arbitrales, como aquel que resolvió la contienda entre las partes en única instancia, no son tribunales ordinarios o especiales, por lo que no se verifica este requisito que habilita al Tribunal Constitucional a resolver cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, conforme al tenor del artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental. El segundo es que, tratándose de una contienda que fue resuelta, en única instancia, por árbitros arbitradores, llamados, por ley, a resolver conforme a la prudencia y la equidad, resulta improcedente declarar inaplicables preceptos legales que no están llamados a dirimir

contiendas en tales sedes, por lo que mal pueden resultar decisivos en ellas, lo que constituye también un requisito de admisibilidad para que esta Magistratura se pronuncie acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, en conformidad al artículo 93 inciso undécimo de la Carta Fundamental.

4. Que la segunda de las objeciones de previo pronunciamiento que plantea la requerida se refiere a la naturaleza de la gestión pendiente. Ella consiste en un recurso de casación en la forma interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de un fallo dictado por árbitros arbitradores. La Corte deberá decidir si anula o no lo resuelto por los árbitros fundada en si el tribunal fue o no incompetente para resolver y en si el fallo incurrió o no en el vicio de ultra petita. Alega la requerida que, en estas condiciones, el precepto legal impugnado no puede resultar decisivo en la resolución de ninguno de estos dos asuntos, los únicos pendientes, y por ende no se verifica este requisito de admisibilidad establecido en el artículo 93 de la Carta Fundamental, ya referido.
5. Que, a propósito de estas dos cuestiones, las partes han controvertido una serie de puntos de enorme interés, como lo son no sólo si procede la inaplicabilidad de un precepto legal en sede de árbitros arbitradores o si éstos deben ser considerados tribunales, sino también si la sede arbitral que resolvió sus controversias debe ser considerada como de arbitradores, en condiciones que se trata de un arbitraje forzado por la ley; debatieron, también, por ejemplo, si los jueces árbitros resolvieron en equidad aplicar las tarifas establecidas en el artículo 3º transitorio o si directamente dieron aplicación a ese precepto, por estimarlo de orden público. Estas y otras controversias, siendo de enorme interés jurídico, no serán resueltas en este fallo, ya que, como se establecerá en los considerandos que siguen, no resultan pertinentes para decidir las excepciones planteadas y no corresponde a esta Magistratura establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas, sino cuando

ellas resultan necesarias para resolver las controversias que se le plantean.

6. Que, en conformidad a lo dispuesto en el numeral 6º y en el inciso décimo primero del artículo 93 de la Constitución Política, este Tribunal debe pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal sólo si se reúnen las siguientes cinco condiciones: la primera es que exista una gestión que se siga ante un Tribunal Ordinario o Especial; la segunda es que el precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto que se ventila en esa misma gestión; la tercera es que la impugnación esté fundada razonablemente; la cuarta es que la cuestión le sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce de la gestión pendiente, y la quinta y última es que se cumplan los demás requisitos que establezca la ley.
7. Que, en la especie, la única gestión pendiente entre las partes que controvierten se verifica ante la Corte de Apelaciones de Santiago; la que, a no dudarlo, constituye un Tribunal Ordinario, por lo que se verifica este esencial requisito. El hecho de que el asunto se haya originado en sede arbitral resulta enteramente indiferente, pues lo que resulta relevante al precepto constitucional es el lugar donde se verifica la gestión pendiente y no dónde se verificó la instancia que la antecedió, pues sólo en la que está pendiente puede aún recibir aplicación el precepto legal que se impugna como contrario a la Constitución.
8. Que resulta efectivo que la Corte de Apelaciones de Santiago debe, en primer lugar, resolver si anula o no el fallo dictado en sede arbitral; también es efectivo que para ello sólo deberá decidir si el tribunal arbitral era competente y si el fallo adolece o no de ultra petita. Por último, tampoco este Tribunal ha sido convencido que el artículo 3º transitorio pueda resultar decisivo para resolver la validez o nulidad del fallo arbitral, fundado en las causales indicadas. Siendo todo ello efectivo, no es menos cierto que si la Corte de Apelaciones decide anular el fallo arbitral en virtud del vicio de ultra

petita deberá, en virtud de lo dispuesto en el artículo 786, en relación al numeral 4º del artículo 768, ambos del Código de Procedimiento Civil, dictar sentencia de reemplazo. Esta eventual sentencia de reemplazo deberá dictarse conforme a derecho, en razón de la naturaleza del Tribunal de Alzada que tendría que hacerlo.

9. En consecuencia, resulta enteramente irrelevante para resolver la admisibilidad de la acción impetrada pronunciarse acerca de si procede o no declarar inaplicable un precepto legal para una sede de árbitros arbitradores, pues la gestión pendiente, la única en que el precepto legal podría recibir aplicación, no tiene esta característica, sino que es una instancia que debe resolver en conformidad a derecho.
10. Que, para el evento de dictarse una sentencia de reemplazo, el precepto legal impugnado, artículo 3º transitorio de la Ley 19.940, puede resultar decisivo en la resolución de uno de los asuntos debatidos por las partes y que esa eventual sentencia de reemplazo tendría que resolver. En efecto, una de las cuestiones controvertidas por los litigantes fue si se había o no pagado el precio debido al titular por el uso que las requirentes en esta causa hacían y seguían haciendo, durante el pleito arbitral, de las instalaciones de propiedad de las requeridas y la sentencia arbitral resolvió también cual debía ser ese precio. El artículo 3º Transitorio de la Ley 19.940 cuestionado, precisamente regula el régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, determinando que dicho régimen, previsto en los artículos que detalla del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 del Ministerio de Minería, regirá desde la fecha de publicación de la Ley 19.940. En los incisos siguientes regula el régimen transitorio, determina a quienes obliga esa regulación y establece otro conjunto de reglas sobre la misma materia, por lo cual este Tribunal juzga que, en caso de dictarse sentencia de reemplazo por la Corte de Apelaciones, el precepto

legal impugnado **puede** resultar decisivo en la resolución de tal asunto.

11. Que lo dicho en el considerando anterior no puede ni debe entenderse como un pronunciamiento de este Tribunal acerca de si procede o no que la Corte de Apelaciones aplique el artículo 3º transitorio para determinar el precio de los servicios entre los litigantes. Desde luego, ello dependerá de si la Corte anula o no el fallo arbitral recurrido de casación, cuestión respecto de la cual a este Tribunal no le corresponde emitir pronunciamiento alguno. Tampoco le corresponde a este Tribunal determinar si, en conformidad a normas de rango legal, como pueden serlo las de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes o las relativas a los contratos que contiene el Código Civil, procede o no aplicar el artículo 3º transitorio a las partes en litigio. Esa es una decisión que corresponde a los jueces del fondo. A esta Magistratura sólo le compete verificar la **posibilidad** de que el precepto legal pueda ser aplicado a un caso, para quedar obligada a pronunciarse si tal aplicación resultaría o no contraria a la Constitución.
12. Que, en la especie y por las razones indicadas, este Tribunal concluye que el precepto legal puede resultar decisivo en la resolución del asunto, sin que ello signifique un pronunciamiento acerca de si el precepto legal debe o no ser aplicado por los jueces del fondo, en conformidad con las reglas legales vigentes. Que también se verifican en la especie los demás requisitos ya indicados en el considerando sexto que antecede, conforme a lo razonado a fs. 156 por la Primera Sala de este Tribunal. En consecuencia, deben desecharse las alegaciones de la requerida acerca de la improcedencia de que este Tribunal entre a conocer y resolver el fondo del asunto y corresponde pronunciarse acerca de si el artículo 3º transitorio produce o no, en caso de aplicarse a la relación entre las partes, un resultado contrario a la Constitución Política.

III. La Cuestión de Fondo que debe Resolverse.

13. Que el artículo 3º transitorio de la Ley 19.940 establece:

“Artículo 3°.- El régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, previsto en los artículos 71-29, 71-30 y 71-32 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, regirá desde la fecha de publicación de esta ley. No obstante, en el período que medie entre la fecha indicada y la dictación del primer decreto de transmisión troncal, los propietarios de centrales, las empresas que efectúen retiros y los usuarios finales que deban pagar los peajes de transmisión, lo harán en conformidad a las normas legales que la presente ley modifica y su reglamento.

La determinación realizada por la respectiva Dirección de Peajes, de los pagos que deban efectuarse por el uso de las instalaciones de cada sistema de transmisión troncal y subtransmisión, será vinculante para todas las empresas eléctricas señaladas en el artículo 71-6, sin perjuicio de las reliquidaciones a que hubiere lugar, conforme lo dispuesto en el inciso final de este artículo.

Para efectos del cálculo de los peajes provisionales que debe efectuar la Dirección de Peajes, el ingreso tarifario corresponderá al "ingreso tarifario esperado por tramo", definido en el artículo 71-29.

El primer estudio de transmisión troncal determinará los valores de inversión, V.I., por tramo correspondientes tanto para el período transcurrido desde la publicación de la ley, como los V.I. por tramo para los cuatro años siguientes. Para esta primera determinación de los V.I. y las siguientes, se considerará como valor efectivamente pagado para el establecimiento de las servidumbres de las instalaciones existentes a la fecha de la publicación de la presente ley, el valor que por este concepto se encuentre incorporado en la valorización de las instalaciones empleada por la Dirección de Peajes del respectivo CDEC en sus informes vigentes al 6 de mayo de 2002.

Sobre la base de tales valores, los centros de despacho económico de carga deberán reliquidar los pagos que deban efectuar las empresas y los usuarios finales, en su caso. Las diferencias que resulten respecto de las sumas pagadas deberán abonarse dentro de los treinta días siguientes a la reliquidación, por los propietarios de centrales y las empresas que efectúen retiros, y dentro del primer período tarifario por los usuarios finales.

Respecto del cargo único al que se refiere el artículo 71-30, letra A), párrafo segundo, durante los primeros cuatro años desde la publicación de esta ley dicho cargo

único se aplicará en proporción a sus consumos de energía efectuados hasta una potencia de cuarenta y cinco megawatts. Durante los siguientes cuatro años, el cargo único se aplicará en proporción a sus consumos de energía efectuados hasta una potencia de treinta megawatts. Una vez finalizado dicho período regirá lo establecido en el artículo 71-30”.

Como ha quedado establecido en los vistos, la requirente estima que el precepto legal impugnado produciría, en caso de aplicarse a su relación con la requerida, un resultado contrario a la Constitución Política por cuanto el régimen de precios o peaje que debe pagar por el uso de las instalaciones de propiedad de la requerida, se superpondría, primaría y dejaría sin efecto cláusulas contractuales válidas que establecieron otro régimen de recaudación y pago por el uso de esas instalaciones de transmisión troncal. Este efecto de la aplicación del precepto, a juicio de la requirente, la priva de un derecho de crédito adquirido en virtud de un contrato cuya validez no está ni ha estado en discusión, como es el contrato de peaje pactado con fecha 21 de abril de 1993.

14. Que, para decidir la cuestión de fondo que se ha planteado resulta necesario examinar, en primer lugar, si efectivamente la requirente puede alegar un derecho de propiedad sobre un crédito establecido en un contrato cuya validez no ha sido impugnada; en segundo lugar, determinar cuál es el estatuto jurídico constitucional de amparo de ese derecho, para luego y por último decidir si el artículo 3º transitorio, en caso de aplicarse a la relación entre las partes, primando sobre las cláusulas del contrato produce o no un resultado contrario a la Constitución.

IV. El Derecho de Propiedad sobre Bienes Incorporales.

15. El artículo 19 número 24 de la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Esta Magistratura no desconoce que a raíz de haberse asegurado el derecho de propiedad sobre bienes incorporales, primero a través de la jurisprudencia y

luego por medio del precepto constitucional aludido, se han producido efectos que han generado una cantidad abundante de debates y críticas, particularmente entre los cultores del derecho civil. No le corresponde a esta Magistratura resolver ninguno de esos debates ni referirse a ninguna de esas críticas. El texto de la Constitución es claro y su sentido inequívoco: la Constitución asegura el derecho de propiedad sobre bienes incorporeales y a ello debe atenerse esta Magistratura para resolver este caso. Distinto es determinar las diferencias de la propiedad que se ejerce sobre unos y otros bienes. Pero ello no es necesario de dilucidar en esta sentencia, que exige más precisamente hacerse cargo de las semejanzas y diferencias en el estatuto constitucional de protección de una y otra especie de propiedad.

16. Que también es claro que el deudor de un precio establecido por contrato también tiene, respecto de su cuantía, una especie de propiedad. Si bien su principal crédito es el derecho a usar las instalaciones, por las cuales paga el precio pactado, no es menos cierto que sobre este último también ha adquirido un derecho que, a su respecto, es un bien incorporeal que consiste en no pagar más de lo pactado.

V. Estatuto Constitucional de la Propiedad sobre Bienes Incorporeales.

17. Que si bien existen diferencias evidentes en la propiedad que puede ejercerse sobre bienes corporales e incorporeales, la Constitución, en el número 24 de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para ambas especies de propiedad, por lo que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de una y otra. En lo que importa al caso, el numeral 24 del artículo 19, en su inciso 2º, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública. Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer

limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporeales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad. Al establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada, la Carta Fundamental establece unos mismos criterios, cualquiera sea el origen o título de la propiedad adquirida. Tampoco hay nada en la naturaleza del derecho de propiedad sobre bienes incorporeales que **impida** limitarlos en razón de la función social de la propiedad.

18. Que el texto de la Constitución no permite sostener que la propiedad sobre bienes incorporeales que nacen del contrato no pueda cumplir una función social y que ésta fue establecida sólo en relación a los bienes corporales. (La doctrina de la intangibilidad de los contratos tiene consagración en otras Constituciones, donde tampoco se le ha dado un sentido absoluto, pero no en la Carta Fundamental de Chile). Sostener la intangibilidad absoluta de los derechos que nacen de los contratos no sólo carece de fundamento constitucional, sino que tendría, para ser congruente, que sostener como constitucionalmente ilícitas numerosas prácticas habituales de nuestro sistema jurídico, como la de otorgar, por ley, nuevos beneficios laborales o previsionales a favor de trabajadores con cargo a sus empleadores o sostener que la intangibilidad del contrato permite a un arrendatario explotar un bien del modo convenido con su arrendador, sin importar las normas que limitan tal explotación en defensa del medio ambiente. Se podrá decir que en estas dos situaciones el límite a la propiedad tiene fundamento constitucional, pero también es un límite con fundamento constitucional el que se pueda fundar en la función social de la propiedad, conforme a las exigencias de la utilidad pública. Los

derechos de propiedad sobre cosas incorporeales que nacen de contratos entre privados no están inmunes a ser limitados o regulados, en conformidad a la Constitución. La Constitución valora la certeza que otorgan los derechos de propiedad adquiridos. En ellos descansa la legítima confianza que hace funcionar el sistema económico que nos rige. De allí que sean exigentes los requisitos que habilitan al legislador para afectar tales derechos de propiedad; pero las limitaciones a los derechos están constitucionalmente autorizadas, sin distinción de su origen o naturaleza.

19. Que el hecho que no haya impedimento para que el legislador pueda regular o limitar la propiedad sobre cosas incorporeales de origen contractual, no implica desconocer las peculiaridades de esta especie de propiedad a la hora de establecer su aptitud de ser limitada. La circunstancia que un derecho se origine en un contrato privado y no en la disposición de una ley naturalmente hará más improbable justificar la limitación del mismo en razón de la función social de la propiedad, por así exigirlo el interés nacional o público. Esta dificultad obligará a examinar, y a hacerlo intensamente, cómo es que el legislador (ya que otro no podría hacerlo) justifica su acto de limitar, con reglas heterónomas, los derechos que nacieron de un pacto entre privados. Pero estas dificultades que puede encontrar la justificación de la limitación legal no deben, con todo, oscurecer la afirmación central de lo razonado en este apartado, cual es que la Constitución no impide al legislador limitar y regular la propiedad sobre bienes incorporeales, si es que se verifican los requisitos de interés público que ella misma establece para todas las especies de propiedad. El origen contractual de un derecho de propiedad hará más improbable justificar el interés social que legitima alterarlo, pero tal origen no es, por sí mismo, un impedimento de regulación.
20. Que lo concluido obliga a examinar si las limitaciones y regulaciones establecidas en el artículo 3º transitorio pueden considerarse constitucionalmente justificadas; pero, antes, es necesario determinar si realmente constituyen una limitación y regulación,

como ha alegado la requerida o si se trata de una privación, como sostiene la requirente. El juzgamiento de la cuestión a la luz de la distinción entre limitación de derechos de propiedad y privación de los mismos, resulta mucho más pertinente, a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 24, que situarla, como ha hecho alguna doctrina, en torno a parámetros que la Constitución chilena no consagra expresamente, como es el de la llamada intangibilidad de los contratos; a cuestiones que sólo tienen consagración legal en materia civil, como es la de la irretroactividad, o a términos vagos que suelen nunca definirse con precisión, como es la que sostiene que los derechos no pueden ser “afectados”.

VI. ¿Es la aplicación al caso sub-lite del artículo 3º transitorio una limitación o una regulación del derecho de propiedad de la requirente, o por el contrario, la priva de un derecho o de alguna de las facultades esenciales del dominio?

21. Que, en virtud de un contrato cuya validez no ha sido impugnada, la requirente adquirió el derecho a usar, por un determinado precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de la requerida (sin perjuicio de que los contratos fueron originalmente pactados entre otros y luego cedidos y que además contengan una serie de otras convenciones que no son pertinentes a la constitucionalidad de la aplicación del artículo 3º transitorio). En ese contrato se estableció un precio o peaje básico que la requirente (su antecesora) debía pagar a la requerida (su antecesora) por el uso de las redes de transmisión. Asimismo, y por el pago del mismo precio, se acordó que Eléctrica Panguipulli tendría los derechos establecidos en el artículo 51 D del D.F.L. 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos. Además la requirente tenía derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales. En caso de aplicarse el artículo 3º transitorio, la requirente no se verá privada de su derecho al uso de las instalaciones de transmisión de la requerida, pero el régimen de recaudación y pago por el uso de las mismas no será ya el

establecido en las normas contractuales y legales a las que esas las cláusulas contractuales hacían referencia, sino el establecido en la nueva ley.

22. Que la distinción entre “privar” de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”. Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19 y 20 del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334).

23. Que la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario

de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad, como por ejemplo en la sentencia en que se rechazó el requerimiento para declarar la inconstitucionalidad del D.S. 171 del Ministerio de la Vivienda, validando así la cesión gratuita de terrenos para áreas verdes dispuesta por ese precepto (sentencia de 15 de Abril de 1997, causa rol 253, considerandos 10 a 12) o la sentencia relativa al proyecto de ley sobre regulación del transporte terrestre de pasajeros, de fecha 25 de noviembre de 2003, rol 388. Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (“la limitación tiene sus límites”, para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón). El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil para hacer la distinción y debe utilizarse aunque se determine que, *prima facie*, se trata de una regulación.

24. Que, en la especie, lo que procura el artículo 3º transitorio es regular. En efecto, el artículo tercero transitorio es una norma de general aplicación que precisamente regula el régimen de recaudación y pago por el uso de instalaciones de transmisión troncal. Su finalidad no es privar. Aplicada a la relación entre las partes, su exacto impacto es el de alterar el precio o peaje por el uso de instalaciones, sin perjuicio que la empresa generadora pueda seguir usando, gozando y disponiendo de tal uso. No priva a la requirente de usar esas instalaciones, pero, en caso de aplicarse, la obliga a pagar un precio diverso al establecido en el contrato por ese uso. Cabe entonces preguntarse si la alteración del precio del contrato, habiendo tenido un fin regulatorio, es de tal naturaleza y

magnitud, que priva a su titular de su propiedad o de alguno de sus atributos esenciales.

25. Que, en primer lugar, cabe razonar si cualquiera alteración en el precio por usar un bien, independiente de su magnitud, priva a la requirente de uno de los atributos esenciales de su dominio. En el considerando siguiente se examinará la cuestión de la magnitud. Una variación cualquiera en el régimen de pago o peaje por dicho uso naturalmente afecta el patrimonio de la requirente, limita sus facultades y por ende sólo será legítima si se justifica en razón de la función social de la propiedad y se vea exigida por la utilidad pública, los intereses generales de la Nación o por algún otro de los fines que taxativamente la Constitución enumera. Pero, en virtud de una variación, cualquiera sea su magnitud, no se priva a una persona de su propiedad, aunque se la afecta en su patrimonio. El precio es, a no dudarlo, un elemento esencial en un contrato que regula el uso que una parte puede hacer de las instalaciones y fija el precio o peaje que habrá de pagar por ese uso, como el que vinculó a las partes, pero eso no debe confundirse con que una alteración de ese precio, por la vía legislativa, independiente de su magnitud, prive a la requirente de la esencia de su derecho de propiedad. Es distinto que algo sea un elemento esencial de un contrato a que su alteración haga irreconocible ese contrato y distinto también a privar del derecho de propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales. El tipo de contrato que vinculó a las partes tenía un precio; el precio era un elemento de su esencia, pero una alteración cualquiera de la cuantía de ese elemento no implica privar de la propiedad a la usuaria del servicio. La modificación del precio altera, regula, limita el modo en que la requirente ejerce su derecho de propiedad a usar las instalaciones eléctricas. Desde luego, no la priva del derecho a usar de esas instalaciones, ni altera la circunstancia de hacerse por un precio, aunque altere, sin hacer desaparecer, un elemento esencial de un contrato. Su propiedad no queda desprovista de lo que le es consustancial no resulta

irreconocible o impedida de ejercicio o privada de tutela conforme ha entendido tradicionalmente este Tribunal la esencia de un derecho (considerando 10º de sentencia relativa a Proyecto de Ley sobre Partidos Políticos, de fecha 24 de febrero de 1987, rol nº 43). En cuanto a la razonabilidad de la magnitud en que se ve afectada, ello será analizado en el siguiente considerando.

26. Pero que una alteración cualquiera en el precio no implique privación de la propiedad no equivale a afirmar que cualquiera alteración en el precio no pueda serlo. En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de propiedad. Desde un punto de vista objetivo, la razón de ser de un contrato es su utilidad económica. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro. Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro. Pero el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo en virtud del contrato, si es que el legislador justifica esa limitación en una exigencia de interés público constitucionalmente aceptado. En la especie, la requirente no ha alegado que las condiciones que establece el artículo 3º transitorio la priven de obtener lucro. Más aún, el nuevo régimen legal de precios ha hecho que los privados sigan funcionando e invirtiendo en el mercado de la producción y distribución eléctrica, por lo que no puede pensarse que la eventual aplicación del artículo 3º transitorio a la relación entre las partes privaría a la requirente de su propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, como lo sería el derecho a obtener lucro.

Habiéndose concluido que, en la especie, la regulación del precio establecida en el artículo 3º transitorio es, para

las partes, una limitación y no una privación, resta ahora examinar si esta limitación resulta constitucionalmente legítima.

VII.- ¿Se encuentra constitucionalmente legitimada la regulación y limitación del derecho de propiedad que podría significar la aplicación del artículo 3º transitorio sobre los bienes incorpóreos establecidos en el contrato que liga a las partes?

27. Para responder la cuestión señalada en el epígrafe, la Constitución, a través del numeral 24 de su artículo 19, dispone que una limitación u obligación a la propiedad sólo se legitima si está establecida por ley y si deriva de su función social, en razón de exigencias de los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

28. Que el primero de los requisitos constitucionales se verifica con claridad en la especie, toda vez que el nuevo régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones fue precisamente establecido por una ley, como lo es el artículo 3º transitorio de la Ley 19.940.

29. Que, de aplicarse en contra de la requirente el régimen de recaudación y pago establecido por el artículo 3º transitorio, quedará afectada en su patrimonio, obligada en contra de sus legítimos intereses y limitada en su propiedad sobre el crédito adquirido en virtud de un contrato válidamente celebrado. Para determinar si todo ello se ve justificado en razón de la función social de la propiedad que se funda en la especie en la utilidad pública, se hace indispensable analizar la naturaleza de las materias reguladas por el artículo 3º transitorio.

30. Que uno de los objetivos de la Ley 19.940 fue la de pasar “*de un sistema de acuerdo bilateral regulado de las tarifas por peajes en el uso de las instalaciones de transmisión troncal a uno de tarifa fijado por la autoridad*”, según puede leerse textualmente del Mensaje de la Ley 19.940. Para justificar ese cambio, el Presidente de la República y los legisladores

manifestaron, durante todo el transcurso de la discusión de la Ley, que el sistema de acuerdo bilateral regulado presentaba innumerables dificultades en su aplicación, debido a varios problemas que se identificaron, los que, a juicio de quienes aprobaron esa ley, generaban constantes cambios y diversas interpretaciones relativas a los acuerdos de peaje, negociaciones complejas y de larga duración entre generadores y propietarios de los sistemas de transmisión, frecuentes recurrencias a comisiones arbitrarias ad hoc para determinar los montos de los peajes, todo lo cual, según consta en la historia de la ley, llevó a los órganos colegisladores a convencerse de que el sistema imperante producía altos costos de transacción para determinar los valores de los peajes, al mismo tiempo que decisiones sustancialmente diferentes para similares conjuntos de instalaciones. Como lo dijo el Mensaje, por estas razones *“el costo del peaje se ha convertido en un ítem difícil de determinar ex ante para un nuevo inversionista en generación que desea ingresar al sistema, constituyéndose en un factor de riesgo que opera como una barrera a la entrada a la industria de generación.”* Tanto en el Mensaje como en su discusión las autoridades del Ejecutivo, los parlamentarios e incluso varios actores del sistema (como por ejemplo el Presidente del Directorio de Colbún y el Gerente General de Enersis) manifestaron, cada uno con sus matices, estar conscientes que estos problemas derivaban en un serio riesgo de déficit de capacidad y disponibilidad de energía, en disminución relevante de la confiabilidad de los sistemas y en una tendencia al aumento de los costos del suministro. En consecuencia, al producir el cambio en los valores de peaje, el Legislador no obró por capricho ni procuró simplemente producir un cambio en un mercado cualquiera, en razón de equidad entre los privados.

31. Que, conforme a lo expuesto, el Legislador estimó que un sistema de tarificación por la autoridad para fijar el valor del peaje por el uso de las instalaciones de transmisión troncal era necesario para favorecer a la población usuaria de los sistemas eléctricos, lo que

constituye una razón de utilidad pública. Como puede apreciarse, el Legislador intervino más un mercado, restringiendo la autonomía de la voluntad de las partes para fijar precios, pues estimó que ello era necesario para la seguridad y confiabilidad del suministro de energía eléctrica, así como para evitar alzas innecesarias de ese servicio. Si el Legislador quiso dar seguridad a los inversionistas, ello no fue para desarrollar un mercado cualquiera, ni para trasladar costos de hombros de unos privados a otros, sino porque lo estimó indispensable para crear mejores condiciones de seguridad y confiabilidad para el desarrollo de un servicio de utilidad pública, como es la provisión de la energía eléctrica a la población; lo hizo fundado en razones de utilidad pública que aparecen de manifiesto en el debate de la Ley 19.940.

32. La historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.940 no es concluyente en cuanto a la intención del legislador de afectar o no los contratos válidamente celebrados. Sin embargo, y como ya se ha dicho, el problema que debe resolver esta Magistratura no es si existe o no un deber legal de aplicar el artículo 3º transitorio a dichos contratos, lo que, por lo demás, fue resuelto por la afirmativa en el fallo arbitral, sino si tal eventual aplicación produciría un resultado contrario a la Carta Fundamental. A partir de la dictación de la Ley 19.940, los precios por el uso de las instalaciones de transmisión troncal quedaron determinadas por medio de tarifas establecidas por la autoridad, poniendo fin con ello a los mayores márgenes de autonomía de la voluntad que contemplaba el D.F.L. 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos. Esta limitación a la autonomía de la voluntad fue buscada por el legislador en razón de tratarse, el de la generación y transmisión eléctrica, de un servicio de utilidad pública provisto por particulares. Tanto así, que la ley 19.940 vino a agregar, como inciso final del artículo 7º del D.F.L. 1 de 1982, una disposición que estableció que “es servicio público eléctrico, el transporte de electricidad por Sistemas de Transmisión Troncal y de Subtransmisión.”.

33. Que, en este sentido, resulta convincente el argumento de la requerida, de que, habiéndose transformado, por decisión legislativa, su negocio en un servicio de utilidad pública que debe soportar una serie de cargas consiguientes, resulta equitativo que se le apliquen, simultáneamente, los precios fijados por la autoridad en virtud de las nuevas condiciones determinadas por la misma ley.
34. Que la relación contractual entre las partes incidía entonces en la producción de un servicio esencial a la población, lo que denota la relevante función social de los derechos con que emprendían en ella. Fue en esta materia que el legislador pudo, como denota el debate legislativo, exhibir razones derivadas de exigencias de utilidad pública, para disponer, para lo futuro, un nuevo sistema de precios a fin de disminuir riesgos de daños a la población que apreció como severos, en caso de mantenerse el sistema hasta entonces vigente y que sirvió a las partes para fijar sus precios contractuales. Ello justifica limitaciones y regulaciones a la propiedad que, en caso alguno, podrían tolerarse en otra clase de relaciones entre particulares.
35. Que lo razonado en los tres considerandos que anteceden, no implica que este Tribunal se pronuncie acerca del mérito del cambio efectuado por el legislador. Como el examen de mérito técnico o político le está vedado, por corresponder esta tarea únicamente a las autoridades políticas, al Tribunal le basta con constatar que el legislador precisamente estaba persiguiendo un fin de utilidad pública, al margen de si desplegó o no la fórmula más adecuada para lograrlo.
36. Que lo razonado en este apartado lleva a concluir que, en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un

contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad.

37. Que, de lo razonado desde el apartado III en adelante, debe concluirse que, de aplicarse el artículo 3º transitorio de la Ley 19.940 para determinar el régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión eléctrica entre las partes de este juicio, no se producirán resultados contrarios a la Constitución y, por ende, debe rechazarse la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impetrada en estos autos, lo que se declarará.

Y VISTO, lo dispuesto en los artículos 19 N°s 3º, inciso quinto, 21º, 22º y 23º y, 93 N° 6º de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA que se rechaza la acción intentada en estos autos por la parte de Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3º transitorio de la Ley 19.940, deducido a fojas 1.

Déjese sin efecto la suspensión decretada a fojas 156.

Acordada con el voto en contra de los ministros señores Bertelsen, Vodanovic y Venegas, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad en razón de las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Que los antecesores de las partes de este requerimiento celebraron, bajo el imperio de la legislación vigente a la época de su suscripción, un contrato por el uso de redes de transmisión eléctrica, estipulando un determinado precio y el derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales.

SEGUNDO: Que la aplicación del precepto legal reprochado altera el régimen de recaudación y pago a que se refería el objeto de la convención mencionada.

TERCERO: Que no se encuentra en entredicho, en la especie, la potestad legislativa para regular – por razones de interés público- el sistema de transmisión eléctrica, sus bases, elementos o condiciones, ni la legitimidad de la norma contenida en el artículo 3 transitorio de la Ley 19.940 en su compulsión abstracta con la Constitución. Se trata, por el contrario, de calificar si la aplicación de dicho precepto a la relación jurídica objeto de la controversia en que incide el requerimiento, produce efectos contrarios a los previstos en la carta fundamental.

CUARTO : Que el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales, constituyéndose el fortalecimiento y resguardo del dominio en elemento cardinal del orden jurídico regulado por el texto constitucional.

La protección del derecho en comento es de tal entidad, que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”, sino en virtud de ley que autorice la expropiación.

QUINTO: Que, como se sabe, tales atributos aluden a los caracteres de generalidad, perpetuidad y exclusividad del derecho; en tanto que las facultades esenciales se refieren al pleno uso, goce, administración y disposición del bien.

La privación de la propiedad puede ser total (sobre todo el bien) o parcial (sobre alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio).

SEXTO: Que la naturaleza de la privación no se determina por la cuantía (hay expropiación si se despoja de mucho; no la hay si de poco), sino que por la supresión de cualquiera de los atributos o facultades esenciales del dominio.

SEPTIMO: Que, autorizada la ley para establecer las limitaciones y obligaciones de la propiedad que derivan de su función social, resulta fundamental diferenciar tales conceptos de la privación.

Que en el ámbito civil, en cuanto a las limitaciones o restricciones, se alude a derechos limitativos de goce (usufructo, servidumbre) y de garantía (prenda, hipoteca); mientras que se identifica a las obligaciones o cargas con las prestaciones que se deben en razón de ser poseedor o propietario de la cosa (por ejemplo, el deber del adquirente de respetar el derecho del arrendatario, de enterar las contribuciones de bienes raíces).

OCTAVO: Que, en común, limitaciones y obligaciones acotan o reducen algún atributo o facultad del dominio, pero no lo suprimen. En ese punto se distinguen de la privación.

NOVENO: Que el precepto legal observado, al aplicarse a la situación jurídica que genera la causa judicial, implica quitar al titular la propiedad que tiene sobre el bien incorporal en que recae - su derecho a pagar un precio determinado - y, desde luego, lo priva de los atributos y facultades esenciales del dominio y, en general, de obtener la utilidad económica que - por su naturaleza - proporciona el bien.

DECIMO: Que no cabe forzosamente distinguir, en este caso, entre el derecho de uso de determinadas instalaciones que el contrato confiere al requirente y el precio del mismo, como si el primero fuera esencial y el segundo, accesorio o secundario, puesto que de la convención emerge un conjunto de derechos y obligaciones, de fisonomía propia cada una, y en la especie se está vulnerando el

dominio sobre una cosa incorporal precisa (el derecho al precio convenido).

DECIMO PRIMERO: Que, sin perjuicio del mencionado estatuto especial del dominio, el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política desarrolla el principio de la seguridad jurídica , estableciendo que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías constitucionales, no podrán afectar los derechos en su esencia , ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Como esta Magistratura ha señalado (considerando 21 , sentencia rol N° 43), “ un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica “.

DECIMO SEGUNDO: Que, radicando la esencia del dominio en la ventaja patrimonial o utilidad económica de la cosa, forzoso es estimar que, en la especie, aquélla ha sido afectada sustancialmente.

DECIMO TERCERO: Que, en mérito de las motivaciones precedentes, se concluirá que el precepto legal objetado resulta, en su aplicación al juicio en que incide el presente requerimiento, contrario a las disposiciones contenidas en los números 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Redactó la sentencia el Ministro señor Correa Sutil y el voto disidente sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 505-06.

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió a la vista y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse ausente con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente (S) Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.