

Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos: ¿Cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?



JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN

Profesor Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Dos sentencias casi idénticas del Tribunal Constitucional (Rol 505-06 y 506-06, de fecha 6/3/2007) pretenden resolver si la aplicación de la Ley Eléctrica Corta a las partes, que estableció una nueva regulación de pago de peajes de transmisión, produce o no un resultado contrario a la CPR, en razón de encontrarse el pago ya regulado por contrato vigente válidamente celebrado con anterioridad. Asumiendo que lo habitual es que los cambios normativos (sean retroactivos o no) tengan, en alguna magnitud, un efecto distributivo, es decir, que impliquen la transferencia de recursos de aquellos que pierden por verse negativamente afectados por la regulación a aquellos que ganan o se benefician de ella, el caso nos invita a reflexionar acerca de cuáles son los límites constitucionalmente tolerables de esta redistribución, o en otras palabras, de cuándo una regulación ha ido demasiado lejos constituyendo una suerte de expropiación. El trabajo destaca la profundidad de la sentencia, tanto del voto de mayoría como de minoría, y de cómo tal situación contrasta con lo que solía ser la argumentación usual en este tipo de temas por parte de la Corte Suprema conociendo vía recurso de inaplicabilidad. Con ocasión del caso aludido, se pretende hacer un repaso sucinto de diferentes argumentaciones aportadas por la doctrina nacional, rescatando, en definitiva, la utilidad de aproximarse a estos temas como si se estuviera en un continuo limitación (regulación) – expropiación (privación). Igualmente, se resaltarán la conveniencia de que en un examen de constitucionalidad concreto (en contraste con uno abstracto) se atienda al impacto o pérdida económica concreta del hecho impugnado (algo que no se realizó), sin perjuicio de la legitimidad de otros criterios o parámetros. Finalmente, se hace un análisis, desde la perspectiva de las políticas públicas, de la conveniencia o inconveniencia del actuar del legislador y de las partes, señalándose, entre otros, la importancia de la certidumbre en los efectos de los contratos, particularmente aquellos de largo plazo.

SUMARIO

I. Introducción. II. Las sentencias a comentar. III. ¿Puede una nueva regulación legal alterar los derechos derivados de un contrato vigente válidamente celebrado con anterioridad? 1. Postura “clásica” 2. Argumentos civilistas opuestos a la visión “clásica”. IV. Marco analítico propuesto en la sentencia del TC y reconfiguración del mismo. 1. Afirmación inicial: habiendo una indemnización o compensación justa y legal por la pérdida (privación) que se ocasionare, siempre será constitucio-

nalmente admisible una intervención reguladora que (basada en el interés público) altere un contrato previamente celebrado. 2. Primera pregunta: ¿Existe un derecho de propiedad protegido por la garantía constitucional de la integridad patrimonial? 3. Segunda pregunta: ¿Existe alguna justificación de interés público que respalde la intervención reguladora sobre el derecho protegido? 3.1. Posible (pero equivocado) argumento previo. 3.2. Respuesta a la segunda pregunta. 4. Tercera pregunta: ¿Debe compensarse al perjudicado por la intervención reguladora? 4.1. Primera posibilidad: todo daño debe ser compensado. 4.2. Segunda posibilidad: si no todo daño debe ser compensado, cuál es el criterio para dirimirlo. (1) Argumento formal restringido. (2) Argumento de la separación conceptual y de la diferenciación entre la apreciación en abstracto y en concreto de la norma objeto de control constitucional. (3) Argumento de la regulación expropiatoria o de cómo, luego del análisis concreto de un caso, una regulación puede ser también una expropiación indemnizable. (4) El voto de minoría. - Lo no examinado. - [Otras] críticas y defensas a la lógica del fallo. V. De los límites constitucionales a una digresión sobre la conveniencia o inconveniencia desde el punto de vista de las políticas públicas. VI. Síntesis y conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Más que ser un comentario de sentencias, el presente trabajo tiene por finalidad, a propósito de una sentencia, intentar avanzar, de una manera sistemática, en el entendimiento de un tema muy importante y cada vez más debatido. El saber hasta qué punto un cambio en una regulación tiene efecto en el contenido de un contrato previo válidamente celebrado ha sido, por mucho tiempo, una incógnita. La jurisprudencia y doctrina nacional han sido sinuosas. Los dos fallos que se comentan (los cuales pueden considerarse como uno solo debido a que son casi idénticos) representan un paso adelante en el intento por ir develando los criterios relevantes a tener en consideración.

Este artículo se inicia con la individualización de las sentencias que serán objeto de estudio y, fundamentalmente, con la identificación del conflicto jurídico central a ser dirimido por el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC). En seguida, se intenta describir el tipo de argumentación que habitualmente se utiliza para afrontar esta materia. Luego de revisar las posiciones contrapuestas, ambas con un fuerte contenido civilista, se destaca la irrupción de las sentencias en comento, las cuales muestran un razonamiento de carácter más constitucional (y más profundo) que los desarrollados en posturas anteriores. A partir de la lógica argumental expuesta en las sentencias, se propone un marco analítico más detallado que permita, a través de preguntas y pasos lógicos y sucesivos, ir examinando críticamente las distintas argumentaciones que suelen darse, de modo de avanzar en la resolución de estos temas.

En otras palabras, el presente trabajo (dentro de la extensión permitida en un formato tipo comentario de sentencia) busca servir, aunque sea limitadamente, de mapa conceptual para una mejor comprensión de la problemática. El marco analítico aludido comienza con una afirmación inicial, la cual expresa que habiendo una indemnización o compensación justa y legal por la pérdida (privación) que se ocasionare, siempre será constitucionalmente admisible una intervención reguladora que (basada en el interés público) altere un contrato previamente celebrado. A continuación se plantean tres preguntas sucesivas (incluyendo algunas digresiones): ¿Existe un derecho de propiedad protegido por la garantía constitucional de la integridad patrimonial? ¿Existe alguna justificación de interés público que respalde la intervención reguladora sobre el derecho protegido? ¿Debe compensarse al perjudicado por la intervención reguladora? Al enfrentarse la última de estas preguntas, la cual constituye la parte central del comentario a las sentencias mencionadas, se explica, primero, por qué carece de sentido la afirmación de que todo daño debe ser indemnizado y, después, se analizan los distintos criterios argumentales para poder determinar cuándo se está en presencia de una regulación o limitación y cuándo en presencia de una privación o expropiación. Después, se pasa de un examen de constitucionalidad a un análisis de la conveniencia o inconveniencia desde el punto de vista de las políticas públicas tanto de la nueva regulación sobre transmisión eléctrica, así como de la posibilidad de que esta pueda alterar derechos emanados de un contrato previo y de largo plazo. El artículo finaliza con una síntesis que contiene las conclusiones del estudio.

II. LAS SENTENCIAS A COMENTAR

El análisis del presente acápite versará sobre las sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 6 de marzo del año 2007, roles 505-06 y 506-06, las cuales tienen idéntico contenido, excepto por el nombre de las empresas requirentes: Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. en el primer caso y Empresa Eléctrica Puyehue S.A., en el segundo.

Las mencionadas empresas dedujeron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que este declarase la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma legal transitoria (Art. 3º transito-

rio) contenida en la Ley N° 19.940 (también conocida como “Ley Corta” eléctrica)¹. La norma legal aludida hacía aplicable la nueva regulación de la transmisión eléctrica a la relación contractual que existía entre las empresas de generación eléctrica antes mencionadas y HQI Transelec Chile, la compañía de transmisión eléctrica.

Las compañías de generación eléctrica aludidas reclamaron que la nueva regulación de la transmisión eléctrica, al pretender imponerse por sobre una relación regida por un contrato anterior válidamente celebrado y con vigencia hasta el año 2028, vulneraba el derecho de propiedad sobre un bien incorporal, esto es, el derecho adquirido en virtud de un contrato a usar, por un determinado precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de la empresa

¹ El texto íntegro del Art. 3° transitorio de la Ley N° 19.940 es el siguiente:
“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”.

de transmisión². En ese contrato se estableció un precio o peaje básico que las empresas de generación debían pagar a la empresa de transmisión por el uso de sus redes. Asimismo, y por el pago del mismo precio, se acordó que las generadoras tendrían los derechos establecidos en el artículo 51 D del D.F.L. 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos³. Además las generadoras tenían derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales. En caso de aplicarse el artículo 3° transitorio, algo resistido por dichas generadoras, estas no se verían privadas de su derecho al uso de las instalaciones de transmisión de HQI Transelec, pero el régimen de recaudación y pago por el uso de las mismas no sería ya el establecido en las normas contractuales y legales a las que esas cláusulas contractuales hacían referencia, sino el establecido en la nueva ley.

III. ¿PUEDE UNA NUEVA REGULACIÓN LEGAL ALTERAR LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN CONTRATO VIGENTE VÁLIDAMENTE CELEBRADO CON ANTERIORIDAD?

El TC afirmó que los derechos “que nacen de contratos entre privados no están inmunes a ser limitados o regulados, en conformidad a la Constitución”⁴.

En un contexto en donde el derecho de propiedad es altamente valorado y en que, motivado en parte por circunstancias históricas, la garantía del artículo 19 N° 24 ha sido percibida como un pilar de especial fortaleza, sostener que la intangibilidad o estabilidad de lo pactado en un contrato no puede darse por seguro ya que el Estado podría legítimamente intervenir alterando derechos ingresados al patrimonio de las personas no es una aseveración que sea fácil de digerir para todos.

Plantear que la Constitución, en su artículo 19 N° 24, protege derechos personales que nacen de un contrato, pero también autoriza limitaciones a la propiedad que se tenga, en este caso, sobre un bien incorporal nacido de un contrato, es jurídicamente correcto, aunque podría generar duda respecto de la real protección brindada

² Se trató de contratos separados que regían la relación de cada una de las compañías generadoras con la empresa de transmisión eléctrica, pero de similar contenido.

³ Dicho artículo dice lo siguiente: “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 ...”.

⁴ Considerando 18.

por la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, la sentencia comentada no ha sido bien recibida por todos en el ambiente jurídico nacional. El profesor ARÓSTICA, por ejemplo, ha expresado su rechazo a que una nueva ley limitante pueda alterar, siquiera parcialmente, los créditos o derechos personales derivados de un contrato válidamente celebrado con anterioridad⁵.

Para entender la reticencia que, en mayor o menor medida, podría generar la sentencia del TC, puede resultar útil hacer un acotado repaso de las posturas interpretativas que sobre este aspecto de la garantía del derecho de propiedad han existido, comenzando por el punto de vista más clásico, si se puede utilizar dicha expresión. Esto nos puede permitir contextualizar las implicancias del mismo fallo.

3.1 POSTURA “CLÁSICA”

Los mismos requirentes en los recursos de inaplicabilidad (Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. y Empresa Eléctrica Puyehue S.A., causa Rol N° 505-06 y 506-06, respectivamente) fundaron parte de su solicitud de inaplicabilidad de la nueva ley aludiendo al Art. 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Esta norma, según dichas empresas, implicaría incorporar a los contratos que ellos aspiran preservar y desde la fecha de su celebración, las leyes vigentes a dicho momento. Lo anterior, se explica, obligaría no solo a las partes que concurrieron a su firma, sino también al propio Estado y al resto de la sociedad. Se arguye que, tanto sobre los derechos que emanan del contrato como sobre la regulación legal anterior vigente en aquella época, los contratantes tendrían un derecho de propiedad que les permitiría exigir su respeto y cabal cumplimiento. En palabras del profesor RODRÍGUEZ GREZ, con ocasión de un anterior caso sobre una temática jurídica similar, enfatizaba que “los contratos son intangibles y no pueden modificarse, sino por los medios establecidos en la ley. El legislador tiene una limitación de carácter constitucional que le impide penetrar las convenciones válidamente celebradas, esto es, la protección constitucional de los derechos emanados del contrato en la medida que ellos hayan ingresado al patrimonio de los contratantes”⁶.

⁵ Ver a ARÓSTICA (2007) pp. 429 y ss. El profesor GONZÁLEZ CASTILLO (2007) parece ir en la misma línea del voto disidente, postura apoyada por el primero de los mencionados.

⁶ Informe en Derecho presentado en el caso Rol N° 207 (requerimiento ante el Tribunal Constitucional conocido como “Deuda Subordinada”), citado por CHANÁ Y OTROS (1995) p. 560.

La doctrina precedentemente expuesta se vio históricamente respaldada por importantes fallos, tanto de la Corte Suprema (en adelante, CS) como del Tribunal Constitucional. A comienzos de la década pasada, por ejemplo, la CS se pronunció respecto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad entablado por Endesa ante la aplicación de una nueva ley que regulaba las responsabilidades por no abastecimiento de energía eléctrica y que alteraba la regulación contractual común y vigente entre generadoras y distribuidoras, la cual admitía a favor de las primeras mayores posibilidades de exoneración por caso fortuito y fuerza mayor. En aquella ocasión, la CS siguió la tesis clásica y acogió el recurso de inaplicabilidad, manifestando, en su considerando 14, que

*“(...) el derecho a exonerarse de responsabilidad civil por esta causa, en la forma establecida en la ley especial (artículo 83 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982), en el derecho común (artículos 1547 y 1670) y en los contratos acompañados, ha sido sobrepasado por la ley, la cual 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 N° 24 de la Constitución Política de la República. De aceptarse la constitucionalidad de este precepto, por lo mismo, se estaría sancionando la extinción de un derecho nacido al amparo de la ley vigente al momento de perfeccionarse la convención y que, como es natural, está amparado por la garantía constitucional mencionada” (énfasis agregado)*⁷.

En un sentido similar, el TC, conociendo de un requerimiento por inconstitucionalidad de un proyecto de ley que modificaba la regulación de algunos aspectos relacionados con la deuda subordinada de algunos bancos privados con el Banco Central de Chile, confirmó la intangibilidad de los diversos contratos celebrados con anterioridad, fruto de la crisis del sistema bancario ocurrida en la década del ochenta, frente a la intención reguladora posterior del legislador. En un pasaje concluyente, el Tribunal Constitucional de aquella época afirmaba que:

“la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de

⁷ Considerando 14, Sentencia Rol 15.952 de fecha 9 de septiembre de 1992, inaplicabilidad por inconstitucional del Art. 37 de la Ley 18.969, que modifica el N° 2 del Art.99 del D.F.L. N° 1 de 1982 (Ley General de Servicios Eléctricos) y que introduce en este mismo cuerpo legal un nuevo artículo: el 99 bis.

un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que *toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quien los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones*. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, *la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución*" (énfasis agregado)⁸.

Como es posible apreciar de los dos fallos precedentemente mencionados, los contratos en curso resultaban intocables para el legislador y, en esta visión, la amalgama entre la argumentación civilista y constitucional resultaba evidente. Curiosamente, la óptica civilista frente al tema a menudo era confrontada con argumentos también propios del derecho privado.

3. 2 Argumentos civilistas opuestos a la visión "clásica"

La primera crítica recurrente frente al recurso de recurrir al Art. 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, más allá de discutirse en cada caso concreto si se estaba ante una situación de retroactividad o no⁹, es que se trataría de una norma de rango legal susceptible de ser dejada sin efecto por otra de igual categoría, como aquella cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se discute.

En segundo lugar, se suele recordar que así como existe el señalado Art. 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, también existe el Art. 12, el cual permitiría argumentar de una forma opuesta.

⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de febrero de 1995, Rol N° 207, considerando 67°: cuestión de constitucionalidad que se suscitó durante la tramitación del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los bancos con obligación subordinada.

⁹ Ilustrativo en este punto es la discusión presentada, con ocasión del caso "Deuda Subordinada" en CHANA y otros (1995). Respecto de la sentencia principal comentada en este trabajo, GONZÁLEZ CASTILLO (2007) hace alusión al tema de la retroactividad, aparentemente asumiendo, no sin riesgo, que se está ante un caso de esa naturaleza.

En efecto, dicho artículo 12 indica que “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 ...”.

En seguida, se plantea que una norma regulatoria no necesita estipulación especial para entenderse incorporada en un contrato entre particulares¹⁰ y que la no observancia de este contenido implícito (norma regulatoria legal o reglamentaria) adolecería de objeto ilícito¹¹. En tal sentido, se sostiene que no se puede alterar, modificar o dejar sin efecto por acuerdo privado entre las partes (*ex ante* o *ex post*) el contenido de una regulación, ya que tal situación implicaría incorporar al comercio normas jurídicas indisponibles para los particulares, como aquellas pertenecientes al derecho público chileno¹². En definitiva, esta línea argumental concluye que no se puede tener derecho de propiedad sobre normas, debido, en último término, a que la Constitución garantiza el derecho de propiedad sobre toda clase de *bienes*, no sobre todas clase de *cosas*, ya que hay cosas que no son apropiables y, por ende, no son bienes¹³.

Sintetizando, en parte, la alusión a lo que significa que una norma jurídica pertenezca o no al ámbito del derecho público (equiparado por algunos a la noción de orden público o de orden público económico)¹⁴, la empresa requerida, en palabras del mismo TC en el caso objeto de examen, hizo presente que:

¹⁰ Esta aseveración de que en todo contrato hay un contenido expreso y un contenido implícito se funda en el Art. 1546 CC, el cual dispone que “los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que *emanan* precisamente de la *naturaleza de la obligación que por ley o costumbre pertenecen a ella*” (énfasis agregado).

¹¹ El Art. 1462 del Código Civil indica como un tipo de objeto ilícito “todo lo que contraviene el derecho público chileno”.

¹² Sin que se aluda al Art. 1462 del CC., ha sido habitual la discusión argumental en nuestras Cortes como ante el TC que pretende dirimir si la regulación que estaría interfiriendo en los derechos contractuales adquiridos con anterioridad es o no imperativa según si se estima que está rigiendo o no situaciones comprendidas dentro de lo que se conoce como orden público (o público económico) u orden privado. En el mismo sentido, se suele discutir distinguiendo si la regulación que causa interferencia puede considerarse como una norma de derecho público o de derecho privado y, de esta manera, verificar si alterar o no contratos válidamente celebrados con anterioridad. Para una crítica a las distinciones anotadas, por su equivocación e irrelevancia en atención a lo discutido, ver CHANÁ Y OTROS (1995).

¹³ Este tipo de argumentación puede encontrarse en MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (División Jurídico-Legislativa) (2000).

¹⁴ Más allá de lo comentado en una nota al pie anterior, esta alusión a las nociones de orden público y orden público económico se suele hacer al intentar conectar (muchas veces en forma no explícita) la imperatividad de una norma regulatoria con el tenor y sentido del inciso 1° del N° 21 del Art. 21 de la Constitución, el cual impone como límite el respeto al orden público y a las normas que regulan la actividad económica.

“[c]omo 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”¹⁵.

A nivel jurisprudencial, si bien no cabe desconocer el explícito reconocimiento a la postura clásica, la cual tuvo su punto cúlmine con la discutida sentencia del TC en el caso “Deuda Subordinada”, es posible advertir algunas sentencias de nuestros tribunales de justicia más cercanas a la visión recién expuesta¹⁶. En todas ellas se alegó una vulneración al Art.19 N° 24 (Derecho de Propiedad), sin embargo, la argumentación descansó en una crítica a la postura clásica desde el prisma “privatista” y/o recurrió a distinciones generales (sin mucha atención a lo constitucional) sobre el ámbito privado o público en el cual las normas regulatorias (modificadorias de los efectos de contratos privados anteriores) se desenvolvían.

¹⁵ Ver parte final de los “Vistos” de la Sentencia del TC (Rol 505-06 y 506-06). A continuación de la cita transcrita, Transelec S.A. alude a la imperatividad de la Ley N° 19.940, manifestando (en palabras del TC) que:

“[t]odos 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. (...) 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.”

¹⁶ Ver, por ejemplo: (a) Sentencia de la CS (Rol N° 2472-99, de 4/8/1999) recaída en el Recurso de Protección: Norgener S.A. contra el Presidente de la República y el Ministro de Minería, la cual confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de

IV. MARCO ANALÍTICO PROPUESTO EN LA SENTENCIA DEL TC Y RECONFIGURACIÓN DEL MISMO

La actual sentencia del TC objeto de análisis marca, por un lado, un distanciamiento fundamental (y quizás definitivo) respecto de la postura clásica, pero, por otro, implica un tipo de argumentación menos civilista y más constitucional, amén de una calidad y profundidad argumentativa (se incluye el voto disidente) superior a la exhibida por nuestra Corte Suprema e, incluso, por el mismo Tribunal Constitucional en sentencias anteriores¹⁷.

La sentencia, en su parte considerativa, divide su análisis intentando responder a tres interrogantes: ¿Puede la requirente alegar un derecho de propiedad sobre un crédito establecido en un contrato cuya validez no ha sido impugnada? ¿Cuál es el estatuto jurídico constitucional de amparo de ese derecho? ¿Produce o no un resultado contrario a la Constitución la aplicación de la nueva ley por sobre las cláusulas del contrato ya celebrado?¹⁸.

Con base en las tres interrogantes planteadas por el TC y que le sirven de marco analítico para desarrollar su argumentación, se elaborará un marco de análisis que vaya haciéndose cargo, de manera lógica, progresiva y, ojalá, clara, de diferentes temas de importancia a los que convoca casos como el tratado en la sentencia que se comenta.

(1) AFIRMACIÓN INICIAL: habiendo una indemnización o compensación justa y legal por la pérdida (privación) que se ocasionare, siempre será constitucionalmente admisible una intervención reguladora que (basada en el interés público) altere un contrato previamente celebrado.

Santiago (Rol N° 3857-98, de 8/7/1999); (b) Sentencia de la CS (Rol N° 3603-01, de 4/12/2001) recaída en un Recurso de Reclamación en contra de la Superintendencia de Electricidad y Combustible; (c) Sentencia de la CS (Rol N° 660-03, de 29/4/2003) recaída en el Recurso de Protección: Entel PCS Telecomunicaciones S.A. contra Subsecretario de Telecomunicaciones, la cual revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 5768-02); etc.

¹⁷ Solo a modo ilustrativo, si se examina y compara la profundidad argumental de estos dos fallos del TC que se comentan con el, por muchos, alabado fallo de la CS en el caso Palacio Pereira (Inmobiliaria Maullín), es posible constatar una gran diferencia a favor de los primeros. Un análisis favorable respecto de la orientación de la sentencia de la CS en el caso Palacio Pereira (CS, rol N° 4309/2002) puede encontrarse en FERMANDOIS (2005). La postura opuesta puede verse en GONZÁLEZ CARVAJAL (2006).

¹⁸ Ver considerando 14.

El derecho constitucional amparado por el Art.19 N° 24, en su faceta sustantiva más que formal, tiene una naturaleza distinta de otros derechos garantizados por la Constitución, como, por ejemplo, el derecho a la vida. En este último, el objeto de protección es el derecho en sí mismo. En el primero, en cambio, lo protegido es el contenido económico del derecho¹⁹.

Utilizando un lenguaje más afín con el análisis económico del derecho²⁰, el derecho a la vida está concebido como una regla de inalienabilidad: el ordenamiento jurídico busca que ese derecho nunca sea violado²¹. Por el contrario, el derecho de propiedad que protege la Constitución es más asimilable a lo que CALABRESI Y MELAMED aluden como regla de responsabilidad, esto es, el ordenamiento jurídico admite que sea vulnerado (o, mejor dicho, que la propiedad protegida sea expropiada) siempre que la pérdida experimentada por la vulneración sea compensada. De ahí que también pueda hablarse de “regla de compensación”. En tal sentido, parece razonable referirse a la garantía del derecho de propiedad (en su faceta sustantiva) como una garantía de integridad patrimonial.

Lo que se quiere manifestar con lo anterior es que sería impropio entrar a argumentar que no se puede intervenir, regular, limitar o privar la propiedad (sobre bienes corporales o incorporeales) simplemente porque se tiene un derecho garantizado por el Art. 19 N° 24, olvidándose que dicha propiedad sí puede ser intervenida cumpliendo con los requisitos constitucionales establecidos. Hay veces (no siempre) en que las argumentaciones basadas en la postura clásica parecen dar a entender que una vez que se acredita que se está en presencia de un derecho susceptible de protección constitucional (como en el caso de un derecho adquirido en virtud de un contrato celebrado previamente) la discusión se acaba y este no puede “tocarse” sin infringir la Constitución. Lo recién manifestado, no obstante, no significa que solo puede limitarse la propiedad en la medida en que exista una compensación, tal como se analizará más adelante.

¹⁹ Desde luego, el principio de reserva legal también involucrado en dicho artículo busca ser protegido en sí mismo. No tiene una variante económica que haga admisible infringirlo manteniendo indemne su “contenido económico”. Es por ello que se está haciendo referencia al aspecto más sustantivo (si se permite la distinción) que se aspira a proteger.

²⁰ Ver, a este respecto, a CALABRESI y MELAMED (1997).

²¹ Lo anterior es independiente de la discusión sobre el carácter no absoluto de los derechos constitucionales. Igualmente, la naturaleza de este tipo de normas inalienables y aquello que pretenden (la protección total) es independiente que, en la práctica, estos sean vulnerados.

Dicho lo anterior, se procederá a reformular o “desmenuzar” el marco analítico de modo de ir planteando (en un orden que parezca lógico) diferentes interrogantes que permitan, paso a paso, servir de guía.

(2) PRIMERA PREGUNTA: ¿Existe un derecho de propiedad protegido por la garantía constitucional de integridad patrimonial?

Esta primera interrogante puede, a su vez, dividirse en las siguientes: ¿Existe un derecho o se está en presencia de simples expectativas, intereses o situaciones meramente favorables? Verificándose la existencia de un derecho ¿hay propiedad (y, por ende, protección constitucional) sobre el mismo?

Sobre el caso particular que motivó el pronunciamiento del TC y obviando las discusiones y apreciaciones que pueden desarrollarse sobre estas preguntas derivadas²², el TC fue enfático en señalar que:

“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 el caso”²³.

(...)

“[E]s 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 incorporal que consiste en no pagar más de lo pactado”²⁴.

(3) SEGUNDA PREGUNTA: ¿Existe alguna justificación de interés público que respalde la intervención reguladora sobre el derecho protegido?

Utilizando las palabras del TC la pregunta es la siguiente: ¿Se encuentra constitucionalmente legitimada la regulación y limitación del derecho de propiedad que podría significar la aplicación del artículo 3° transitorio sobre los bienes incorporeales establecidos en el contrato que liga a las partes?²⁵.

²² A modo ilustrativo sobre un asunto que fue de interés, véase la discusión que sobre el particular existió a propósito del caso “Deuda Subordinada”. Véase el voto disidente de la sentencia, así como las divergencias entre los comentaristas.

²³ Considerando 15.

²⁴ Considerando 16.

²⁵ Ver título del acápite VII que antecede al considerando 27.

En el lenguaje del Art.19 N° 24, hay que verificar si la limitación u obligación, la cual tiene que ser establecida por ley (la garantía formal a la que se ha aludido en distinción de la sustantiva), deriva o no 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.

(A) Posible (pero equivocado) argumento previo

Una **opción argumentativa previa** podría llevar a plantear que nunca puede haber una justificación de interés público que legitime la intervención reguladora del Estado sobre derechos emanados de un contrato válidamente celebrado con anterioridad. En otras palabras, la autonomía de la voluntad en ningún caso puede ceder ante el interés público mientras los efectos del contrato se mantengan vigentes. No existe una supuesta función social que posibilite la limitación de la propiedad sobre un derecho incorporal. Una argumentación de este tipo implicaría establecer el principio de la intangibilidad absoluta de los contratos, los cuales no podrían ser limitados ni aun en caso que existiera compensación. Más que ante una regla de responsabilidad o compensación (según el lenguaje del análisis económico del derecho) dirigida a proteger el contenido económico de un derecho, se estaría en presencia de una verdadera regla o derecho inalienable el cual se erigiría como muro infranqueable frente a cualquier limitación o regulación del legislador. En este sentido, de aceptarse lo recién dicho implicaría desestimar la “afirmación inicial” (efectuada con anterioridad) que plantea que siempre será constitucionalmente admisible una intervención reguladora habiendo una compensación legal y justa por la pérdida patrimonial sufrida por la misma.

Una posición como la recién expuesta es evocativa de la interpretación constitucional de la Corte Suprema de EE.UU. anterior al período conocido como *new deal*, en especial del renombrado fallo *Lochner v. New York*²⁶. Aunque, debe reconocerse que incluso en dicho caso, la opinión mayoritaria en dicha sentencia admite, teóri-

²⁶ En dicho fallo [198 U.S. 45 (1905)] la Corte declaró la inconstitucionalidad de una legislación del estado de Nueva York que establecía que ningún empleado trabajará en una panadería (“*biscuit, bread or cake bakery or confectionary establishment*”) más de sesenta horas en una semana o más de 10 horas en un día. Se argüía que dicha legislación atentaba contra el derecho general a celebrar un contrato en relación a su negocio, parte de la libertad individual protegida por la 14ª enmienda. Se sostenía que el derecho a comprar o vender el recurso económico “trabajo” era parte de la libertad protegida por dicha enmienda, la cual impedía que el estado pudiera privar a una persona de la vida, libertad o propiedad sin un debido proceso legal (en este caso, *substantive due process*, como se le conoce).

camente, que pueda existir una limitación derivada del poder de policía, la que, en todo caso, no contaría (según dicha opinión) con una justificación de interés público para su ejercicio en el caso aludido. Subyacente al razonamiento constitucional que precedió la revolución de derechos que se reflejó a partir del *new deal*, estaba la idea del respeto por el *statu quo* y la debida neutralidad en términos redistributivos que debía tener toda intervención gubernamental. De ahí que se hablara que la intervención o acción gubernamental, a diferencia de su inacción, resultaba constitucionalmente complicada²⁷. Considerando el tipo de filosofía de que da cuenta el fallo *Lochner*, no fue casualidad que desde la resolución de dicho caso hasta mediados de la década del treinta la Corte Suprema norteamericana haya invalidado cerca de 200 regulaciones económicas, muchas de ellas fundadas en la aplicación de la 14^a enmienda referida al debido proceso (sustantivo).

La argumentación esgrimida en virtud del cual no existiría posibilidad constitucional alguna de afectar por ley un contrato válidamente celebrado con anterioridad fue explícitamente (y, en nuestra opinión, también, acertadamente) rechazada por el TC:

“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 incorpóreos, 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”²⁸.

Más adelante, en el considerando 18, la sentencia reitera lo dicho destacando que sostener la intangibilidad absoluta de los contratos carece de fundamento constitucional.

Despejando la posibilidad de argüir sobre la base de un respeto absoluto a la intangibilidad de los contratos, cabe entrar a responder derechamente la segunda pregunta que da inicio a este apartado y que se examina a continuación.

²⁷ STONE Y OTROS (1996) p. 829 (citando a SUNSTEIN).

²⁸ Considerando 17.

(B) ¿Existe alguna justificación de interés público que respalde la intervención reguladora sobre derechos derivados de un contrato y sobre los cuales existe propiedad?

La sentencia explica que, en el caso concreto en estudio, sí existe dicha justificación legitimante²⁹ y que esto es así a pesar del hecho de que al tratarse de un derecho de origen contractual la admisibilidad de la justificación es más improbable³⁰.

Efectivamente, para justificar un cambio regulatorio consistente en pasar de un sistema tarifario por el uso de las instalaciones de transmisión troncal basado en un acuerdo bilateral regulado a uno fijado por la autoridad, aludió a razones de “utilidad pública”. Como lo manifiesta el TC, “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”³¹. El legislador (en palabras del TC) “no obró por capricho”³². “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”³³.

El TC entró a analizar la naturaleza de las materias reguladas por el artículo 3º transitorio para determinar si existía o no justificación en razón de la función social de la propiedad que se funda en la utilidad pública. De hecho, manifiesta que tal análisis resulta indispensable para tal fin³⁴. Como resultaba fácil colegir, un servicio económico básico como la energía eléctrica no era una materia irrelevante desde el punto del interés público.

Podría, eventualmente, sostenerse que así como no se trató en el caso en comento de “un mercado cualquiera” como lo señalara el TC, sí existirían, por el contrario, mercados irrelevantes desde el

²⁹ Ver apartado VII, considerandos 27 a 37.

³⁰ Ver considerando 19.

³¹ Considerando 31.

³² Oración final del considerando 30.

³³ Considerando 31, parte final.

³⁴ Considerando 29.

punto de vista del interés público. Posiblemente, más que la distinción entre mercados relevantes o irrelevantes, algo sumamente difícil de dirimir sin atender a la situación fáctica concreta, sea más significativo como fundamento subrayar la alusión a “trasladar costos de hombros de unos privados a otros”. Las transferencias desnudas (“*naked transfers*”) a que da lugar una intervención estatal, esto es, aquellas que dan lugar a transferencias de un “hombro” a otro sin mediar un beneficio o interés público subyacente no son admisibles. El capricho no tiene sustento en la Constitución. En efecto, una garantía constitucional como la del derecho de propiedad (la cual admite limitaciones o privaciones por parte del Estado en razón del interés público)³⁵, conocida en lo fundamental en otras jurisdicciones como cláusula de dominio eminente, podría tener su razón de ser última (siguiendo en esto a constitucionalistas norteamericanos) en que si el Estado está buscando producir algún beneficio público, lo apropiado sería que el pago provenga del público o sociedad toda (o sea, los contribuyentes) más que de individuos identificables sobre los que recaiga una pérdida o privación muy grande. El requerimiento de compensación o indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado operaría como un seguro para tal efecto. Además, la compensación tiende a reducir la probabilidad de que producto de una intervención estatal ocurra una mera transferencia a expensas de “A” para favorecer a “B”. La voluntad pública (de la sociedad) de pagar por el beneficio transferido sugiere que algún bien público general está involucrado³⁶.

Para concluir con esta parte, permítase un muy breve comentario a la alusión del TC en relación a la improbabilidad de que pueda estar involucrado el interés público en casos de intervención estatal en contratos privados³⁷. Resulta interesante la reflexión contenida

³⁵ Entiéndase dicha aseveración en la medida en que se consideren todos los requisitos constitucionales pertinentes, entre ellos que exista indemnización en caso de privación o expropiación (términos utilizados como sinónimos, para estos efectos). Cuando aludimos al interés público se está haciendo referencia, atendiendo al lenguaje de nuestra Constitución, a la función social de la propiedad y los elementos que la comprenden, como las exigencias derivadas de los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Para evitar equívocos, resulta útil repetir que aunque exista compensación, una privación o expropiación no sería admisible si no hay un interés público. Nuestra Constitución utiliza las expresiones utilidad pública e interés nacional: “expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional”.

³⁶ En lo expresado sigo a STONE y otros (1996), p. 1646.

³⁷ La última parte del considerando 19 expresa que “[e]l 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”.

en la Sentencia. En general, expresiones como interés general, utilidad pública o interés nacional implican estándares generales fáciles de cumplir para el legislador. No puede decirse que dichos estándares constriñan demasiado el espacio en el cual el legislador puede moverse. Son múltiples las justificaciones de interés público que pueden presentarse para fundar una intervención reguladora y, sobre el particular, no puede decirse que un tribunal constitucional está en mejores condiciones de hacerlo que un congreso. No obstante, el TC resaltó bastante que no tiene por qué presumirse el interés público cuando el Estado se inmiscuye en un contrato entre privados. La señal que se da es que la deferencia del TC con el Poder Legislativo no tiene por qué darse como un hecho. Las palabras del TC son claras:

“el hecho que no haya impedimento para que el legislador pueda regular o limitar la propiedad sobre cosas incorporales 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”³⁸.

Razonable parece exigir del legislador una justificación de interés público. Si un mensaje o moción no la contuviere se vería seriamente dañada su posibilidad de pasar con éxito un control de constitucionalidad. Sin embargo, el desafío posiblemente sea mayor para el TC que para el legislador. No será fácil para un TC descartar una pretendida justificación de interés público invocada por el legislador.

(4) TERCERA PREGUNTA: ¿Debe compensarse al perjudicado por la intervención reguladora?

¿Cuándo una intervención reguladora o limitadora pasa a transformarse en una privación o expropiación compensable o indemnizable? La pregunta de rigor en palabras del TC es la siguiente: ¿Es la aplicación al caso *sub lite* del artículo 3º transitorio una limitación o una regulación del derecho de propiedad del requirente, o por el

³⁸ Considerando 19, primera parte.

contrario, le priva de un derecho o de alguna de las facultades esenciales del dominio?

Primera posibilidad: todo daño debe ser compensado

Podría caerse en la equivocada tentación de suponerse que cualquier variación legal al *statu quo* que importe un daño patrimonial implicaría una vulneración al derecho de propiedad del afectado. Y, bajo el pensamiento anterior, podría agregarse que así como el Estado puede expropiar el dominio a cambio de una justa compensación, igual cosa debiese ocurrir cuando una determinada regulación (en este caso legal) deteriora parte del patrimonio valuable en dinero de una persona o empresa alcanzada por esta. Y, de no contemplarse una justa compensación, proseguiría el argumento, habría una violación constitucional.

Para entender la situación debiese, primeramente, tenerse presente que lo habitual es que los cambios normativos (sean retroactivos o no) tengan, en alguna magnitud, un efecto distributivo, es decir, que impliquen la transferencia de recursos de aquellos que pierden por verse negativamente afectados por la regulación a aquellos que ganan o se benefician de ella. Lo anotado resulta muy evidente ante la presencia de regulaciones con un marcado acento y justificación redistributiva. Pero es útil tener presente que incluso en regulaciones que tienen como norte la eficiencia (económica), como la que atañe al caso comentado, lo normal será que estas lo sean en el sentido *Kaldor-Hicks* (los ganadores ganan más de lo que los perdedores pierden) y no de Pareto (eficiencia entendida como aquella situación en que se mejora a uno o más sin empeorar a nadie).

Como se desprende de lo anterior, si fuera deber del Estado compensar cada vez que por su actividad normativa o regulatoria se termine provocando un daño a un particular no habría posibilidad alguna de una solución que en la práctica fuera operativa. Es por ello que se hace necesario pensar en la existencia de un umbral más allá del cual compensar y más acá del cual aceptar el sacrificio.

Si todos los afectados por cambios normativos tuviesen derecho a que su posición se mantuviera intacta o al menos se compensara por su valor económico, ello equivaldría a suponer que las Constituciones hubiesen adoptado sistemas de votación por unanimidad o de supermayorías cercanas a ella. El test de la unanimidad es, de hecho, idéntico al test de la compensación, si la compensación es interpretada como el pago, negativo o positivo, que se requiere

para asegurar su consentimiento (de las minorías que reciben las cargas)³⁹.

En síntesis, no es deber del Estado (en este caso, del Estado-legislador) compensar cada vez que por su actividad normativa o regulatoria se provoque un daño a un particular. Pero siendo cierto que no todo daño debe ser compensado, se puede agregar que es igualmente cierto que cualquier pérdida debe ser explicada y justificada en función del interés público (como se indicara en acápites anteriores), además de no revestir una severidad tal que implique una suerte de expropiación⁴⁰ y, por ende, dé lugar a indemnización o compensación.

Segunda posibilidad: si no todo daño debe ser compensado, cuál es el criterio para dirimirlo

Admitida la posibilidad de interferencia (afectando derechos) cabe preguntarse en qué casos debe compensarse como si se tratara de una expropiación o privación de la propiedad (o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, utilizando la equivalencia reconocida en la Constitución)⁴¹ y en qué situaciones se está en presencia de una limitación o regulación que debe ser soportada sin que se tenga que indemnizar.

Como se ha explicado, cuando está involucrado el tema de la compensación, estamos introduciéndonos en el terreno de la redistribución por acto legislativo o regulatorio y del respeto o no por el *statu quo*. En otras palabras, nos estamos preguntando por si el cambio dio origen a ganadores y perdedores, y en qué situaciones estos últimos merecen quedar indemnes⁴².

En el caso concreto sometido a la decisión del TC es posible apreciar, como efecto redistributivo de la nueva regulación legal de la transmisión eléctrica, una transferencia de riqueza de algunas gene-

³⁹ Sobre el particular podemos encontrar referencias en MONTT (2006).

⁴⁰ En la fértil jurisprudencia y doctrina norteamericana se habla de “regulatory taking” o expropiación regulatoria (puede hablarse también de regulación expropiatoria).

⁴¹ El inciso 3° del Art. 19 N° 24 de la Constitución dispone que “[n]adie 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 general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”.

⁴² En el presente artículo se intenta responder a esta interrogante desde el análisis de la garantía de la integridad del patrimonio establecida en el Art.19 N° 24 de la Constitución. Es posible admitir, no obstante, que dicho ejercicio podría, eventualmente, realizarse bajo el amparo de otras garantías constitucionales, tales como el Art.19 N° 20 y el Art. 19 N° 26.

radoras (en particular de Eléctrica Puyehue y Eléctrica Panguipulli) a la compañía de transmisión eléctrica HQL Transelec y, posiblemente de manera más mínima, indirecta y difusa, a los usuarios de energía eléctrica del sistema interconectado central.

La búsqueda de parámetros que permitan distinguir aquella redistribución permitida de aquella no permitida, es decir, de aquello que solo implica una limitación o regulación (no indemnizable) de lo que puede considerarse como expropiación o acto indemnizable está en el fondo de lo que se discutió en el seno del Tribunal Constitucional.

Ante el caso en comento, algunos podrán argüir que el cambio legislativo no está etiquetado como uno de carácter expropiatorio, de modo que mal puede alegarse su existencia y, por ende, su derecho a indemnización (1). Otros podrán indicar que la ley tiene un carácter general y no ha implicado enriquecimiento alguno en el patrimonio estatal, de forma que no existiría causa para alegar una compensación (2). En seguida habrá quienes estimen que la nueva regulación legal no alcanza a transformarse en expropiación debido a que la magnitud de la pérdida no es lo suficientemente significativa o, utilizando un lenguaje distinto, debido a que no ha afectado en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario ya que si bien se está obligando a pagar un precio diverso del estipulado en el contrato (y, por ende, afectado su patrimonio), la empresa afectada puede seguir usando, gozando o disponiendo del uso de la instalación de transmisión eléctrica. No se estaría vulnerando la esencia del derecho de propiedad (3). Finalmente, algunos podrán estimar que es irrelevante si la pérdida experimentada es alta o baja, y que basta con que se quite o prive a las compañías de generación eléctrica el derecho sobre el precio (elemento esencial del contrato y, asimismo, esencia del derecho de propiedad que se tiene) para que se consuma una expropiación y, consiguientemente, para que se mantenga indemne de cualquier pérdida al afectado (4). A continuación se explicará y detallará en mayor medida (y bajo una óptica más teórica) los distintos parámetros esbozados precedentemente⁴³.

(1) *Argumento formal restringido*: solo cabe compensar o indemnizar aquellos cambios legislativos que sean rotulados explícitamente como expropiatorios.

⁴³ Ciertamente no son los únicos que pueden esgrimirse. El tema que nos ocupa es uno complicado y de muy larga data.

La misma Constitución señala que el expropiado podrá reclamar la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios, todo lo cual está desarrollado en el DL. N° 2186 de 1978, el cual agotaría el desarrollo normativo y aplicabilidad de la garantía establecida en el Art.19 N° 24. Si se atiende a lo dispuesto en el decreto ley indicado resulta difícil imaginar una expropiación al margen del procedimiento definido en el mismo. No es posible utilizar el procedimiento y las acciones establecidas en el mencionado decreto ley para reclamar por un acto no singular o por un acto no identificado como expropiatorio, propiamente tal⁴⁴. Más aún, tratándose de la eventual expropiación de una cosa incorporal (por ejemplo, un derecho derivado de un contrato) las posibilidades son menores, toda vez que el mencionado decreto ley fue, posiblemente, redactado pensando en casos de apropiación de cosas corporales⁴⁵.

(2) *Argumento de la separación conceptual y de la diferenciación entre la apreciación en abstracto y en concreto de la norma objeto de control constitucional*: las regulaciones, limitaciones o delimitaciones son una categoría conceptual diferente de las expropiaciones, de modo que nunca las primeras podrán llegar a transformarse en lo segundo⁴⁶.

Eduardo ALDUNATE plantea que la indemnización, en la expropiación, es compensatoria como contrapartida del enriquecimiento que se produce en el patrimonio público⁴⁷. En opinión del autor recién citado, para que exista expropiación debe siempre poder identificarse la existencia de un beneficio en el patrimonio público producto de una intervención específica. Complementariamente, ALDUNATE sostiene que “el examen de constitucionalidad de una regulación constitucional del dominio tiene siempre un carácter abstracto, sin que valga, en este nivel, la consideración de las variables hipótesis de hecho que podrían producir menoscabo patrimonial particularmente gravoso”⁴⁸. Es decir, si una determinada regulación de carácter general produce una consecuencia patrimonial adversa o negativa en algún regulado en razón de las particulares circunstancias de hecho que le afectan, pero que no necesariamente ocurrirá en otros casos o hipótesis, no se estaría en presencia de una expropiación (ni del derecho a compensación correspondiente)⁴⁹. Bajo esta óptica

⁴⁴ Para una explicación de la concepción restringida y formal de expropiación *versus* una sustantiva y más amplia, ver a MONTT (2005) p. 70-72.

⁴⁵ La única mención a cosas incorporales se encuentra en el Art. 7 inciso 1°.

⁴⁶ En esto sigo el interesante trabajo del profesor Eduardo ALDUNATE (2006) p. 296 y ss.

⁴⁷ ALDUNATE (2006), p. 299.

⁴⁸ ALDUNATE (2006), p. 297. En similar sentido, CORDERO (2006).

no sería adecuado, en opinión del aludido autor, pensar que una regulación pueda devenir en expropiación, por ejemplo, en atención a la severidad o gravedad de la lesión o daño infligido al perdedor o a los perdedores con la regulación. El mismo ALDUNATE, comentando el fallo del TC, rol 245 y 246 de 2 de diciembre de 1996 (caso acceso a playas) explicaba que la gravedad de la lesión que imponía la regulación que establecía el deber de permitir un acceso hacia playas públicas solo podía determinarse en concreto y que era efectivamente posible pensar en la hipótesis donde la lesión resultante fuera irrisoria, como podría ocurrir con la habilitación de un paso a la playa de 100 metros de un predio de 200 hectáreas. Ante un caso así, el mencionado autor sostiene que “no era la regulación misma, sino determinadas condiciones de hecho las que podían hacerla particularmente gravosa, salvando de este modo su carácter de limitación por sobre la confusión conceptual con la privación”⁵⁰. Según la opinión expuesta, no tendría sentido que se pudiera declarar la constitucionalidad de una regulación para un caso y no para otro, además de la crítica que se hace a la ausencia de un criterio claro para determinar cuándo la lesión asociada a una regulación se transforma en otra lesión, pero esta vez en aquella inherente a toda expropiación. Para Aldunate, aquel que se vea muy perjudicado, en términos concretos, por una determinada regulación, debiera buscar una indemnización basado, eventualmente, en la supuesta falta de igualdad en las cargas públicas (Art.19 N° 20) más que en la garantía del Art.19 N° 24. Es decir, la necesidad de indemnización de determinadas regulaciones se debiera hacer no sobre la base de considerarlas expropiatorias, sino, en su caso, por ser lesivas al principio de proporcionalidad⁵¹.

⁴⁹ El mismo ALDUNATE (2006), p. 297 explica que “[c]uando la consecuencia depende de las circunstancias de hecho, pero la regulación en sí misma admite una hipótesis compatible con el régimen dominical, habría que concluir que necesariamente estamos ante una medida de carácter general no ablativo en sí misma, siendo sus consecuencias negativas parte de las cargas públicas que como regla general trae aparejada toda regulación”.

⁵⁰ ALDUNATE (2006), p. 297.

⁵¹ Según explica ALDUNATE (2006, p. 298), una consecuencia económica desfavorable de una regulación propietorial puede considerarse como una carga (patrimonial) pública de aquellas aludidas en el Art. 19 N° 20 de la Constitución. Si bien dicho artículo de la Constitución se refiere solo a la igualdad de las cargas públicas, entre las cuales puede incluirse a los tributos, el aludido autor hace extensiva la limitación de que los tributos no pueden ser “manifiestamente desproporcionados e injustos” a las demás cargas públicas. Con la licencia interpretativa anterior, dicho autor concluye: (1) que es posible hacer aplicable a limitaciones como la estudiada el test de proporcionalidad (principio que, como él recuerda, es subyacente de toda regulación o limitación de derechos fundamentales según la doctrina y jurisprudencia alemana) y (2) que la desproporción tiene que ser “manifiesta” para que pueda reprochársele al legislador su actuar.

(3) *Argumento de la regulación expropiatoria* o de cómo, luego del análisis concreto de un caso, una regulación puede ser también una expropiación indemnizable.

El mismo TC en la sentencia objeto de comentario se aparta de las argumentaciones anteriores al confirmar que también una regulación puede dar lugar a una expropiación (existiría un continuo conceptual), y que esto es así aunque no se autocalifique dicho acto como expropiatorio.

El **planteamiento del TC** admite tácitamente o explícitamente: (a) la existencia de un continuo conceptual entre limitación (o regulación) y privación (o expropiación), de modo que en algún punto medio (la distinción entre una u otra sería una cuestión de grados) será posible distinguir cuando una limitación (no indemnizable) deja de ser tal para transformarse en una expropiación (indemnizable). De hecho, reconoce explícitamente la noción de “regulaciones expropiatorias”; (b) que el concepto de expropiación es uno de carácter sustancial más que formal, de modo que la denominación que se utilice no es necesariamente determinante. Es decir, puede haber una expropiación independiente que la ley no haya utilizado tal término jurídico; (c) que la equivalencia que hace la Constitución entre privación de la propiedad y privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio es útil; (d) que la utilización de argumentaciones y criterios constitucionales es más apropiada que aquellos más comunes en el ámbito civil como los de “intangibilidad de los contratos” o “irretroactividad de las leyes”; y (e) que la magnitud de la limitación o regulación resulta importante como criterio de distinción entre una limitación o regulación y una privación o expropiación.

En efecto, en su parte conceptual más relevante el TC señala lo siguiente:

“20. (...) es necesario determinar si realmente [las limitaciones y regulaciones establecidas en el artículo 3° transitorio] 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”*.”

[...]

“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 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, desnaturizaría 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.” (Énfasis agregado).

El TC realiza dos ejercicios argumentales: uno de carácter teórico como el mostrado en los considerandos precedentes y otro (posiblemente más desafiante) en que intenta aplicar la teoría al conflicto concreto entre las empresas generadoras Panguipulli y Puyehue, esto último lo cual puede apreciarse en los considerandos 24 a 26.

A modo de síntesis, el TC plantea que si bien el cambio legislativo de que da cuenta el Art. 3º transitorio (norma específica impugnada) es general y tiene por finalidad regular y no privar, sí tiene un impacto en el patrimonio de las compañías de generación eléctrica involucradas. Esto se refleja en la alteración en el precio que había sido pactado contractualmente por el uso de la infraestructura de transmisión. Reconoce el TC que hay alteraciones en el precio que pueden llegar a implicar una expropiación (o privación de la esencia del derecho de propiedad), pero estima que la magnitud de la pérdida o de la menor utilidad económica o lucro que dejarán de percibir las generadoras en virtud de esta regulación modificadora de contratos previos es razonable. En efecto y como se dice en el considerando 26, referido a la “razonabilidad de la magnitud” (según la última frase del considerando 25):

“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 ...”

El fallo parece bien orientado, pero en él no se entra a un análisis concreto de cuál fue la magnitud de la pérdida de utilidad o beneficio económico o lucro. Al parecer, los demandantes no entraron a detallar cuál habría sido el efecto pecuniario de la regulación legal que impugnaron. De hecho, en el considerando 26 el TC sostiene

que “la requirente no ha alegado que las condiciones que establece el artículo la priven de obtener lucro”. Se habla de la importancia de la magnitud de la pérdida sufrida por la limitación legal, luego se sugiere su razonabilidad, pero del fallo no se desprende fundamento empírico alguno para tal aseveración.

(4) *La argumentación del voto de minoría: ¿es muy distinto al fallo de mayoría?*

El **voto de minoría**, por el contrario, no entra, aparentemente, a analizar cuánta disminución del lucro o utilidad económica de un negocio es permisible constitucionalmente y cuánto no⁵². En el considerando sexto, por ejemplo, se afirma “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”.

Como se reseñaba con anterioridad, el criterio no radicaría en si la pérdida experimentada es alta o baja, sino más bien en un parámetro supuestamente más automático y simple: aquí se quitó el derecho sobre el precio, elemento esencial de la transacción o negocio, por lo tanto se privó de un atributo o facultad del dominio⁵³. Si antes se establecía contractualmente que las empresas generadoras involucradas podían acceder a las líneas de transmisión no pagando más allá de determinado precio, el cambio por ley de las reglas contractuales implica un cercenamiento equivalente a una privación. La protección del *statu quo* parece ser elevada bajo este tipo de razonamiento. En la interpretación del profesor ARÓSTICA, el cual suscribe lo planteado por el voto de minoría, “[n]o hay, entonces, tal ‘poquito tolerable’ (en coloquial) de los derechos ya consolidados e ingresados a los patrimonios de las personas que el Estado tenga licencia para hacer desaparecer. No hay allí un margen de maniobra o discrecionalidad de que el legislador pueda disponer”⁵⁴.

⁵² Decimos “aparentemente” debido a que en el considerando trece del voto de minoría se manifiesta que “la ventaja patrimonial o utilidad económica de la cosa ... ha sido afectada sustancialmente”, con lo cual se está entrando en una suerte de ponderación de la intensidad de la afectación, no distinguiéndose del tipo de lógica utilizada en el fallo (voto mayoría).

⁵³ Textualmente el voto de minoría dice así: “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.” (Énfasis agregado).

⁵⁴ ARÓSTICA (2007) p. 430.

Podría pensarse que en el voto de minoría se utiliza un criterio menos escurridizo que el de determinar el grado de magnitud aceptable de la limitación o regulación de que se trate. Sin embargo, también podría sugerirse que el tipo de argumentación entre este voto y la opinión de la mayoría del TC que terminó predominando no es tan disímil. Ambos de una u otra forma aceptan que una regulación o limitación pueda llegar a ser una privación o expropiación. Ambos aceptan tácitamente la teoría del continuo conceptual, aunque en el voto de minoría las limitaciones y obligaciones legales a la propiedad parecen tener un carácter y número más acotado:

“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)”.

En el plano teórico y retórico es más fácil plantear la diferencia existente entre una limitación y una privación que en el ámbito concreto o aplicado. En teoría se puede decir, por ejemplo, que “en común, limitaciones y obligaciones acotan o reducen algún atributo o facultad del dominio, pero no lo suprimen. En este punto se distinguen de la privación”⁵⁵. No obstante, discriminar, en la práctica, cuándo se está ante una reducción o a una supresión no siempre será sencillo. El fallo de mayoría sostiene que en el caso analizado se está en presencia de una variación en la cuantía, pero que sigue habiendo un precio. El voto de minoría plantea, en contraste, que lo que ha ocurrido en la especie es que se ha suprimido la cláusula relativa al precio.

Menor aún es la diferencia entre la opinión mayoritaria y la disidente en el fallo del TC cuando se advierte que ambos utilizan la noción de ventaja patrimonial o utilidad económica como un elemento de la esencia del derecho de propiedad. Si el parámetro teórico, aludiendo al Art.19 N° 26 de la Constitución, es la esencia

⁵⁵ Considerando octavo del voto de minoría.

del derecho y dicha esencia se relaciona con un concepto material (no jurídico) amplio como el de ventaja o utilidad económica, forzoso resulta concluir que habrá algún grado de merma económica más allá de la cual se vulnere la esencia del derecho (y consiguientemente la Constitución) y más acá de la cual esta siga incólume y, por ende, plenamente constitucional. Aquí el suscrito no logra entender cómo puede conciliarse bien el rechazo al criterio de magnitud o cuantía de la pérdida contemplada en el considerando sexto del voto de minoría y lo planteado por los mismos ministros en el considerando duodécimo, en el cual se utilizan categorías afines al antes desacreditado criterio de la magnitud de la afectación, como estar o no la ventaja patrimonial o utilidad económica afectada sustancialmente o no. Textualmente se señala “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*”. (Énfasis agregado).

Al final, y si entendemos bien lo manifestado en el voto de minoría, es posible plantear que la diferencia entre la mayoría y la minoría radica, más que en criterios doctrinarios diferentes, en el nivel de tolerancia o aceptabilidad respecto de qué constituye para ellos una limitación y de cuándo se pasa aquel umbral que la transforma en privación.

Lo no examinado

Ciertamente, lo dicho hasta aquí es más cercano al punto de partida que al punto final. Lo verdaderamente complicado aparece cuando inmersos, por ejemplo, en la apreciación empírica del monto de la pérdida económica que la regulación ha implicado para el afectado (ejercicio ausente en este fallo) se debe dirimir qué porcentaje de pérdida es tolerable o admisible y cuál no, así como la determinación del ámbito (mayor o menor) sobre el cual debe estimarse la pérdida. Cuando se habla de la magnitud del daño debe intentarse señalarse la fracción relevante. Es decir, por un lado el daño (o para estos efectos, pérdida de ventaja patrimonial o utilidad económica producto de la intervención reguladora) y por el otro la porción, parcela o ámbito sobre el cual recae la pérdida. Como en toda fracción, se puede hablar de un numerador y un denominador. Si ha de tomarse en consideración la magnitud de la limitación, debe atenderse a lo limitado, expropiado o perdido en relación a algo⁵⁶.

⁵⁶ Para un acabado análisis sobre este tema, ver a WRIGHT (2004).

Ese “algo”, en este caso particular, puede ser, por ejemplo, el negocio integral de cada recurrente (Eléctricas Panguipulli y Puyehue), el negocio o transacción particular con Transelec, o incluso, algún aspecto parcial de dicho negocio o transacción.

En nuestra opinión, la viabilidad jurídica de que el TC pueda entrar a un control constitucional concreto debiera poder impulsarlo a introducirse (con la prudencia que lo ha caracterizado) en el análisis fáctico-empírico, así como a profundizar su análisis teórico, aun admitiéndose que se trata de temas “espinudos” en que no existen reglas jurisprudenciales o doctrinarias claras. La limitada protección que la jurisprudencia de la CS ha estado proporcionando a los ciudadanos o regulados ante casos en los que se ha alegado la responsabilidad patrimonial del Estado legislador/regulador (o responsabilidad del Estado por acto lícito) permite volcar la mirada al desarrollo de la jurisprudencia del TC con ocasión del conocimiento de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, dentro de la cual este fallo constituirá, posiblemente, un importante precedente.

(Otras) críticas y defensas a la lógica del fallo

Hay quienes plantean que no tiene sentido un examen concreto que posibilite considerar inconstitucional para unos y no para otros una norma jurídica⁵⁷. Asimismo, se critica la ausencia de un sistema dogmático más riguroso que permita advertir criterios de resolución de conflictos de manera más clara y no tan confusa o aleatoria como ocurriría con la noción de regulaciones expropiatorias y el continuo conceptual en el que se basan⁵⁸. Debiera decidirse, se sostiene, sobre estándares más abstractos y no concretos según el caso.

La crítica relacionada con la carencia de reconocimiento constitucional para incurrir por parte del TC en un examen concreto es correcta, pero solo hasta antes de la última reforma constitucional. Ahora el TC puede declarar “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya *aplicación* (...) resulte contraria a la Constitución” [énfasis agregado]⁵⁹. Como lo plantea MARTÍNEZ ESTAY⁶⁰, “la redacción de

⁵⁷ Ver a ALDUNATE (2006) y también a CORDERO (2006).

⁵⁸ Ver a ALDUNATE (2006) y también a CORDERO (2006).

⁵⁹ Ver Art. 93 N° 6 de la Constitución Política de la República. El recurso de inaplicabilidad cuyo conocimiento era atribuido, según el antiguo Art. 80 de la Constitución, a la Corte Suprema, aludía a la posibilidad de declarar inaplicable para el caso concreto “todo precepto legal contrario a la Constitución”. Omitía la significativa expresión: “cuya aplicación”.

⁶⁰ MARTÍNEZ ESTAY (2007), p.3. Para un análisis más detallado del mismo tema ver a FERMANDOIS (2008).

este último precepto apunta a remarcar el carácter concreto de esta forma de control, en oposición al control abstracto, que era con el que originalmente contaba el TC”.

Por su parte la crítica referida a la inconveniencia de interpretar la garantía de integridad patrimonial como si se tratara de un continuo conceptual entre limitación y privación del derecho de propiedad, subraya la prescindencia de criterios jurídicos en la determinación de uno u otro concepto y la carencia de suficiente certidumbre, proporcionándosele, al final, espacios excesivamente amplios a la judicatura constitucional.

Ante lo anteriormente planteado, cabe no olvidar que la garantía de protección del patrimonio tiene un evidente sentido económico que quedaría fuertemente mermado si se hiciera caso omiso de dicha dimensión bajo pretexto de utilizar solo criterios jurídicos.

Pero quizás sea la inquietud por la ausencia de criterios seguros de distinción entre lo que es una limitación o regulación y una privación o expropiación la crítica más fuerte. Hay que reconocer que bajo la noción de “regulaciones expropiatorias”, formular un criterio para dirimir cuándo una regulación ha ido demasiado lejos (en palabras del juez HOLMES)⁶¹ no ha resultado sencillo⁶². Sin embar-

⁶¹ Aún a riesgo de alguna deformación del sentido del fallo o de un correcto entendimiento, a continuación se transcriben algunos breves pasajes de la opinión del juez Oliver Wendell HOLMES en el fallo “Pensylvania Coal Co. v. Mahon” (260 U.S. 393, de 1922):

“Government hardly could go on if to some extent values incident to property could not be diminished without paying for every such change in the general law. As long recognized, some values are enjoyed under an implied limitation and must yield to the police power. But obviously the implied limitation must have its limits, or the contract and due process clauses are gone. One fact for consideration in determining such limits is the extent of the diminution. (...) So the question depends upon the particular facts. (...) *The general rule at least is, that while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking.* (...) As we already have said, this is a question of degree – and therefore cannot be disposed of by general propositions.” (Énfasis agregado).

“Los gobiernos difícilmente podrían continuar [funcionando] si valores inherentes a la propiedad no pueden ser, hasta cierto punto, disminuidos [o debilitados]. Tal como ha sido largamente reconocido, el goce de algunos valores tiene una limitación implícita, debiendo ceder ante el poder de policía. Pero, obviamente, esta limitación implícita debe tener sus límites o las cláusulas del contrato y del debido proceso no existirían. Un hecho a considerar en la determinación de tales límites es la magnitud de la disminución. (...) Así, la cosa depende de los hechos particulares. (...) La regla general consiste en que la propiedad puede ser hasta cierto punto regulada, pero si esta llega muy lejos puede ser considerada una expropiación. Como ya hemos dicho, esta es una cuestión de grados. Y, por lo tanto, no puede ser resuelta por una proposición de carácter general.” [traducción libre del autor]

⁶² De la síntesis del estado del arte de la jurisprudencia y doctrina norteamericana realizada por DELAVEAU (2006) se puede apreciar lo afirmado.

go, es útil no perder de vista que existen muchos otros *tests* constitucionales que están lejos de ser sencillos en su aplicación al caso concreto⁶³. Por ejemplo, ¿cuándo un tributo es manifiestamente desproporcionado o injusto? o ¿cuándo el trato que en materia económica da el Estado implica una discriminación arbitraria? Incluso la garantía relativa a la seguridad jurídica (Art. 19 N° 26) está lejos de prescindir de criterios fáciles: ciertamente el de la afectación de los derechos en su esencia no lo es. En todos los casos anteriores para arribar a una respuesta uno suele embarcarse, de una manera u otra, en un ejercicio de ponderación o de búsqueda de aquella línea divisoria o parámetro que refleje aquello tolerado por la Constitución de aquello que no lo es. La vaga pregunta del juez HOLMES acerca de cuándo se ha ido demasiado lejos se encuentra también presente en los inevitables juicios de mérito que la judicatura constitucional debe afrontar cada vez que hay que resolver sobre conceptos como los precedentemente indicados⁶⁴.

V. DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A UNA DIGRESIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Referirse a la juridicidad o constitucionalidad de una norma legal no implica, necesariamente, pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia (desde el punto de vista de las políticas públicas) de una ley. Ciertamente es que en el margen, lo constitucional o inconstitucional puede estar íntimamente relacionado con lo conveniente o inconveniente, pero no se trata del mismo tipo de examen, más aún en caso que se concibiera a una constitución política como un orden marco dentro del cual existen espacios de discreción para el legislador.

⁶³ Una síntesis histórica de algunos de estos *tests*, en especial desde la óptica europea, puede encontrarse en NIETO (1962). En Chile, un intento general puede encontrarse en UGARTE (2001), entre otros.

⁶⁴ De hecho, ALDUNATE (2006) sugiere que en aquellos casos en que una regulación de claros beneficios generales es soportada por uno o por pocos, debiera hacerse valer más que la garantía del Art.19 N° 24, aquella referida a la igualdad de las cargas públicas (Art.19 N° 20). Con la sugerencia anterior, en nuestra opinión, la imprecisión de criterios para resolver los casos fácticos concretos (crítica realizada a la aproximación basada en la noción de regulación expropiatoria en el caso del Art. 19 N° 24) termina desplazándose de una garantía a otra. Debe reconocerse, no obstante, que la sugerencia tiene algún sentido si lo que se busca es un sistema constitucional ordenado y preciso en que cada parte tiene una función que no tiene otra y en que ninguna situación pueda caer bajo el ámbito de acción de más de una garantía constitucional.

Lo primero que puede resultar útil manifestar en este acápite es que el requisito general de interés público exigible a una intervención reguladora (hágase referencia, para el caso bajo análisis, a la función social de la propiedad y aquellos elementos que la comprenden, entre ellos el interés general) no tiene por qué equivaler a la decisión más sabia o más conveniente. Sin embargo, desde ya corresponde apuntar que la Ley N° 19.940, también conocida como ley corta eléctrica, fue fruto de un debate informado, el cual culminó con importantes niveles de consenso político y técnico.

En virtud del cambio legal se eliminó (en lo referente a la transmisión eléctrica) la negociación asociada al cálculo de peajes, pasando la responsabilidad a manos del regulador, lo cual aseguraría al transmisor la totalidad de la recaudación del pago por el uso de sus instalaciones. Se diagnosticó, asimismo, que el sistema arbitral de resolución de conflictos entre las partes generaba altos grados de incertidumbre. Lo anterior, unido a una preocupación por los insuficientes niveles de inversión en infraestructura, dio lugar a que, por vía legal, se intentara generar los incentivos correctos.

No obstante, existieron disyuntivas, tensiones o *trade-offs*. Así como hubo cosas que se ganaron con el cambio legislativo, se sacrificaron, en alguna medida, valores deseables. La estabilidad contractual fue uno ellos y esto es algo que no es menor, aunque se trate de mercados que por su naturaleza muestren imperfecciones.

No está de más subrayar, a nivel muy general, que en un sistema de organización económica basado fundamentalmente en el mercado, como aquel vigente en Chile⁶⁵, el derecho se construye, en parte, sobre la base de intereses privados que requieren de una interacción, intercambio o cooperación, es decir, de un mercado⁶⁶. Este derecho (más bien privado)⁶⁷ es predominantemente (más no únicamente) facilitador (del intercambio o cooperación). Sus conceptos

⁶⁵ Más allá del adjetivo “social” que pueda agregársele al sistema económico, e independiente de los objetivos de justicia y equidad que están presentes, en Chile se está en presencia de un modelo de organización económica preferentemente de mercado. Esto se puede visualizar con mayor claridad si se tiene en vista el modelo alternativo u opuesto como lo es el sistema colectivista y centralmente planificado.

⁶⁶ El mercado, para facilitar las transacciones, suele utilizar un común denominador llamado moneda, la cual refleja en precios la intensidad de las preferencias y valoraciones de los individuos.

⁶⁷ Se está haciendo referencia al derecho privado, el cual resulta ser el más afín al modelo de organización económica de mercado. Lo anterior no obsta a reconocer la insustituible importancia del derecho público, incluso para un modelo como el anotado.

fundacionales son la propiedad (lo que posibilita que los recursos de la sociedad sean explotados y gozados por los individuos) y los contratos (los cuales dan la seguridad a los procesos requeridos para que los recursos puedan moverse a sus usos más valorados).

En un nivel más particular, los contratos celebrados dentro del marco regulatorio eléctrico (sobre todo los de largo plazo, como lo son aquellos objeto de discusión) han permitido hacer frente a importantes necesidades de inversión en infraestructura y seguridad de abastecimiento, logrando, a través de la asignación recíproca de riesgos, mayores niveles de certidumbre requerido para desarrollos que son de largo aliento⁶⁸. Así como el marco regulatorio reconoce y valora los acuerdos contractuales de largo plazo para proporcionar energía eléctrica, hay que asumir que la inestabilidad contractual que ha tenido como resultado la aplicación de la Ley N° 19.940 no constituye un buen precedente. Esta es la parte oscura de una ley con muchas más luces que sombras.

Aún así, cabría preguntarse hasta qué punto la existencia del artículo transitorio impugnado (el cual hacía aplicable los nuevos criterios sin esperar el término de la vigencia de los contratos celebrados por las empresas de generación eléctricas y la compañía de transmisión eléctrica) era inevitable para la buena salud del sistema. ¿No podría haberse establecido que el nuevo régimen regulatorio respetaría los contratos celebrados con anterioridad hasta que su vigencia expirara? ¿No se ha utilizado, acaso, tal técnica con ocasión de otras importantes leyes, como en el caso de la Ley 19.460 de 1996 que modificó la Ley de Concesiones de Obras Públicas⁶⁹? ¿Hasta qué punto los beneficios de la no estabilidad de los dos contratos entre las generadoras y la transmisora superan sus costos?

⁶⁸ Interesante resulta, a este respecto, la discusión actualmente en vigor en EE.UU. a propósito del caso *Morgan Stanley Capital Group versus Public Utilities Dist N°1 of Snohomish County, Washington*. En dicho caso, un grupo de prestigiosos economistas presentaron su opinión ante la Corte Suprema de EE.UU. destacando la importancia de la estabilidad de los contratos. Ellos plantearon que: "la certeza de los contratos es esencial para una economía sana. Los contratos futuros de largo plazo, en particular, ayudan a reducir el riesgo financiero. Estos contratos solo pueden cumplir con dicha finalidad, sin embargo, si las partes saben que los contratos serán cumplidos [o pueden hacerse cumplir]. Desde un punto de vista económico y de políticas públicas, los contratos de energía de largo plazo debieran ser dejados sin efecto solamente en circunstancias verdaderamente excepcionales. El mero hecho que el precio parezca demasiado alto en retrospectiva no justifica dejar sin efecto contratos voluntariamente acordados por sofisticados compradores y vendedores. Tampoco lo hacen aquellas generalizadas afirmaciones sobre la "disfunción de mercado" al tiempo de la celebración de los contratos" BAUMOL Y OTROS 2007, resumen ejecutivo, traducción libre del autor).

Ciertamente, como se ha explicado a lo largo del trabajo, la nueva Ley N° 19.940 tuvo un efecto redistributivo y la norma impugnada no fue la única. En todo caso, el cambio legislativo no tuvo como fin o misión un logro redistributivo. Si así hubiera sido, la utilización de este tipo de legislación habría sido una pobre herramienta para tal efecto. El objetivo consistió en alcanzar un sistema más eficiente desde el punto de vista económico, sin perjuicio de algunos elementos relacionados con la seguridad energética. Si hubo un efecto redistributivo, este se produjo como efecto indirecto.

Además, es importante destacar que la génesis de la ley fue fruto de un procedimiento abierto, transparente y deliberativo. De hecho, fue uno de los primeros casos en que el regulador eléctrico (la Comisión Nacional de Energía) estableció la posibilidad de consultas previas al anteproyecto de ley. Lo anterior no es un hecho menor. Aquí todos los interesados y, por de pronto, los diversos grupos de interés pudieron exponer sus posiciones. De cierta manera hubo un escenario en que, probablemente, prevaleció una igualdad de influencia, algo tan sensible en la discusión pública actual sobre transparencia y modernización de la política.

VI. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

¿Hasta qué punto un cambio en la ley eléctrica puede dejar sin efecto un derecho derivado de un contrato vigente válidamente celebrado con anterioridad entre una compañía de transmisión eléctrica y otra de generación? La aspiración porque esto sucediera por parte de la primera generó la impugnación por parte de la segunda ante el TC con el fin que se declarara inconstitucional la aplicación del artículo transitorio pertinente de la ley.

El presente artículo se inicia con un repaso de los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales habituales para afrontar la interrogante jurídica recién expuesta. De dicha revisión es posible constatar que no se trata de un problema pacífico en su interpretación jurídica y que da lugar a variados tipos de argumentaciones. Con un fin de sistematización que ayudara a aclarar un tema un tanto difuso en sus aproximaciones, se presentó y analizó, en primer lugar, lo que hemos denominado postura “clásica”. Bajo dicha postura, los con-

⁶⁹ ARÓSTICA (2007, p. 431) se refiere al Art. 1° transitorio de dicha ley como un “caso emblemático de buena factura legislativa”, algo con lo cual concordamos.

tratos entre las partes resultaban intocables para el legislador mientras estuvieran vigentes, lo cual se sustentaba en argumentos fundamentalmente civilistas, los cuales eran coronados con una amplia y privatista interpretación del artículo 19 N° 24 de la Constitución. Para hacer frente a la postura “clásica” resultaba común contraargumentar, también, con fundamentos propios del derecho civil y/o recurriendo a distinciones generales sobre el ámbito privado o público en el cual las normas regulatorias se desenvolvían, lo que supuestamente dirimiría el grado de inmunidad de los acuerdos contractuales frente a dichas normas. Tal fue el tenor de la discusión argumental de las partes con motivo del recurso de inaplicabilidad comentado. Posturas bien documentadas, pero sin mucha atención a lo constitucional.

En este contexto, las sentencias del TC (rol 505 y 506) resultan muy importantes y valorables. Por un lado marcan un distanciamiento fundamental (y quizás definitivo) respecto de la postura “clásica” y, por otro, implican un tipo de argumentación menos civilista y más constitucional. Asimismo, estimamos que la calidad y profundidad argumentativa de las mismas (incluyendo, también, el voto de minoría) es superior a la exhibida por nuestra CS e, incluso, por el mismo TC en sentencias anteriores.

Las casi idénticas sentencias del TC proponen un marco analítico para revisar el tipo de problemática expuesta y desarrollan sus argumentaciones paso a paso y de manera muy lógica, todo lo cual favorece mayores niveles de certidumbre y, en definitiva, incrementa la influencia de sus decisiones en la comunidad (por de pronto la jurídica). Lo que se ha intentado hacer en este trabajo es, a partir de la sistemática general expuesta en las sentencias, proponer y desarrollar un marco analítico más detallado que permita, a través de preguntas y pasos lógicos y sucesivos, ir examinando críticamente las distintas argumentaciones que suelen darse (tanto en el fallo como en parte de la doctrina chilena y comparada), de modo de encaminarse a la resolución de los problemas planteados.

Así, pues, se propone una afirmación inicial que plantea que habiendo una indemnización o compensación justa y legal por la pérdida (privación) que se ocasionare, siempre será constitucionalmente admisible una intervención reguladora que (basada en el interés público) altere un contrato previamente celebrado. Esto no significa, evidentemente, que no pueda regularse sin mediar una compensación.

Lo que se quiere destacar aquí es que la faceta sustantiva del derecho de propiedad que consagra la Constitución más que proteger al derecho en sí mismo, de modo de evitar que este sea vulnerado, busca resguardar el contenido económico del mismo, esto es, permite su vulneración, pero siempre que exista la compensación debida. Lo anterior explica lo pertinente que puede resultar referirse a la garantía del derecho de propiedad (en su faceta sustantiva) como “garantía de integridad patrimonial”.

Teniendo como base la afirmación anterior, puede reconocerse una primera pregunta o grupo de preguntas: ¿Existe un derecho de propiedad protegido por la garantía constitucional de integridad patrimonial? ¿Existe un derecho o se está en presencia de simples expectativas, intereses o situaciones meramente favorables? Y si existe un derecho ¿hay propiedad sobre el mismo? En el caso particular del caso estudiado la respuesta resultó sencilla: hay un derecho de propiedad sobre un bien incorporal, es decir, sobre un derecho emanado de un contrato.

La segunda pregunta que cabe hacerse es la siguiente. ¿Existe alguna justificación de interés público que respalde la intervención reguladora sobre el derecho protegido? Si el derecho protegido emana de un contrato, alguien podría (equivocadamente en nuestro concepto) sostener que no existe interés público alguno que justifique alterar un contrato. En el caso examinado pareció clara la justificación de interés público al promover a través del cambio legislativo la seguridad y confiabilidad del suministro de energía eléctrica y el no incremento de alzas innecesarias en un servicio público. El TC fue cuidadoso con este tema, al punto de plantear que no había que asumir como probable la existencia de interés público en casos de intervención estatal en contratos privados. Más allá de lo anterior, lo cual puede ser cierto en un análisis de conveniencia o inconveniencia desde el punto de vista de las políticas públicas, sostuvimos que expresiones constitucionales como “interés general”, “utilidad pública” o “interés nacional” (elementos en los que según la Constitución se reflejaría la función social bajo la cual era posible establecer limitaciones y obligaciones) implican estándares generales fáciles de cumplir para el legislador.

La tercera pregunta consistió en si debía o no compensarse por la intervención reguladora del Estado. Ante la interrogante anterior se distinguieron dos posibilidades de respuesta: (1) todo daño debe ser compensado y (2) no todo daño debe ser compensado.

En el trabajo se argumentó por qué la primera posibilidad debía ser descartada. Se dijo, en síntesis, que dado que lo habitual es que los cambios normativos (sean retroactivos o no) tuvieren, en alguna magnitud, un efecto distributivo, es decir, impliquen la transferencia de recursos de aquellos que pierden por verse negativamente afectados por la regulación a aquellos que ganan o se benefician de ella, no tenía sentido ni era práctico asumir una suerte de respeto irrestricto por el *statu quo* que garantizara que todo perdedor debía ser compensado por su pérdida, aunque la regulación, en términos generales, tuviere más beneficios que costos. Se destacó, por consiguiente, que en políticas públicas resultaba más razonable, si es que se buscaba la eficiencia económica, que esta lo fuera en el sentido *Kaldor-Hicks* (los ganadores ganan más de lo que los perdedores pierden) más que como lo había concebido Pareto (aquella situación en que se mejora a uno o más sin empeorar a nadie).

La segunda posibilidad de respuesta a la tercera pregunta implicaba el desafío de determinar, asumiéndose que no todo daño debía ser compensado, cuál debía ser el criterio para compensar o no compensar a alguien por la actividad reguladora del Estado. Para tal efecto, se vislumbraron cuatro tipos de argumentos. El primero, el cual se denominó “argumento formal restringido”, plantea que solo cabe compensar aquellos cambios legislativos que sean rotulados explícitamente como expropiatorios. El segundo argumento analizado fue el de la separación conceptual y de la diferenciación entre la apreciación en abstracto y en concreto de la norma objeto de control constitucional. Dicha tesis plantea, en general, que las regulaciones, limitaciones y delimitaciones son una categoría conceptual diferente de las expropiaciones, de modo que nunca las primeras podrían llegar a transformarse en lo segundo. En seguida se vio el argumento de la regulación expropiatoria (acogido explícitamente, por vez primera, por el TC) la cual parte de la base que una regulación puede ser también, si se sobrepasa cierto umbral, una expropiación indemnizable. En cuarto lugar, se aludió a aquel tipo de argumentación para el cual no es relevante si la pérdida experimentada por la regulación es alta o baja, sino más bien un parámetro supuestamente más automático y simple que, en el caso en comento, podría, eventualmente, asociarse con el voto de minoría: si se quitó el derecho sobre el precio, elemento esencial de la transacción o negocio, lo que se hizo fue privar de un atributo o facultad del dominio y, por ende, se consumó una expropiación indemnizable.

Se sugirió en el trabajo que el voto de minoría no difiere mucho de la opinión mayoritaria que dio origen al fallo. Ambos, de una forma u otra, aceptan que una regulación o limitación puede llegar a ser una privación o expropiación y, por tanto, ambos aceptan la teoría del continuo conceptual. Igualmente, ambos utilizan en su argumentación la noción de ventaja patrimonial o utilidad económica como un elemento de la esencia del derecho. La diferencia entre la aludida mayoría o minoría pareciera radicar más que en criterios doctrinarios diferentes, en el nivel de tolerancia o aceptabilidad respecto de qué constituye para ellos una limitación y de cuándo se pasa aquel umbral que la transforma en privación.

La sentencia del TC es un paso adelante. Ella está bien orientada. Sin embargo, si bien se habla de la importancia de la magnitud de la pérdida de utilidad o beneficio económico como parámetro de distinción entre lo que es una regulación y una expropiación, no se entra a análisis concreto y empírico alguno sobre el particular. Este vacío en la sentencia (quizás derivado de la falta de argumentación empírica concreta de los requirentes) la deja, en cierta forma, más cercana al punto de partida que al punto final, lo que, constituye un desafío a ser afrontado en futuros casos.

Por último, dejando el tema de los límites constitucionales y pasando a la discusión respecto de la conveniencia o inconveniencia desde el punto de vista de las políticas públicas del artículo transitorio impugnado y que permitió que se sobrepasara la regulación contractual existente entre las partes en disputa, se planteó lo siguiente: (1) que es útil distinguir entre el examen de constitucionalidad y el de conveniencia, los cuales, en general, son distintos; (2) que la nueva regulación legal de la transmisión está bien inspirada y resulta conveniente; (3) que la afectación de la estabilidad contractual derivada de la aplicación de la norma transitoria pertinente constituye una pérdida, dentro de las muchas cosas positivas que contempla la ley. De hecho, se destacó la importancia de la estabilidad de los contratos para el buen funcionamiento del mercado en general, así como para el sector eléctrico en particular: ayudan a reducir el riesgo financiero, y proporcionan mayores niveles de certidumbre fundamentales para el desarrollo de actividades que, por su naturaleza, son de largo plazo; (4) que queda abierta la interrogante acerca de si era realmente tan perjudicial o costoso para el sistema en general el respeto del plazo de duración de la vigencia de los contratos entre las partes. ¿Hasta qué punto los beneficios de la no estabilidad de los contratos entre generadoras y transmisora

superan sus costos?; (5) que ante la presencia de efectos distributivos, como el que se pudo apreciar en el caso bajo análisis donde las generadoras perdieron a costa de la empresa de transmisión e, indirecta y eventualmente, de los consumidores, es fundamental que la génesis de la ley haya sido fruto de un procedimiento abierto, transparente y deliberativo. Y aquello ocurrió. Todos los interesados tuvieron la posibilidad de explicar sus posiciones, preservándose, probablemente, una igualdad de influencia, valor tan sensible en la discusión política actual sobre transparencia y modernización de la política.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo (2006). "Limitación y Expropiación: Silla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 2, pp. 285-303.
- ARÓSTICA, Iván (2007). "Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?". *Revista Actualidad Jurídica*, N° 16, julio, pp. 423-433.
- BAUMOL, William J., Colin C BLAYDON, Charles J. CICHETTI, Jeffrey A. DUBIN, Franklin M. FISHER, Robert W. HAHN, Jerry A. HAUSMAN, William W. HOGAN, Joseph P. KALT, , Paul R. KLEINDORFER, Robert J. MICHAELS, Bruce M. OWEN, Craig PIRRONG, Michael A. SALINGER, Steven M. SHAVELL, Vernon L. SMITH, James L. STULZ, James L. Sweeney, Robert D. WILLIG y Catherine D. WOLFRAM (2007): *Supreme Court Amicus Brief Regarding Morgan Stanley Capital Group Inc. v. Public Utility District N°1 of Snohomish County, Washington*. Brief 07-02, November. Reproducido en AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1034200> . 32p.
- CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED (1996): "Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad y de Inalienabilidad: una vista de la catedral". *Estudios Públicos* N° 63, (CEP) pp. 347-391.
- CHANÁ, Julio, Enrique EVANS, Raúl LECAROS, Alejandro VERGARA, Rodrigo ALVAREZ y Eugenio EVANS (1995): "Estudio crítico de las doctrinas jurídicas contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1995". 22 *Revista Chilena de Derecho* 3, pp. 559-621.
- CORDERO, Eduardo (2006). "La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno". 19 *Revista de Derecho* (Valdivia) 1, pp. 125-148.
- DELAVEAU, Rodrigo (2006): "La Regulación Expropiatoria en la Jurisprudencia Norteamericana". 33 *Revista Chilena de Derecho* 3, pp. 411-438.
- GONZÁLEZ CARVAJAL, Paola (2006): "Caso 'Palacio Pereira'. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducido por Soc. Inmobiliaria 'Maullín' Limitada". 2 *Revista de Derecho Ambiental*, pp. 197-212.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2007): "El derecho de propiedad y la intangibilidad de los contratos en la jurisprudencia de los requerimientos de inaplicabilidad". 34 *Revista Chilena de Derecho* 2, pp. 345-360.
- FERMANDOIS, Arturo (2008): "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley". 17 *Revista Actualidad Jurídica* (enero) pp. 175-192.
- (2005): "Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile ". *Sentencias Destacadas 2004: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Libertad y Desarrollo), pp. 19-53.
- MARTÍNEZ, José Ignacio (2007): "Inaplicabilidad y control en la aplicación de la ley". *La semana Jurídica*, Año VII, N° 359, semana del 3 al 16 de octubre.

- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, División Jurídico-Legislativa (2000): *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle* (Santiago: Lom Ediciones).
- MONTT, Santiago (2005): "Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 1, pp. 19-78.
- (2006): "Las inversiones como nuevo límite a la acción de los poderes públicos: expropiaciones indirectas y control del Estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales". 16 *Revista de Derecho Administrativo Económico*, pp. 33-70.
- NIETO, Alejandro (1962): "Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa". 38 *Revista de Administración Pública*, pp. 69-121.
- STONE, Geoffrey R., Louis M. SEIDMAN, Cass R. SUNSTEIN, y Mark V. TUSHNET (1996, 3ed.): *Constitutional Law* (Boston: Little Brown and Company), 3ª edición, 1814 p.
- SUNSTEIN, Cass R. (1993, reimpresso en 1998): *The Partial Constitution* (Cambridge: Harvard University Press) 423 p.
- UGARTE, José Joaquín (2001): "Limitaciones al dominio, de las meras restricciones y de cuando dan origen a indemnización". *Revista Chilena de Derecho*, vol.28, N° 2, p. 425-440.
- WRIGHT, Danaya C. (2004): "A new time for denominators: toward a dynamic theory of property in the regulatory takings relevant parcel analysis" 34 *Environmental Law*.