

La atribución del Coordinador Eléctrico Nacional para proponer medidas o modificaciones normativas en el contexto de su función de monitoreo de la competencia

The National Electricity Coordinator's authority to propose measures or regulatory amendments within the framework of its competition monitoring function

Paulo Oyanedel Soto*
Nader Mufdi Guerra**

RESUMEN: En el marco de la función de monitoreo de la competencia que desarrolla el Coordinador Eléctrico Nacional se encuentra la facultad de efectuar propuestas de medidas y modificaciones normativas. Este trabajo analiza tanto el sentido y alcance de esta atribución, así como la relación que presenta ésta con similares atribuciones con que cuentan el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica, tanto desde la perspectiva de la teoría regulatoria, como de la institucionalidad del derecho de la competencia y el derecho administrativo chileno.

Palabras clave: Coordinador Eléctrico Nacional, monitoreo de la competencia, facultad propositiva, promoción de la competencia.

ABSTRACT: As part of its competition monitoring duties, the Electric Coordinator in Chile holds the authority to propose regulatory measures and legislative amendments. This paper examines both the scope and purpose of this authority, as well as its interplay with similar powers granted to the Competition Tribunal and the National Economic Prosecutor's Office. The analysis is framed within the context of regulatory theory, the institutional framework of competition law, and Chilean administrative law.

Keywords: Electric Coordinator in Chile, market monitoring, power to propose, competition advocacy.

Introducción

Como podría afirmarse respecto de cualquier mercado, la competencia es un aspecto fundamental para el adecuado desempeño de los mercados eléctricos. Sin embargo, dadas las particularidades de la electricidad y de la forma en que ésta es generada, transmitida y distribuida, suelen enfrentarse significativos desafíos para medir con precisión el poder

de mercado de los agentes económicos que desarrollan dichas actividades económicas, así como para detectar oportunamente la existencia de prácticas anticompetitivas. Para abordar estos desafíos, diversos países han implementado unidades de monitoreo de mercado, definiendo para tal efecto distintos diseños institucionales. Para el caso chileno, la Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE") ha encomendado al Coordinador Eléctrico Nacional ("CEN") monitorear la competencia en el sector eléctrico¹.

En la práctica, la función de monitoreo de la competencia del CEN es ejecutada por su Unidad de Monitoreo de la Competencia ("UMC"), la que depende directamente del Consejo Directivo del CEN, de acuerdo con

* Paulo Oyanedel Soto es ingeniero civil industrial de la Universidad de Chile, Magíster en Economía Aplicada de la Universidad de Chile y Magíster en Gestión de Energías Renovables de la Universidad Adolfo Ibañez.

** Nader Mufdi Guerra es abogado de la Universidad de Chile, Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Cambridge, Máster en Ciencias (MSc) de la Regulación por la London School of Economics and Political Science, y profesor de Derecho de la Competencia y de Derecho Regulatorio en la Universidad Diego Portales.

¹ Artículo 72°-10, LGSE.

las normas establecidas en su Procedimiento Interno, el cual fue aprobado por dicho Consejo², en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 72°-4 de la LGSE³. En el marco de dicha función, el Decreto N°125 que aprueba Reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional de 20 de diciembre de 2019 (“Reglamento de la Coordinación y Operación del SEN”) le ha asignado al CEN la facultad de “proponer a las autoridades competentes medidas y/o modificaciones normativas que tiendan a mejorar el funcionamiento y la eficiencia de los mercados analizados y la libre competencia en ellos”⁴.

Si bien el CEN carece de las atribuciones típicas de los reguladores que operan bajo estrategias de comando y control –tales como la facultad de dictar normas de alcance general, la fiscalización y la imposición de sanciones⁵–, y no pertenece a la Administración del Estado, esta corporación autónoma de derecho público desempeña funciones que se enmarcan dentro de lo que la teoría regulatoria moderna ha entendido como actividades regulatorias⁶. Su función de monitoreo de la competencia, en general, y la facultad de efectuar propuestas de medidas y modificaciones normativas, en específico, se encuentran dentro de la órbita de este tipo de actividades.

No obstante tratarse de una atribución fundamental para el cumplimiento de los fines de la función de monitoreo de la competencia del CEN, la facultad de efectuar propuestas de medidas y modificaciones normativas se ha mantenido prácticamente inexplorada a nivel doctrinario. El presente trabajo se plantea como el primer esfuerzo en esta exploración, con el propósito de contribuir al desarrollo de entendimientos que permitan que el ejercicio de esta atribución alcance su máxima potencialidad. Para tal efecto, en este documento se analiza el sentido y alcance de esta atri-

bución, que de aquí en más denominaremos atribución propositiva del CEN, así como sobre la relación que presenta ésta con similares atribuciones con que cuentan el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), tanto desde la perspectiva de la teoría regulatoria, como de la institucionalidad del derecho de la competencia y el derecho administrativo chileno.

Atendido que la atribución propositiva del CEN forma parte de la función de monitoreo de la competencia, se evalúa primero la naturaleza jurídica de esta función, así como su relación con las atribuciones de las autoridades chilenas del derecho de la competencia. Más adelante, se analiza tanto la naturaleza de la atribución propositiva del CEN, como de las propuestas efectuadas en el ejercicio de esta atribución. Finalmente, se evalúan las ventajas y desventajas, desde la perspectiva de la teoría regulatoria, que conlleva el ejercicio de esta atribución por parte del CEN en comparación con el ejercicio de similares atribuciones del TDLC y la FNE.

I. La función de monitoreo de la competencia

1. Sentido y alcance de la función de monitoreo de la competencia del CEN

Desde una perspectiva de Derecho Administrativo, debe observarse que el mecanismo de monitoreo no se encuentra regulado en la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos (“LBPA”). No obstante, este mecanismo ha sido tradicionalmente considerado como una técnica de intervención administrativa orientada a la recolección de información, en consonancia con la función de vigilancia y control continuo del cumplimiento de leyes y reglamentos por parte de los administrados. De este modo, a partir del monitoreo se actúa como garante del interés público mediante la supervisión y corrección de posibles incumplimientos⁷, resultando, por tanto, fundamental comprender la finalidad del monitoreo y su alcance en cada contexto particular.

En cuanto a la finalidad de la función de monitoreo de la competencia del CEN, el artículo 72°-10 de la LGSE establece que ésta tiene como objetivo garantizar los principios de coordinación del sistema eléctrico, definidos

² Acta del Consejo Directivo del CEN, Sesión Extraordinaria N°6/2018, de 29 de junio de 2018.

³ El artículo 72°-4 de la LGSE establece que “Para su funcionamiento el Coordinador podrá definir procedimientos internos, los que estarán destinados a determinar las normas internas que rijan su actuar, las comunicaciones con las autoridades competentes, los coordinados y con el público en general, y/o las metodologías de trabajo y requerimientos de detalle que sean necesarios para el adecuado cumplimiento y ejecución de sus funciones y obligaciones, los que deberán ajustarse a las disposiciones de la ley, el reglamento, normas técnicas que dicte la Comisión y demás normativa vigente”.

⁴ Reglamento de Coordinación y Operación del SEN, artículo 190.

⁵ BALDWIN et al. 2011, 106-111.

⁶ BLACK 2001.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA 2009.

en el artículo 72°-1 del mismo cuerpo normativo, es decir, preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, asegurar la operación más económica para el conjunto de instalaciones del sistema, y garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, en conformidad con lo dispuesto en la ley.

Al examinar los antecedentes de la discusión legislativa que precedió la promulgación de la Ley N° 20.936, no se advierte un debate significativo respecto de esta definición de objetivos⁸, ni sobre el alcance de dicha función.

A nivel doctrinario se ha planteado que con la creación de esta función, el Legislador confirió al CEN el rol de "agencia vigilante de la libre competencia", una función que previamente no existía para los centros de despacho económico de carga, y cuyo alcance debería abarcar todos los ámbitos de intercambio económico dentro del mercado eléctrico⁹. Se ha sostenido además que esta función "se enmarca, además, dentro de un contexto más amplio de reconocimiento paulatino y creciente de la importancia de la libre competencia en el mercado eléctrico"¹⁰.

En la práctica, la función de monitoreo de la competencia del CEN es ejecutada por la UMC, de acuerdo con las normas establecidas en su Procedimiento Interno, el cual fue aprobado por el Consejo Directivo del CEN¹¹, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 72°-4 de la LGSE¹². Estas normas eminentemente procedimentales son complementadas por lo dispuesto en Reglamento de la Coordinación y Operación del SEN, en cuyo artículo 185 se definen los aspectos que debe considerar el CEN para el desarrollo de su función de monitoreo, delimitando así el alcance sustantivo de la función en comento¹³.

⁸ VALDÉS ROJAS 2018, 101.

⁹ BARRÍA y CERDA 2018, 132.

¹⁰ VALDÉS ROJAS 2018, 96.

¹¹ Acta del Consejo Directivo del CEN, Sesión Extraordinaria N°6/2018, de 29 de junio de 2018.

¹² El artículo 72°-4 de la LGSE establece que "Para su funcionamiento el Coordinador podrá definir procedimientos internos, los que estarán destinados a determinar las normas internas que rijan su actuar, las comunicaciones con las autoridades competentes, los coordinados y con el público en general, y/o las metodologías de trabajo y requerimientos de detalle que sean necesarios para el adecuado cumplimiento y ejecución de sus funciones y obligaciones, los que deberán ajustarse a las disposiciones de la ley, el reglamento, normas técnicas que dicte la Comisión y demás normativa vigente".

¹³ El artículo 185 del Reglamento de la Coordinación y Operación del SEN, establece que para cumplir con la finalidad asignada a la función de monitoreo, el CEN

En cuanto al alcance formal de la función de monitoreo de la competencia, el artículo 72°-10, inciso segundo, de la LGSE, establece que el CEN, "en caso de detectar indicios de actuaciones que podrían llegar a ser constitutivas de atentados contra la libre competencia" tiene el deber de ponerlas en conocimiento de la FNE "o de las autoridades que corresponda".

A partir de lo anterior, es posible concluir que la función de monitoreo de la competencia del CEN implica tanto el desarrollo de observaciones preventivas y de *advocacy*, como de actividades cuasi fiscalizadoras.

2. La interacción de la función de monitoreo del CEN y las autoridades de la institucionalidad del derecho de la competencia en Chile

En lo que respecta a la forma en que interactuaría la función de monitoreo de la competencia del CEN con las atribuciones de la FNE y del TDLC, como se ha indicado, el artículo 72°-10, inciso segundo, de la LGSE, establece que "en caso de detectar indicios de actuaciones que podrían llegar a ser constitutivas de atentados contra la libre competencia" el CEN tiene el deber de ponerlas en conocimiento de la FNE "o de las autoridades que corresponda".

Nuevamente, al revisar la discusión legislativa que antecedió la Ley N° 20.936, no se observa mayor discusión sobre este punto, con la excepción de una referencia a que el monitoreo implicaría "un desafío en la frontera de las facultades de la FNE"¹⁴.

Por otro lado, el artículo 189 del Reglamento de Coordinación y Operación del SEN, establece que, en cumplimiento del deber de puesta en conocimiento de la FNE, el CEN debe acompañarle "toda la información y análisis que estime necesarios para una mejor comprensión de la conducta que represente un posible atentado contra la libre competencia". Adicionalmente, la misma norma indica que el CEN debe poner a disposición del TDLC, la FNE, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ("SEC") o de la autoridad correspondiente, "toda la información

debe considerar, al menos, los siguientes aspectos: la estructura de mercado en el sector eléctrico, el desempeño económico de los agentes en el sector eléctrico, la información de insumos para la generación eléctrica, información técnica en el sector eléctrico, la operación en tiempo real, la interacción entre agentes del sistema y análisis de procesos licitatorios.

¹⁴ Historia de la Ley N° 20.936, 123.

que, en el ámbito de su competencia, dichas autoridades le requieran para el desarrollo de sus funciones”.

Sobre la relación en comento, se ha sostenido que, a partir de la función de monitoreo de la competencia, el CEN actuaría como un “(...) verdadero colaborador de las autoridades de libre competencia (...)”¹⁵.

Dado que el Decreto Ley N° 211 ha otorgado a la FNE y al TDLC potestades aplicables de manera transversal a todos los sectores de la economía para resguardar la libre competencia, cabe concluir que, al menos en lo relativo a las facultades de prevención y *advocacy* de la FNE, y parcialmente en lo concerniente a sus atribuciones de investigación, el Legislador ha asignado potestades concurrentes a distintas entidades.

Esta particular configuración es conocida en derecho comparado como delegaciones duplicadas¹⁶ o delegaciones fragmentadas, “situaciones en las cuales diferentes agencias regulatorias cuenta con autoridad necesaria para enfrentar distintos aspectos de una problemática más grande”¹⁷. En el derecho administrativo chileno, ellas se conocen como “competencias concurrentes o colindantes”¹⁸.

Se ha sostenido que la justificación para esta configuración de delegación duplicada radica en que el CEN cuenta con especial conocimiento técnico y una posición privilegiada posición, que le permite acceder oportunamente a información relevante, así como analizar situaciones relacionadas con el funcionamiento de los mercados eléctricos, a las que la FNE, ni el TDLC podrían acceder fácilmente¹⁹.

Como contrapartida a las ventajas que justifican este tipo de configuración institucional, tal estructura puede dar lugar a solapamientos en las atribuciones de las distintas entidades regulatorias²⁰, lo que puede implicar problemas su ejercicio, incluyendo limitaciones a la claridad de la regulación en sí misma²¹, mayor complejidad para los marcos regulatorios²², y eventuales conflictos entre las

intervenciones regulatorias que se encuentran traslapadas²³.

II. Naturaleza de la atribución del CEN para proponer medidas y/o modificaciones normativas

La relevancia de la atribución del CEN para proponer medidas y/o modificaciones normativas

El artículo 190, inciso primero, del Reglamento de Coordinación y Operación del SEN establece que, en el ejercicio de la función de monitoreo de la competencia, el CEN “podrá proponer a las autoridades competentes medidas y/o modificaciones normativas que tiendan a mejorar el funcionamiento y la eficiencia de los mercados analizados y la libre competencia en ellos”. Se trata de una atribución fundamental para el cumplimiento de los fines de la función de monitoreo de la competencia del CEN.

En relación con la relevancia de esta atribución, debe observarse que al revisar la normativa eléctrica, se evidencia que el CEN carecería de atribuciones para dictar normas de carácter general. Si bien se ha discutido sobre si la atribución del Consejo Directivo de dictar procedimientos internos, establecida en el artículo 72°-4 de la LGSE, podría implicar fuente de normativa de alcance general (por ejemplo, en los dictámenes Panel de Expertos de la LGSE N° 19/2021 y N° 26/2021), lo cierto es que al revisar la discusión del proyecto de ley antecedente de la Ley N° 20.936, se aprecia una decisión deliberada en el sentido contrario.

En concreto, consta que la versión original del proyecto de ley antedicho buscaba dotar al CEN de la facultad de dictar procedimientos técnicos, pero a partir de una indicación de un grupo de diputados, dicha facultad fue sustituida por la de dictar procedimientos internos, lo que se justificó en la necesidad de precisar los roles de la Comisión Nacional de Energía (“CNE”) y del CEN, “de forma de evitar superposición de regulaciones, entregando al primero expresas funciones de regulación en diversos ámbitos de funcionamiento del sector eléctrico, [...] y acotando las funciones normativas del Coordinador Eléctrico Nacional a la denominada normativa interna”²⁴.

Además de la limitación para dictar normas de alcance general, el contenido de los

¹⁵ VALDÉS ROJAS 2018, 101.

¹⁶ MARISAM 2010, 187.

¹⁷ FREEMAN y ROSSI 2012, 1134.

¹⁸ VALDIVIA 2018, 42.

¹⁹ VALDÉS ROJAS 2018, 101.

²⁰ AHDIEH 2006, 864.

²¹ ROBB et al 2023, 1146.

²² KAISER 2011, 6.

²³ AAGAARD 2011, 287.

²⁴ MARDONES 2022, 23.

procedimientos internos enfrenta como límite explícito el que éstos deben ajustarse a las disposiciones de la LGSE, el reglamento, las normas técnicas que dicte la CNE y demás normativa vigente, según lo dispone el artículo 30 del Decreto N° 52/2018 del Ministerio de Energía, que Aprueba el Reglamento del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional.

Como correlato a ello, además de la CNE, tanto el Ministerio de Energía, como la SEC, cuentan con atribuciones para dictar normas generales de distinto rango. Normativa que, por cierto, podría incidir en el desempeño competitivo de los mercados eléctricos.

Así las cosas, frente a la carencia del CEN de atribuciones normativas claras y al hecho que el resto de las entidades regulatorias del sector eléctrico cuentan con este tipo de atribuciones, la posibilidad de incidir en el contenido de cuerpos normativos fruto del ejercicio de tales atribuciones, se torna indispensable para corregir imperfecciones que pudiera presentar la normativa aplicable a distintos ámbitos de los mercados eléctricos, o la ausencia de ésta, y que podría incidir en los niveles de competencia de tales mercados.

1. La naturaleza de la atribución del CEN para proponer medidas y/o modificaciones normativas

Sobre la naturaleza de esta atribución, debe observarse, en primer lugar, que ésta cabe dentro de la categoría de lo que a nivel comparado se denomina *competition advocacy*, es decir, actividades llevadas a cabo por entidades regulatorias "respecto de la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas mediante mecanismos no coercitivos, principalmente a través de sus relaciones con otras entidades regulatorias y aumentando la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia"²⁵. Más ampliamente, este tipo de atribuciones pueden ser comprendidas dentro del ámbito de la teoría regulatoria se ha denominado *joined-up government*, categoría que comprende distintos mecanismos a través de los cuales se busca alinear actividades de organizaciones formalmente separadas hacia objetivos particulares de política pública²⁶; en el presente caso, el incremento de los niveles de competencia en los mercados eléctricos.

²⁵ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK 2002, 25.

²⁶ LING 2002, 616.

Desde el punto de vista del derecho administrativo chileno, este tipo de instancias de actuación entre órganos deben ser comprendidas a la luz del principio de coordinación administrativa, el que se encuentra consagrado en el artículo 3 y 5 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En relación con este principio se ha dicho que, "atañe a la disposición metódica y racional de las actividades que desarrollan los órganos administrativos, individualmente y en su conjunto, para el cumplimiento más eficiente y eficaz de la función administrativa y la mayor satisfacción de las necesidades colectivas a cargo del Estado, con el menor costo financiero y social posible"²⁷. Más específicamente, la coordinación administrativa requiere ser entendida "como la fijación de medios y de sistemas de relación que haga posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos, respecto de los cuales el sistema legal desea que se realicen acciones conjuntas entre las diversas entidades, de manera que se obtenga un acto de contenido integrado o global, de manera de evitar duplicidad, disfuncionalidad y se obtengan resultados efectivos y eficientes en un proceder determinado"²⁸.

Llegado a este punto, debe recordarse que la coordinación en este ámbito no es una mera recomendación, sino un verdadero deber, según lo ha dictaminado la Contraloría General de la República. En este sentido, la entidad contralora observa que "el ordenamiento jurídico impone [la coordinación] a los entes públicos, con independencia del carácter autónomo, personificado o centralizado de que estén revestidos, para que estos la ejecuten en el estricto marco de la competencia que a cada uno le corresponde y, en esta perspectiva, se trata de un principio general que informa toda la organización administrativa."²⁹

2. La naturaleza de las propuestas de medidas y/o modificaciones normativas del CEN y la reacción de los destinatarios de éstas

Una manifestación del principio de coordinación administrativo es el deber que pesa sobre los órganos de la Administración al "evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano" de remitir los antece-

²⁷ CALDERA 1987, 169-170.

²⁸ CORDERO VEGA 2015, 204.

²⁹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 91.166/2014. En similar sentido, Dictamen N°61.224/2016.

dentes de dicho acto a tal órgano, “y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación”, establecido en el artículo 37 bis de la LBPA. Esta regla es útil para determinar por analogía el efecto que podría pretenderse de la atribución del CEN para efectuar proponer medidas y/o modificaciones normativas en el marco de su función de monitoreo de la competencia.

En este sentido, al menos desde un punto de vista formal, las propuestas de medidas y/o modificaciones normativas del CEN en el marco de su función de monitoreo de la competencia parecen acercarse a los informes que, para el caso mencionado en el párrafo anterior, y en general para la resolución de cualquier procedimiento administrativo, debe solicitarse por el órgano a cargo de la instrucción de tal procedimiento, según dispone el artículo 37 de la LBPA.

Tanto las propuestas de medidas y/o modificaciones normativas como los informes antes referidos operan como documentos remitidos por una entidad regulatoria a otra, que contemplan la opinión fundada del emisor respecto del curso de acción de la entidad regulatoria (u órgano público) receptora de la misma. La diferencia es que los informes del artículo 37 de la LBPA son solicitados por la entidad receptora, y las propuestas de medidas y/o modificaciones normativas del CEN no son solicitadas por sus destinatarios.

Dicho lo anterior, es necesario observar que el artículo 38 de la LBPA establece que, por regla general, los informes serán facultativos y no vinculantes. Sobre este punto, se ha indicado que “el carácter facultativo de un informe equivale a discrecional y se opone a reglado o de requerimiento obligatorio”³⁰. Por su parte, la naturaleza no vinculante del informe, “dice relación con que su contenido no obliga al órgano a dictar el acto final en los mismos términos”³¹. Así las cosas, por analogía, debe concluirse que las propuestas efectuadas en el marco de la atribución propositiva del CEN no podrían ser vinculantes para sus destinatarios, lo que resulta autoevidente si se observa que tal atribución ha sido definida usando la voz “propuesta”.

Sin perjuicio de lo anterior, y también por analogía, respecto de dicha atribución parece razonable la aplicación del mismo estándar de comportamiento requerido para los destinatarios de los informes a que se refiere el artículo 37 bis de la LBPA. Sobre este punto, la Contraloría General de la República ha dictaminado que es necesario “plasmear la valoración” del informe en el acto administrativo³², es decir, se deben dar motivos de la decisión de seguir o no con el curso de acción sugerido en el informe.

III. La atribución propositiva del CEN frente a similares atribuciones con que cuenta el TDLC y la FNE

1. Las atribuciones propositivas de las autoridades del derecho de la competencia en Chile

El artículo 18, N° 4, del Decreto Ley N°211, establece dentro de las atribuciones del TDLC la de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

Ciertamente se trata de una potestad que no envuelve el ejercicio de jurisdicción, y a juicio de algunos tampoco constituiría una actividad de naturaleza administrativa³³. Constituiría así “una atribución sui generis, frecuentemente entregada en el derecho comparado a las agencias de competencia”³⁴, la que constituiría “una suerte de función contralora del orden jurídico en el nivel legal y reglamentario para evitar los monopolios de privilegio”³⁵.

El TDLC ha resuelto consistentemente que el ejercicio de esta facultad propositiva es de carácter privativo y discrecional de dicho tribunal³⁶. Adicionalmente, el TDLC ha razonado que “para resolver si es procedente promover una modificación normativa, se debe tomar en consideración los efectos que pueda

³⁰ ARANCIBIA et al 2023, 179.

³¹ ARANCIBIA et al 2023, 179.

³² Contraloría General de la República, Dictamen N°5.732/2020.

³³ VELOZO y GONZÁLEZ 2011, 59.

³⁴ VELOZO y GONZÁLEZ 2011, 59.

³⁵ VALDÉS PRIETO 2006, 295.

³⁶ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 27/2021, ¶. 83.

tener dicha proposición, tanto en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la introducción de una nueva regulación, como en lo que dice relación con el efecto que aquella pueda tener en otros bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador³⁷.

Por su parte, el artículo 39, letra p) del Decreto Ley N° 211, que la FNE puede realizar estudios de mercado, pudiendo ejercer para tal efecto la generalidad de sus atribuciones investigativas, “y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos”. La letra q) del mismo artículo faculta a la FNE para proponer al Presidente de la República, a través del ministro de Estado respectivo, “la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

Más allá de algunas diferencias procedimentales y respecto del deber de respuesta de los destinatarios de las propuestas, parece innegable que el Decreto Ley N° 211 otorga tanto a la FNE como al TDLC amplios márgenes para participar en procesos de elaboración de políticas públicas. En relación con este punto, el propio TDLC ha observado que, en el ejercicio de sus respectivas facultades propositivas “(...) las razones para plantear una reforma son amplias, pudiendo consistir tanto en la disconformidad de ciertas normas con la libre competencia, como en la existencia de vacíos normativos susceptibles de ser llenados para fomentar la competencia o regular ciertas actividades económicas que no se prestan en condiciones competitivas.”³⁸

No obstante la amplitud antes aludida, el mismo tribunal ha reconocido que su participación y el de la FNE “(...) en el proceso de elaboración de políticas públicas de competencia se encuentra acotada por los propios términos en los que les ha sido conferida la facultad propositiva”³⁹. Corolario de este aserto es que la facultad propositiva del TDLC no lo habilita para formular comentarios o recomendaciones a proyectos futuros, toda vez que el artículo 18

N° 4 del Decreto Ley N° 211 “(...) no confiere una autorización para participar u opinar en la preparación de una futura modificación o derogación de normas reglamentarias o legales, sin que este Tribunal haya sido convocado para ello directamente por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo (quien está habilitado para hacerlo al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del H. Congreso Nacional).”⁴⁰

Adicionalmente, el TDLC también ha observado que su facultad propositiva “(...) se torna inoficiosa e inconducente si con anterioridad a la recomendación el Ejecutivo se pronuncia de algún modo favorable o desfavorable sobre la misma materia que es objeto de aquella (lo que equivale, en cierta forma, a una notificación de la eventual propuesta por parte del Tribunal) (...)”⁴¹, concluyendo que en tales casos la facultad propositiva “no debe ser ejercida, aun cuando la emisión de juicios o la convocatoria a emitirlos pudiere llegar a estimarse conveniente desde la perspectiva de la libre competencia”⁴².

2. Comparación de las atribuciones propositivas del TDLC y la FNE frente a la del CEN

En primer lugar, en cuanto a su naturaleza, las atribuciones propositivas del TDLC y la FNE parecen presentar un carácter similar al de las propuestas efectuadas por el CEN en el cumplimiento de su función de monitoreo de la competencia. Es decir, formalmente presentarían características similares a la de los informes que regula el artículo 37 de la LBPA. En términos sustantivos, en ambos casos las propuestas se refieren a la adopción de cursos de acción para la dictación, modificación o derogación de normas de alcance general que pudieran incidir en el desempeño competitivo de los mercados.

Las únicas diferencias en este punto dicen relación con que la atribución propositiva del CEN se encuentra delimitada al ámbito de los mercados eléctricos, por un lado, y que ésta se extiende no sólo al ámbito normativo, sino que al de otras “medidas”. Este último aspecto implica una ventaja relevante de la atribución propositiva del CEN frente a sus equivalentes de las que son titulares el TDLC y

³⁷ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 17/2015, ¶. 119.

³⁸ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 4.

³⁹ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 5.

⁴⁰ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 8.

⁴¹ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 8.

⁴² TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 8.

la FNE, puesto que le permitiría abordar falencias regulatorias que inciden en los niveles de competencia en el sector eléctrico incluyendo no sólo la modificación de normas.

En términos procedimentales, el CEN no cuenta con un procedimiento explícito para la formulación de sus recomendaciones, a diferencia de lo que acontece respecto de la atribución propositiva del TDLC, que sigue el denominado procedimiento no contencioso (regulado por el artículo 31 del Decreto Ley N° 211), en tanto que el ejercicio de la atribución propositiva de la FNE requiere el desarrollo de un estudio de mercado o de un procedimiento investigativo. Consecuencia de ello es que la atribución propositiva del CEN presenta ventajas significativas en términos de oportunidad, atendido el tiempo que suelen tomar los procedimientos no contenciosos del TDLC, y el desarrollo de estudios de mercado y de investigaciones por parte de la FNE.

También en el ámbito procedimental, una diferencia significativa frente a las atribuciones propositivas del TDLC y la FNE, es que, más allá de sus facultades para solicitar antecedentes a los coordinados, el CEN carece del resto de las atribuciones investigativas con que cuenta la FNE, y para recabar antecedentes con que cuenta el TDLC respecto de entes públicos y particulares, en tanto tribunal de la República, que permitirían análisis más contundentes respecto de las respectivas recomendaciones.

Por otro lado, la atribución del CEN para proponer medidas y/o modificaciones normativas parece gozar de ventajas significativas en términos de eficiencia procedimental frente a la posibilidad de que el TDLC y la FNE ejerzan similares atribuciones respecto de deficiencias regulatorias que afecten la competencia en el sector eléctrico. Ello se debe, por un lado, al acceso a la información y nivel de especialización técnica que presenta el CEN en estos mercados y su regulación, y por otro, al hecho de que dentro de la función de monitoreo de la competencia, de la que la atribución en comento es parte, se encuentra el análisis permanente de las distintas variables competitivas de los mercados de la industria eléctrica, permitiéndole al CEN efectuar propuestas a menores costos de los implicados en el ejercicio de las atribuciones propositivas del TDLC y la FNE. En otras palabras, como organismo técnico especializado el CEN tiene una mirada directa, de día a día, de los distintos supuestos que podrían incidir en el correcto funcionamiento de los mercados de la energía y de las

variables que inciden en estos, lo que deriva en eficiencias significativas para el ejercicio de su facultad propositiva.

Más allá de las eficiencias, en el ámbito de las recomendaciones interinstitucionales, como lo son las facultades propositivas sobre las que se viene discutiendo, el nivel de especialización del autor de la propuesta juega un rol fundamental en la posibilidad de que ésta sea acogida⁴³, lo que se traduce en una ventaja adicional de la atribución propositiva del CEN, frente a similares atribuciones del TDLC y la FNE.

Por otro lado, a diferencia de las limitaciones que enfrentan las facultades propositivas del TDLC y la FNE, según lo ha razonado dicho tribunal, el CEN puede efectuar propuestas de medidas y/o modificaciones normativas incluso respecto de proyectos de ley futuros aunque no haya sido convocado para ello directamente por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo. Del mismo modo, a diferencia de las limitaciones que enfrentarían las atribuciones propositivas de las autoridades del derecho de la competencia, la facultad propositiva del CEN no se tornaría inoficiosa o inconducente en el evento de que con anterioridad a la propuesta el Ejecutivo se pronuncie de algún modo favorable o desfavorable sobre la misma materia que es objeto de aquella, lo que se desprende de su carácter autónomo.

IV. Conclusión

A partir de lo analizado a lo largo de este documento, es posible concluir que la función de monitoreo de la competencia del CEN implica tanto el desarrollo de observaciones preventivas y de *advocacy*, como de actividades cuasi fiscalizadoras.

Dado que la FNE y al TDLC cuentan con potestades aplicables de manera transversal a todos los sectores de la economía para resguardar la libre competencia, al menos en lo relativo a las facultades de prevención y *advocacy* de la FNE, y parcialmente en lo concerniente a sus atribuciones de investigación, el Legislador parece haber asignado potestades concurrentes a distintas entidades.

La atribución propositiva del CEN resulta esencial para el cumplimiento de la función de monitoreo de la competencia del CEN, atendido que éste carecería de atribuciones norma-

⁴³ MARISAM 2012, 202.

tivas propiamente tales, que su atribución de dictar procedimientos internos está limitada por normas dictadas por el resto de las entidades regulatorias del sector eléctrico, y que las normas dictadas por tales entidades regulatorias podrían ser fuente de efectos negativos al desempeño competitivo de los mercados del sector eléctrico. Así, la única alternativa con la que contaría el CEN para intentar resolver tales defectos regulatorios sería, precisamente, el ejercicio de su facultad propositiva.

En cuanto a su naturaleza, la atribución propositiva del CEN cabe dentro de la categoría de lo que a nivel comparado se denomina *competition advocacy*, así como de lo que en teoría regulatoria configura el *joined-up government*. Por otro lado, y sin perjuicio de que el CEN no forma parte de la Administración del Estado, esta atribución se enmarca dentro de un entendimiento amplio del principio de coordinación administrativa. En cuanto a la naturaleza de las propuestas en sí mismas, al menos desde un punto de vista formal, éstas parecen acercarse a los informes a que se refiere el artículo 37 de la LBPA.

Finalmente, más allá de sus similitudes, la atribución propositiva del CEN envuelve significativas ventajas para el sector eléctrico en comparación con similares atribuciones con que cuentan las autoridades del derecho de la competencia

Bibliografía citada

- Aagaard, T. (2011). Regulatory Overlap, Overlapping Legal Fields, and Statutory Discontinuities. *Virginia Environmental Law Journal* 29 (3), 237 – 303.
- Ahdieh, R. (2006). Dialectical Regulation. *Connecticut Law Review* 38 (5), 863 – 927.
- Arancibia Mattar, J., Flores Rivas, J. C., y Gómez González, F. (2023). *Acto y procedimiento administrativo: Análisis normativo, dogmático y jurisprudencial a veinte años de la Ley N° 19.880*. DER ediciones.
- Baldwin, R., Cave, M., y Lodge, M. (2011). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press.
- Barría, C., y Cerda, M. P. (2018). Alcances del monitoreo de competencia del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (26), 131 – 161.
- Black, J. (2001). Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a «Post-Regulatory» World. *Current Legal Problems* 54 (1), 103 – 146.
- Caldera Delgado, H. (1987). Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado. *Revista de Derecho Público* (41/42), 165 – 172.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Legal Publishing.
- Freeman, J. y Rossi, J. (2012). Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review* 125 (5), 1131 – 1211.
- Advocacy Working Group (2002). *Advocacy and Competition Policy*. International Competition Network.
- Kaiser, F. M. (2011). *Interagency Collaborative Arrangements and Activities: Types, Rationales, Considerations*. Congressional Research Service.
- Ling, T. (2002). Delivering joined-up government in the UK: Dimensions, issues and problems. *Public Administration* 80 (4), 615 – 642.
- Mardones Osorio, M. (2022). Sistema de fuentes en el sector eléctrico. *Revista de Derecho Económico* 79 (2), 201 – 225.
- Marisam, J. (2010). Duplicative Delegations. *Administrative Law Review* 63 (2), 181 – 244.
- Marisam, J. (2012). Interagency Administration. *Arizona State Law Journal* 45, 183 – 231.
- Robb, L., Candy, T., y Deane, F. (2023). Regulatory overlap: A systematic quantitative literature review. *Regulation & Governance* 17 (4), 1131 – 1151.
- Valdés Prieto, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Editorial Jurídica de Chile.
- Valdés Rojas, J. S. (2018). El rol del nuevo Coordinador Eléctrico Nacional en su misión de monitorear las condiciones de competencia en el mercado eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (26), 95 – 115.
- Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Veloza, J., y González, D. (2011). Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Thomson Reuters.