

Santiago, doce de noviembre de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

En autos no contenciosos sobre Consulta Rol NC N° 471-2020, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada "Consulta de Hidromaule S.A. y otras sobre la "Condición de Inflexibilidad" contenida en la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la operación de unidades que utilicen GNL regasificado", las consultantes dedujeron reclamación en contra de la sentencia dictada por el TDLC que declaró inadmisibile y, en consecuencia, no admitió a tramitación la Consulta que interpusieron seis generadoras hidroeléctricas con el fin que se pronunciara sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la "Condición de Inflexibilidad" contenida, definida y regulada en la referida Norma Técnica (NT) con las normas de defensa de la libre competencia.

Dicha decisión se fundó, en que, a juicio de los jueces de base, la materia consultada formaba parte de un precepto reglamentario que no es posible de ser conocido mediante la Consulta contemplada en el artículo 18 N° 2 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 que Fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°211 (D.L. N° 211), que fue la norma que invocaron las actoras para deducir su consulta, sino que debió serlo en



los términos que se consagra en el artículo 18 N° 4 del citado cuerpo legal.

Se trajeron los autos en relación.

## **I.- ASPECTOS PRELIMINARES.**

### **A.- CONSULTA**

Hidromaule S.A.; Energía Duqueco SpA; Coyanco SpA; Gestión de Proyectos Eléctricos S.A. ("GPE S.A."); Besalco Energía Renovable S.A. y Eléctrica Puntilla S.A., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N° 2 y 31 D.L. N° 211, presentaron requerimiento de consulta ante el TDLC con el fin que - como se dijo- se pronunciara sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la "Condición de Inflexibilidad" con las normas de defensa de la libre competencia y, en caso de considerar que aquella infringe o puede infringir las disposiciones del citado D.L. N° 211 lo declare así, disponiendo sea excluida dicha institución de la referida Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la operación de unidades que utilicen Gas Natural Licuado regasificado.

En subsidio y para el evento que considere que la "Condición de Inflexibilidad" no infringe o no puede infringir la referida normativa, solicitaron que el Tribunal, con el objeto de prevenir, promover y fomentar la competencia disponga las medidas preventivas necesarias para garantizar que la NT, en lo que respecta a la "Condición de Inflexibilidad", no produzca efectos



anticompetitivos en el mercado de generación eléctrica.

**A.1) Alcance de la Consulta: \_**

Precisaron que la consulta no está dirigida a que el Tribunal se pronuncie sobre la NT que contiene el concepto de "Condición de Inflexibilidad", tampoco se cuestionan las facultades de la Comisión Nacional de Energía (CNE), ni la procedencia o pertinencia de esta NT, sino que, insiste, se dirige a obtener un pronunciamiento sobre la "Condición de Inflexibilidad" contenida en ella y, en subsidio, que se adopte las medidas preventivas para garantizar que ésta no produzca efectos anticompetitivos en el mercado de la generación eléctrica.

Asimismo, añaden que el hecho que la NT y la "Condición de Inflexibilidad", se encuentran en ejecución, no impide que el Tribunal se pronuncie sobre su compatibilidad con las normas de defensa de la libre competencia atendida la finalidad de la Consulta.

Por otra parte, indican que su procedencia, se ratifica en el hecho que los órganos del Estado, en cuanto dictan actos administrativos, deben someter su actuar a las normas de defensa de la libre competencia, con el fin de resguardar dicho bien jurídico. En ese sentido, destacan lo fundamental que resulta un pronunciamiento sobre la "Condición de Inflexibilidad", atendido los efectos anticompetitivos que dicen produce o



puede significar en el mercado de generación eléctrica aquella, más aún, si se tiene presente, que ésta sólo favorece a los generadores que utilicen Gas Natural Licuado regasificado (GNL).

**A.2) Pertinencia de la Consulta en los términos del artículo 18 N° 2 del DL N° 211:**

Las actoras sostienen que la NT es un "acto administrativo" aprobado por la Resolución Exenta N° 376, de fecha 21 de junio de 2019, dictada por el Secretario Ejecutivo de la CNE, de manera tal que en los hechos se trata de dos actos administrativos: uno es la NT y otro es la Resolución Exenta que la aprueba.

Por tanto, al tratarse la NT de un acto administrativo conforme lo dispuesto al artículo 3 de la Ley N° 19.880, no puede pensarse que, dada su nomenclatura de "Norma Técnica", deba ser equiparada al concepto de "Preceptos legales y reglamentarios" a los que se refiere el número 4 del artículo 18 del D.L. N° 211 porque lo cierto es que, por un parte, la referida "Condición de Inflexibilidad", es un concepto que no se encuentra contemplado ni siquiera mencionada en disposición legal ni reglamentaria alguna que sistematice la actividad económica del mercado de generación eléctrica y que, por tanto, permita comprenderla como una norma de las allí contempladas y, porque, no se debe olvidar el "Principio de Reserva de la Regulación



Económica" que rige nuestro ordenamiento jurídico económico, consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por el cual sólo por Ley se puede regular la actividad económica.

Añade que refuerza este último aspecto, la letra b) del artículo 7 del D.L. N° 2.224 de 1978, que creó la CNE, en cuanto señala que, dentro de las facultades que aquella posee se encuentra la de fijar normas técnicas y proponer al Ministerio de Energía las normas legales y reglamentarias que se requieran, en las materias de su competencia, es decir, la CNE no tiene facultades para dictar preceptos reglamentarios y menos normas legales, sólo puede fijar NT.

Por consiguiente, señalan que la intervención que la presente consulta solicita al TDLC, en referencia a la compatibilidad o incompatibilidad de la "Condición de Inflexibilidad" contenida en la NT, dada su naturaleza de acto administrativo, se justifica en la necesidad que cualquiera sea el acto del órgano estatal, éste debe respetar las normas de defensa de la libre competencia, precaviendo eventuales efectos perjudiciales para la competencia y aún más, procurando que dichos actos administrativos incentiven o emulen el comportamiento competitivo ex post (Sentencias del TDLC N°34/2005 y N°138/2014). \_

En definitiva, expresan que la consulta se funda en



que los actos administrativos, así como las actuaciones estatales, en este caso la "Condición de inflexibilidad", pueden ser objeto de un procedimiento no contencioso del artículo 18 N° 2) del D.L. N° 211 cuando concurra "una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello, tal como dice lo ha declarado el TDLC.

Manifiestan que esto último, resulta de la máxima relevancia, porque la "Condición de Inflexibilidad" no sólo regula la actividad económica de los generadores en el mercado eléctrico, sino que fija el costo variable de las centrales GNL al ingresar al SNE y con ello modifica el costo marginal del sistema en general, debido a que la NT ordena expresamente que deberán ser consideradas para efectos del cálculo del costo marginal del sistema con un costo variable total o igual a cero. Fijación que dice, al contenerse en una Norma Técnica -acto administrativo- además, pudiese no congeniar con el Principio Constitucional de Reserva Legal de la Regulación Económica, afectando en definitiva al mercado relevante que, a su juicio, pasaría hacer el denominado Mercado Spot o a corto plazo.

Concluyen que la condición de inflexibilidad no sólo no tiene justificación alguna desde el punto de vista de la eficiencia económica, por lo que resulta



anticompetitiva en sí misma, sino que, además, produce efectos contrarios a la libre competencia por lo que infringe o a lo menos puede infringir, las normas que la reglamentan contenidas en el D.L. N° 211, razón por la que, es procedente acoger la consulta y, en su mérito, debe ser excluida de la NT.

En susidio, para el evento que no se acoja la declaración de incompatibilidad, proponen una serie de medidas preventivas que enumeran en su libelo.

## **II.- RESOLUCION**

El TDLC declaró que, antes de dar inicio a la Consulta presentada en autos, es necesario revisar si la materia consultada corresponde a un hecho, acto o contrato de aquellos regulados en el artículo 18 N°2 del D.L. N° 211. Al respecto, declararon que la materia consultada se encuentra contenida en la Norma Técnica GNL, la que fue aprobada mediante la Resolución Exenta N° 376 dictada por la CNE el 21 de junio de 2019.

Para lo cual, en primer lugar, razonaron en cuanto a que los órganos de la administración del Estado pueden dictar actos administrativos de diversa naturaleza, pudiendo distinguirse al menos aquellos de efectos particulares y los de efectos generales o reglamentos, siendo los primeros, susceptibles de ser analizados por el Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del D.L. N° 211 y señala que así se ha hecho, en



otras ocasiones.

Sin embargo, agregaron, que la NT GNL que contiene la condición de inflexibilidad, objeto de la Consulta, corresponde a un reglamento o precepto reglamentario en los términos del artículo 18 N°4 del DL N° 211.

*"En efecto, corresponde a una norma emitida por la CNE en el ejercicio de una potestad normativa otorgada por el legislador a la CNE en el artículo 7 letra b) del Decreto Ley N°2.224. Por su parte, el artículo 1-1 de la Norma Técnica GNL precisamente da cuenta de que ésta busca innovar desde el punto de vista normativo al disponer que su objetivo consiste en "establecer las exigencias de información, procedimientos, metodologías, mecanismos y condiciones de aplicación que resulten necesarias para la programación y coordinación de la operación de unidades que utilicen GNL Regasificado de acuerdo al mismo mandato del legislador;*

*Que es la naturaleza de la norma y no su denominación la que determina que el mismo sea un reglamento. Así, el hecho de que el legislador le haya otorgado el nombre de "Norma Técnica" no altera la conclusión contenida en la consideración anterior..."*

Añaden:

*"Que el artículo 18 N° 2 del D. L. N° 211 que regula la potestad consultiva del Tribunal solo le permite pronunciarse sobre la compatibilidad con las normas de*



*libre competencia de hechos, actos o contratos, mas no de reglamentos, en tanto éstos corresponden a normas jurídicas emanadas de organismos de la administración del Estado. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del Tribunal de proponer la derogación o modificación de un precepto legal o reglamentario en virtud de la facultad reglada en el artículo 18 N°4 del D.L. N° 211.*

*Que, por lo tanto, la materia consultada es parte de un precepto reglamentario que no es susceptible de ser conocido mediante el presente procedimiento, razón por la cuál ésta será declarada inadmisibile”.*

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que las actoras, en su recurso de reclamación, reiteran los fundamentos de su consulta en cuanto su alcance y pertinencia en los términos del artículo 18 número 2 del D.L. N° 211 y, conforme a dicha argumentación, impugnan la resolución que la declaró inadmisibile.

En primer lugar, expresan que de la sola lectura del razonamiento tercero de la resolución recurrida se advierte que la NT no constituye un Reglamento en los términos del artículo 18 número 4 del D.L. 211, para lo cual sostienen que basta recordar la existencia el Decreto N° 11, del Ministerio de Energía, de 31 de enero de 2017, que “Aprueba reglamento para la dictación de normas técnicas que rijan los aspectos técnicos, de



seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento del sector eléctrico”, del cual se desprende que resulta incoherente entender que hay un Reglamento que regula la dictación de otros reglamentos.

Añaden que las Resoluciones que citó por el TDLC, en el considerando 4°, para justificar su negativa de admitir a tramitación su consulta, dictadas bajo los Roles N°s 61/2020 y 62/2020, sólo ratifican la procedencia de la misma, porque en ellas aquel se pronunció, justamente, sobre normas técnicas en relación a las consultas que se le hicieron. En la primera, decidió la consulta presentada por AFICH (Asociación de Farmacias Independientes de Chile) al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para determinar si las Bases administrativas y técnicas para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud y sus anexos y la segunda relativa a la Consulta de Movistar sobre la Resolución Exenta N°1.498/1999 (“RE N°1.498/1999”), por la que Subtel fijó la norma técnica en la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz (“Banda 3.5”) para otorgar concesiones de servicio público telefónico inalámbrico mediante concurso público.

Agrega que lo mencionado en el razonamiento 5°, resulta inaudito pues homologar una “Norma Técnica” que



tiene por objeto fijar aspectos técnicos, de seguridad y coordinación del funcionamiento del sistema eléctrico con una "Ley", equivale a desconocer el Principio de Reserva Legal de la Regulación Económica y, de ser así, se otorga a la CNE facultades que el legislador no le entrega, cual es dictar Normativas respecto de materias que la Constitución reserva exclusivamente al dominio de la ley.

Luego, critican el considerando 6° de la Resolución reclamada, porque reiteran que no obstante el texto expreso del D.L. N° 2.224, que creó la CNE, en cuanto prescribe que aquella posee exclusivamente -en lo que interesa- facultades para dictar NT, pudiendo sólo proponer al Ministerio de Energía normas reglamentarias mas no dictar reglamentos, quedando clara esa distinción en el artículo 7 del cuerpo legal citado. Razón por la que estiman que la resolución impugnada, pretende dar un carácter de Reglamento a la NT en estudio e incluso atribuirle la condición de "tendencia a permanecer", lo cual, no hace sino desconocer que dichas normas, por su naturaleza, son esencialmente modificables, tal como se desprende del Decreto N° 11 del Ministerio de Energía y, por consiguiente, no pueden tener el carácter de Reglamento y menos de una ley.

Error que sostienen se reitera en los razonamientos siguientes y que desconoce lo dicho por esta Corte en la causa Rol N° 1.855-2009, en cuanto declaró que si el



hecho o acto Consultado estuviese establecido en una ley (o en un reglamento) sólo podría ser objeto del procedimiento del artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211. De lo cual se colige, a contrario sensu y, como ocurre en la especie, que si el hecho o acto - "Condición de Inflexibilidad" - es fruto de un acto administrativo, como es la Norma Técnica, perfectamente puede ser objeto de consulta ante el Tribunal de Defensa de las Libre Competencia en los términos del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211.

Por último, señalan que no se debe confundir la potestad reglamentaria en ejecución que corresponde al Presidente de la República con la potestad normativa infra reglamentaria que posee la Comisión Nacional de Energía que tiene por objeto dictar normas técnicas, regulada en el D.L. N° 2.224 y en el artículo 72°-19 de la LGSE, y se materializa mediante un acto administrativo (resolución exenta).

Solicita se deje sin efecto la resolución que no admitió a tramitación la consulta que dedujeron en autos y, en su remplazo, se disponga que el TDLC se pronuncie, conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 del DL N° 211, sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la "Condición de Inflexibilidad" - contenida, definida y regulada en la "Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que Utilicen GNL



Regasificado" conforme se solicitó en su consulta.

**Segundo:** Que, para iniciar el análisis del arbitrio impugnatorio, se hace imprescindible reiterar lo declarado por esta Corte (SCS Roles N°s 138.221-2020, 181-2020) en cuanto a que, a través del artículo 18, numeral 2°, del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al TDLC la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado D.L. N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante.

En otras palabras, la potestad consultiva busca *"prevenir o evitar la comisión de un injusto monopolio por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopolio"* (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio". Editorial Jurídica de Chile, 2006. Página 612). Por otro lado,



también es posible subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, en "Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico". Abelardo Perrot, 2010. Página 315).

**Tercero:** Que, asentados los fines y principios que informan la consulta, resulta necesario fijar y precisar la naturaleza de la "Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que utilicen GNL regasificado" y, en concreto, determinar si aquella debe ser considerada como un Reglamento o precepto reglamentario en los términos del artículo 18 N°4 del DL N° 211 y que, por tanto, en esas circunstancias, le impiden al TDLC pronunciarse sobre la consulta referida a la "condición de inflexibilidad" que dicha NT contempla.

**Cuarto:** Que, al efecto, es conveniente destacar, que el Decreto N° 11 del Ministerio de Energía, que Aprueba Reglamento para la dictación de Normas Técnicas que rijan los Aspectos Técnicos, de Seguridad, Coordinación, Calidad, Información y Económicos del Funcionamiento del Sector Eléctrico, en su artículo primero, ratifica su fin, esto es, regular el procedimiento público y participativo de elaboración y modificación de las normas técnicas en los términos antes dichos y las define como las: "Normas que rigen los aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento del sector eléctrico, las



que serán fijadas por la Comisión mediante resolución exenta, de acuerdo al procedimiento regulado en el presente reglamento" (artículo 2 letra h) del citado Reglamento).

Asimismo, cabe destacar que la Resolución Exenta N° 376 de 21 de junio de 2019, que aprueba la modificación de la NT en estudio, que contiene la "condición de inflexibilidad", se remite a dicho reglamento como fuente legal para su dictación.

**Quinto:** Que, en este contexto normativo, queda en evidencia, en primer lugar, que la NT en comento, no puede ser calificada como un Reglamento - norma jurídica de contenido general y abstracto que emanan de los organismos de la administración del Estado-, no sólo porque su dictación ya está ordenada mediante un Reglamento, por lo mismo, no podría entenderse que exista aquel para dictar otro; sino por cuanto, de su sola estructura y fines, esto es, que regula "aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento del sector eléctrico", se advierte que carece de la "generalidad y abstracción", características necesarias e indispensables para que tenga el carácter de Reglamento o norma general.

En efecto, su objeto se radica en cuestiones particulares para la ejecución de la normativa eléctrica y como tal, además, la hace necesariamente modificable,



ajustable a las circunstancias que aquellos aspectos requieren - atendida su naturaleza- lo cual, además, le permite compatibilizar con el avance de la tecnología y los requerimientos del sector en constante evolución, debido a que no se debe perder de vista que la energía eléctrica y hoy, más que nunca, constituye un servicio público indispensable para la vida moderna, de allí que esas instrucciones -efectivamente- sólo puedan estar incluidas en una NT y no en un Reglamento, todo lo cual se corrobora de la lectura de los artículos 2 a 7 del citado Decreto N° 11, en cuanto en todas ellas, se hace referencia a su potencial modificación.

**Sexto:** Que, así entonces, para el caso concreto, se ha puesto en conocimiento del tribunal respecto de dicha NT, un aspecto particular de ésta, cual es, la denominada "Condición de Inflexibilidad", institución que las consultantes sostienen afecta el mercado spot de las generadoras, desde que impone al Coordinador Eléctrico, la obligación de elegir al generador de GNL por sobre los otros, para cuando a favor de éste, se haya declarado la referida "Condición de Inflexibilidad", lo cual dicen que modifica el costo marginal en que se transe su energía en dicho mercado a corto plazo, distorsionando el orden de prelación de ingreso de las generadoras al SNE, el costo marginal de no sólo el mercado spot sino que también de otros mercados del sector. Todo lo cual, a juicio de las



actoras, produce deficiencias económicas y una serie de infracciones a las normas de la libre competencia que latamente enumeran y explicitan en su arbitrio.

**Séptimo:** Que, por tanto, siendo la NT una acto jurídico que reglamenta aspectos particulares del mercado eléctrico y que la "condición de inflexibilidad", representa uno de esos aspectos técnicos específicos que permiten el funcionamiento "*in situ*" del mercado relevante en la materia, es dable concluir la necesidad que dicha condición especial deba ser evaluada a la luz de las normas de la libre competencia, para apreciar si es necesario modelarla o modificarla según corresponda, debiendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, examinar lo expuesto por las consultantes, analizando si la normativa en comento genera riesgos anticompetitivos en su aplicación y, en su caso, adoptando las medidas que sean procedentes, en cumplimiento de su deber prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico o, también, advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico, en su caso.



**Octavo:** Que, en consecuencia, corresponde acoger el recurso de reclamación, para disponer que la consulta planteada por las hidroeléctricas, sea declarada admisible, tramitada y analizada por el TDLC, previa solicitud de informe a los agentes económicos relacionados, además de los antecedentes necesarios para un adecuado conocimiento, en los términos que se han venido exponiendo en los motivos precedentes.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 y 31 del Decreto Ley N°211, se resuelve que **se acoge** el recurso de reclamación deducido por Hidromaule S.A.; Energía Duqueco SpA; Coyanco SpA; Gestión de Proyectos Eléctricos S.A. ("GPE S.A."); Besalco Energía Renovable S.A. y Eléctrica Puntilla S.A., en contra de la resolución de diecisiete de septiembre de dos mil veinte, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y, en consecuencia **se dispone** que la consulta planteada queda acogida a tramitación, a fin de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resuelva si se verifica, o no, un riesgo actual o potencial de conductas anticompetitivas, en el mercado relevante propuesto, en relación con la compatibilidad o incompatibilidad con las normas de defensa de la libre competencia de lo que las Consultantes denominan "la Condición de Inflexibilidad" descrita en la Norma Técnica para la Programación y



Coordinación de la Operación de unidades que utilicen GNL  
regasificado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro (S) señor Mera.

Rol N° 125.657-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema  
integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G.,  
Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Mauricio Silva C., Sr. Mario  
Carroza E. y Sr. Raúl Mera M. (s).No firma, no obstante  
haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro Sr.  
Mera por haber concluido su período de suplencia.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Mauricio Alonso Silva C., Mario Carroza E. Santiago, doce de noviembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a doce de noviembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

