

**EN LO PRINCIPAL: INTERPONEN RECURSO DE RECLAMACIÓN.**

**EN EL OTROSÍ: ACOMPAÑAN DOCUMENTOS.**

**HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**MARIO BRAVO RIVERA** y **GABRIEL MATÍAS TRAFILAF ORTIZ**, abogados, en representación de 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 autos no contenciosos, caratulados *“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”*, Rol NC 471-20, a este H. Tribunal respetuosamente decimos:

Por este acto, de conformidad a lo establecido en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 (DL 211), venimos en deducir Recurso de Reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Resolución de término dictada por ese H. Tribunal con fecha 17 de septiembre de 2020, en estos autos, mediante la cual resolvió “no admitir a tramitación la consulta deducida en autos”. Solicitando se deje sin efecto dicha Resolución.

Asimismo, solicitamos que en su remplazo se disponga que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se pronuncie, conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, ejerciendo las facultades que dichas normas le confieren, 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”* aprobada en junio de 2019 por la Comisión Nacional de Energía - con las normas de Defensa de la Libre Competencia y, en caso de considerar que dicha *“Condición de Inflexibilidad”* infrinje

o puede infringir las disposiciones del D.L. N° 211 lo declare así, disponiendo sea excluida de la referida Norma Técnica. Y en subsidio y para el evento que el H. Tribunal considere que la “*Condición de Inflexibilidad*” no infringe o no puede infringir las Normas de Defensa de la Libre Competencia, solicitamos a ese H. Tribunal, con el objeto de prevenir, promover y fomentar la competencia, disponga si lo tiene a bien las medidas preventivas necesarias para garantizar que la Norma Técnica, en lo que respecta a la “*Condición de inflexibilidad*”, no produzca efectos anticompetitivos en el mercado de generación eléctrica.

La interposición de este Recurso de Reclamación se basa en el artículo 27 y 31 del D.L. N° 211 y en la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que ha dispuesto que para el caso que se niegue el inicio de un procedimiento de Consulta en los términos del artículo 18 N° 2 resulta procedente la interposición de este recurso. Así por ejemplo, la Resolución del H. Tribunal, de 18 de noviembre de 2014, en causa Rol NC N° 427-14, aceptó a tramitación el Recurso de Reclamación en contra de Resolución de propio Tribunal que rechazó el inicio del procedimiento de Consulta, recurso que a la postre fue acogido por la Excma. Corte Suprema que ordenó el inicio del procedimiento de Consulta.

El presente Recurso de Reclamación se fundamenta en los antecedentes de derecho, de hecho y económicos que pasamos a exponer:

## **I. EL ASUNTO NO CONTENCIOSO DE AUTOS:**

Con fecha 3 de septiembre de 2020, Hidromaule S.A.; Energía Duqueco SpA; Coyanco SpA; Gestión de Proyectos Eléctricos S.A.; Besalco Energía Renovable S.A. y Eléctrica Puntilla S.A., presentaron ante este H. Tribunal un asunto no contencioso, destinado a que V.S. se pronunciara, conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, ejerciendo las facultades que dichas normas le confieren, se pronuncie 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*” aprobada en junio de 2019 por la Comisión

Nacional de Energía - con las normas de Defensa de la Libre Competencia y, en caso de considerar que dicha “*Condición de Inflexibilidad*” infrinje o puede infringir las disposiciones del D.L. N° 211 lo declare así, disponiendo sea excluida de la referida Norma Técnica.

En subsidio y para el evento que V.S. considere que la “*Condición de Inflexibilidad*” no infringe o no puede infringir las Normas de Defensa de la Libre Competencia, solicitamos a ese H. Tribunal, con el objeto de prevenir, promover y fomentar la competencia, disponga si lo tiene a bien las medidas preventivas necesarias para garantizar que la Norma Técnica, en lo que respecta a la “*Condición de inflexibilidad*”, no produzca efectos anticompetitivos en el mercado de generación eléctrica.

En otras palabras, la Consulta tiene por objeto que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se pronuncie sobre:

- Si la “*Condición de Inflexibilidad*” contenida, definida y regulada en la Norma Técnica infringe o puede infringir las disposiciones del D.L. N° 211.
- Y en subsidio, para el evento que V.S. considere que la “*Condición de Inflexibilidad*” no infringe o no puede infringir las Normas de Defensa de la Libre Competencia, disponga si lo tiene a bien las medidas preventivas necesarias para garantizar que la declaración de “*Condición de inflexibilidad*”, no produzca efectos anticompetitivos en el mercado de generación eléctrica.

## **II. EL RECHAZO DE LA CONSULTA POR EL H. TRIBUNAL:**

Pese a que la referida Consulta cumple con todos los requisitos previstos por el legislador para su interposición y, además, con los Auto Acordados vigentes del H. Tribunal, éste procedió a negar lugar a la tramitación de la misma, mediante Resolución de fecha 17 de septiembre de 2020, al siguiente tenor:

**“VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**1.** *Que Hidromaule S.A., Energía Duqueco SpA, Coyanco SpA, Gestión de Proyectos Eléctricos S.A., Besalco Energía Renovable S.A. y Eléctrica Puntilla S.A. solicitaron un pronunciamiento acerca de la compatibilidad o incompatibilidad con las normas de defensa de la libre competencia de lo que las Consultantes denominan “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, aprobada en junio de 2019 por la Comisión Nacional de Energía (en adelante “Norma Técnica GNL”);*

**2.** *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, 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;*

**3.** *Que actualmente la doctrina es consistente en señalar que los órganos de la administración del Estado pueden dictar actos administrativos de diversa naturaleza, pudiendo distinguirse al menos aquellos de efectos particulares, tales como la adjudicación de un contrato y aquellos de efectos generales o reglamentos. En efecto, “los artículo (sic) 45 y 48 LBPA (ley 19.880) distingue (sic) claramente actos administrativos y normas. En primer término, nos señalan que los actos administrativos pueden ser de efectos individuales o pueden afectar a un número indeterminado de personas (actos administrativos generales). (...) Por su parte, los actos administrativos que contengan normas de general aplicación siempre deben publicarse (artículo 48 letra a), y las normas generales que emanan de los órganos de la Administración son, por regla general, reglamentos” (Eduardo Cordero, “Las normas administrativas y el sistema de fuentes”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 17 N° 1-2010, pg. 26);*

**4.** *Que los actos administrativos de efectos particulares son susceptibles de ser analizados en esta sede en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del D.L. N° 211 y así se ha hecho, por ejemplo, en las resoluciones N°61/2020 y N°62/2020. Al respecto, la doctrina es conteste en señalar que estos actos administrativos “no contienen auténticas reglas de*

*derecho, porque carecen de generalidad y abstracción.” (José Miguel Valdivia, “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Tirant Lo Blanch, año 2018, pg. 181);*

*5. Que, por el contrario, los reglamentos constituyen normas jurídicas de contenido general y abstracto que emanan de los organismos de la administración del Estado, teniendo una naturaleza análoga a una ley, sin perjuicio de que deben siempre estar subordinados a ella. Formalmente un reglamento está contenido en un acto administrativo y cuando emana de una autoridad administrativa en el marco de su potestad normativa, se materializa por medio de resoluciones exentas (José Miguel Valdivia, Op. Cit., pg. 179);*

*6. Que la diferenciación entre un acto administrativo de efectos particulares de un reglamento no es simple. En efecto, la doctrina ha señalado que “el primer problema con que nos topamos está en que la Administración del Estado con potestad reglamentaria cuenta, además, con potestad para dictar actos administrativos de contenido particular, generalmente señalada como potestad de mando.” (Jorge Bermúdez Soto, “Derecho Administrativo General”, Ed. Legal Publishing Chile, Segunda Edición actualizada, pg. 50). Al respecto, la doctrina ha entregado como criterio diferenciador, además de la generalidad de los efectos buscados por el acto administrativo en cuestión, el criterio de la innovación normativa. Al efecto, se señala que el reglamento se caracteriza porque “[...] introduce una norma que innova en el ordenamiento jurídico con tendencia a permanecer. Este es el elemento principal para entender la potestad reglamentaria de la Administración Pública.” (Jorge Bermúdez Soto, Op. Cit. pg. 51). A su vez, como se anticipó, todo reglamento debe emanar de una potestad expresamente otorgada por la Constitución o la ley. Por último, un reglamento contiene normas generales y abstractas “cuya fuerza obligatoria vincula a todo órgano público, funcionarios y, especialmente, a los particulares, en la medida que sean destinatarios de la misma” (Eduardo Cordero, Op. Cit., pg. 32);*

*7. Que la Norma Técnica GNL que contiene la “Condición de Inflexibilidad” objeto de la Consulta presentada, cumple con todas las condiciones indicadas en la consideración precedente para ser calificada como 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 Regas(ificado) de acuerdo al mismo mandato del legislador”;*

**8.** *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. En efecto, “en determinados supuestos la Administración interviene directamente en la regulación técnica de un determinado producto o actividad” lo que se le conoce como reglamentación técnica (Luis Cordero Vega, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Ed. Legal Publishing, Segunda Edición,pg. 166). De esta forma, la Norma Técnica GNL contiene “disposiciones que regulan el régimen jurídico-administrativo aplicable obligatoriamente” (Luis Cordero Vega, Op. Cit., pg. 167) al menos a las generadoras que utilizan gas natural licuado para la generación de energía y al Coordinador Eléctrico Nacional creado por la ley N° 20.936;*

**9.** *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. Lo anterior es conteste con la jurisprudencia emitida por la Excma. Corte Suprema quien ha señalado que cuando un reglamento atenta contra las normas de libre competencia solo le es permitido al Tribunal proponer al Presidente de la República su modificación (sentencia de fecha 15 de junio de 2009, dictada en la causa Rol N° 1855-2009);*

**10.** *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;*

**SE RESUELVE:** *no admitir a tramitación la consulta deducida en autos.*

### **III. ALCANCE Y PERTINENCIA DE LA CONSULTA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 18 NÚMERO 2 DEL D.L. 211:**

La Excmá Corte Suprema podrá apreciar que la Consulta de autos es clara y precisa en cuanto a la procedencia del presente asunto no contencioso en los términos del artículo 18 N° 2 del D.L. 211, al punto que en dicho escrito, de manera preliminar, se hace referencia expresa y extensamente sobre el *“alcance y pertinencia de la presente Consulta”*.

Sin embargo, dado que el H. Tribunal de la Libre Competencia en su Resolución denegatoria no hace mención alguna a estos “alcances y pertinencia”, es que reproducimos literalmente lo expuesto en dicho escrito de Consulta con el fin que la Excmá. Corte lo tenga presente para la resolución del presente Recurso de Reclamación. Sin perjuicio que más adelante nos hacemos cargo de cada uno de los considerandos de la Resolución que niega la procedencia de la Consulta en los términos del artículo 18 N° 2 del D.L. 211.

Así se señaló en el escrito de la Consulta de autos, lo siguiente:

#### **“ALCANCE DE LA CONSULTA:**

- 1. Lo primero que es necesario **explicitar** es que, la Consulta no está dirigida a que ese H. Tribunal se pronuncie sobre la “Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que Utilicen GNL Regasificado” **que contiene, define y regula la “Condición de Inflexibilidad”** en tanto su naturaleza, carácter e integridad como “Acto Administrativo” que es, ni se refiere a las disposiciones contenidas en ella que no dicen relación con la “Condición de Inflexibilidad”. Así como tampoco se cuestiona las atribuciones legales de la Comisión Nacional de Energía (en*

*adelante CNE), ni la procedencia o pertinencia de esta Norma Técnica (En adelante NT). En este sentido cabe recordar lo que ha señalado a este respecto ese H. Tribunal:*

*“Que se ha planteado en estrados que la denuncia de autos sería inadmisibile por el hecho que sólo se impugnan las razones de mérito que ha tenido el Ministro recurrido para dictar las resoluciones impugnadas. Al respecto, este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el D.L. N° 211, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal que, según dispone claramente su artículo 3°, se aplica a ‘El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos’, sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos, siendo reiterada la jurisprudencia de la Honorable Comisión Resolutiva, antecesora legal de este Tribunal, en tal sentido”<sup>1</sup>.*

**2.** *La Consulta es precisa, tiene por objeto que este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se pronuncie sobre:*

- *Si la “Condición de Inflexibilidad” contenida, definida y regulada en la Norma Técnica infringe o puede infringir las disposiciones del D.L. N° 211.*
- *Y en subsidio, para el evento que V.S. considere que la “Condición de Inflexibilidad” no infringe o no puede infringir las Normas de Defensa de la Libre Competencia disponga si lo tiene a bien las medidas preventivas necesarias para garantizar que la declaración de “Condición de*

---

<sup>1</sup> Sentencia N° 11/2004, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 3 de diciembre de 2004.



*inflexibilidad”, no produzca efectos anticompetitivos en el mercado de generación eléctrica.*

- 3. Asimismo, con la finalidad de precisar el alcance de esta Consulta, entendemos que el hecho que la Norma Técnica, así como la “Condición de Inflexibilidad” contenido en ella, se encuentran en ejecución no constituye un obstáculo o impedimento para que ese H. Tribunal se pronuncie sobre su compatibilidad con las Normas de Defensa de la Libre Competencia.*
- 4. En efecto, como lo ha señalado este H. Tribunal, la potestad consultiva:  
  
“(…)tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico” (STDLC N° 86/2009, consideración segunda).*
- 5. De allí que los consultantes, aún cuando la “Condición de Inflexibilidad” se encuentra en ejecución, dado los antecedentes, argumentos y razonamientos tanto jurídicos como económicos que se plantearán en este proceso, esperan que ese H. Tribunal, de llegar a la convicción que la “Condición de Inflexibilidad” infringe o puede infringir la libre competencia, ejerza sus facultades; ya sea declarando su incompatibilidad con las Normas de Defensa de la Libre Competencia e impidiendo que se siga ejecutando o en su defecto ordene que se ajuste a condiciones y/o prevenciones que determine con el fin de garantizar la competencia en el mercado de generación eléctrica.*
- 6. Aún más, en el caso de las consultas presentadas por la FNE, o por quien tenga interés legítimo, como lo señalan Daniela Gonzalez D. y Javier Velozo A. en su ponencia “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”<sup>2</sup>:*

*“la jurisprudencia del TDLC, ha establecido que es consustancial al ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, el que pueda ordenarse la suspensión de la celebración, ejecución o conclusión, del hecho, acto o contrato de que se trate, en espera de la resolución del Tribunal. Ello, dado que el ejercicio de la potestad consultiva tiene por objeto obtener del TDLC un pronunciamiento orientado a otorgar certeza jurídica respecto de la compatibilidad de tales hechos, actos o contratos con el bien jurídico que debe proteger y, en su caso, a la imposición de las condiciones requeridas para remover y precaver lesiones o la puesta en peligro de la libre competencia en los mercados. En razón de lo anterior, desde la fecha de ingreso de la consulta, el Tribunal puede considerar necesario ordenar que los hechos, actos o contratos concernidos en la misma no se celebren, ejecuten o concluyan sin que hayan sido aprobados y, cuando sea procedente, sometidos a condiciones.” (el destacado es nuestro).*

*La Excm. Corte Suprema ha señalado en sentencia de 13 de noviembre de 2019, refiriéndose al artículo 18 numeral 2) del D.L. N° 211, que “Por lo demás, la misma regla citada faculta para imponer “condiciones” respecto de hechos, actos o contratos “existentes o por celebrarse”, tenor literal que no permite restringir la aplicación de “condiciones”.*

- 7. Por otra parte, respecto de la sujeción de los “actos administrativos” a las Normas de Defensa de la Libre Competencia y de la procedencia de la presente Consulta en términos del artículo 18 N° 2) del D.L. N° 211, nos permitimos hacer nuestro lo concluido por Nicole Nehme Z. en “Aplicación de*

---

<sup>2</sup> “La libre competencia en el Chile del bicentenario”. Editado por este H. Tribunal en el 2011.

las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado”<sup>3</sup>, en el sentido que concluye lo siguiente:

“La revisión de las más relevantes decisiones de los órganos de defensa de la libre competencia, en relación con actos de autoridad, permite concluir que, en Chile, la sujeción del regulador a las normas de defensa de la libre competencia se encuentra relativamente zanjada. Y ello, tanto en cuanto el regulador infrinja la libre competencia al establecer en sus actos administrativos condiciones estructurales de los mercados favorecedoras de distorsiones de mercado (barreras de entrada, barreras de salida, concentración excesiva, etc.), como en cuanto la infrinja por incentivar o facilitar conductas anticompetitivas de parte de los agentes económicos (típicamente actos colusorios o abusos de posición dominante)”.

8. Además H. Tribunal la presente Consulta tiene el carácter de asunto no contencioso, pues no busca activar el *ius puniendi* del Estado ni espera un reproche sancionatorio a la CNE que aprobó por Resolución Exenta la Norma Técnica, sino que pretende que ese H. Tribunal se pronuncie sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la “Condición de Inflexibilidad” contenida, definida y regulada en la Norma Técnica con el bien jurídico protegido por las Normas de Defensa de la Libre Competencia. Y en caso que estimase que ella infringe o puede infringir el D.L. N° 211 disponga su exclusión de la correspondiente NT o en su defecto, de considerarlo pertinente, decretar las medidas preventivas para evitar los efectos anticompetitivos en el mercado de generación eléctrica.
9. H. Tribunal, resulta fundamental un pronunciamiento sobre la “Condición de inflexibilidad” contenida en la NT en comento por los efectos anticompetitivos que ella genera o puede generar en el mercado de generación eléctrica. Aún

---

<sup>3</sup> Remitirse a cita 2.

*más, dado que ella sólo se refiere específicamente a la programación y coordinación de la operación en el SEN de unidades que utilicen GNL regasificado, favoreciendo exclusivamente a generadores de dicho insumo, **pudiese ocurrir, por ejemplo: que una generadora que opera con carbón exija la misma disposición alegando discriminación arbitraria, con lo que se desvirtuaría aún más la competencia en el mercado eléctrico. De allí la importancia de poner término a esta “Condición de Inflexibilidad” o en su defecto disponer medidas preventivas.***

- 10.** *En definitiva H. Tribunal, la presente Consulta se funda en que los actos administrativos, así como las actuaciones estatales, en este caso la “Condición de inflexibilidad” contendida, definida y regulada en la Norma Técnica comentada, siempre pueden ser objeto de un procedimiento no contenciosos 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” (Sentencia N° 138 del TDLC, de 2014, en su considerando 13°).*

#### **PERTINENCIA DE LA CONSULTA EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 18 NÚMERO 2) DEL D.L. N° 211:**

- 11.** *H. Tribunal, es menester señalar que la “Condición de Inflexibilidad” respecto de la cual se realiza esta Consulta está contenida, definida y regulada en un acto administrativo - la “Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que Utilicen GNL Regasificado” – NT que fue aprobada por el Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Energía mediante Resolución Exenta N° 376, de fecha 21 de junio de 2019<sup>4</sup>.*

---

<sup>4</sup> La facultad de la CNE para dictar Normas Técnicas, están contenidas en la LSGE, en particular en su Artículo 72° 19 que establece lo siguiente:

12. *Así, en lo que dice relación a la procedencia de la Consulta, en los términos del artículo 18 número 2) del D.L. N° 211, cabe hacer presente que nos encontramos ante un “Acto Administrativo” y no como pudiese pensarse dada la nomenclatura de “Norma Técnica” en el caso de “Preceptos legales y reglamentarios” a los que se refiere el número 4 del artículo 18 del D.L. N° 211. Lo cierto H.Tribunal es que, la CNE ha aprobado un número variado de Normas Técnicas que dicen relación con el funcionamiento del Sistema Eléctrico. La presente Consulta no versa sobre la Norma Técnica en comento, sino que específicamente sobre la “Condición de Inflexibilidad” contenida, definida y regulada en dicha Norma Técnica que es como lo hemos dicho un acto administrativo.*
13. *En efecto, la Norma Técnica 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 que incluso podemos decir que en los hechos estamos en presencia de dos actos administrativos: uno es la Norma Técnica y otro que es la Resolución Exenta que la aprueba.*
14. *Ahora bien, la presente Consulta se refiere a la “Condición de Inflexible” contenida, definida y regulada en la Norma Técnica. De suerte que no se solicita un pronunciamiento sobre la Resolución Exenta que la autoriza ni sobre la totalidad de la Norma Técnica, sino que se refiere exclusiva y específicamente a la “Condición de Inflexibilidad” contemplada en la Norma Técnica, es importante insistir en esto.*

---

*“Normas Técnicas para el funcionamiento de los sistemas eléctricos. La Comisión deberá analizar permanentemente los requerimientos normativos para el correcto funcionamiento del sector eléctrico, y fijará, mediante Resolución exenta, las normas técnicas que rijan los aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento de dicho sector. Para ello, anualmente, establecerá un plan de trabajo que permita proponer, facilitar y coordinar el desarrollo de éstas.”*

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”.

15. Pues bien, la Norma Técnica es una “acto administrativo” de conformidad a la Ley N° 19.880 “de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”<sup>5</sup>. Aún más, y con el objeto de descartar que estemos en presencia del supuesto consagrado en el artículo 18 número 4) del D.L.N° 211, cabe señalar que el D.L. N° 2.224 de 1978, que crea la Comisión Nacional de Energía, deja en claro que la CNE **no tiene facultades para dictar preceptos reglamentarios**, ni mucho menos normas legales por cierto, pudiendo tan sólo  fijar Normas Técnicas, así se señala:

Artículo 7º.- Para el cumplimiento de su objetivo, y sin perjuicio de las demás atribuciones conferidas en otros cuerpos legales, corresponderá a la Comisión, en particular, las siguientes funciones y atribuciones:

a) Analizar técnicamente la estructura y nivel de los precios y tarifas de bienes y servicios energéticos, en los casos y forma que establece la ley.

b) **Fijar las normas técnicas** y de calidad indispensables para el funcionamiento y la operación de las instalaciones energéticas, en los casos que señala la ley.

c) Monitorear y proyectar el funcionamiento actual y esperado del sector energético, y **proponer al Ministerio de Energía las normas legales y**

---

<sup>5</sup> “Artículo 3º. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República" sobre asuntos propios de su competencia. Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. Constituyen también actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente. Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios desde su entrada en vigencia autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez conociendo por la vía jurisdiccional”.

**reglamentarias que se requieran, en las materias de su competencia.**

d) Asesorar al Gobierno, por intermedio del Ministerio de Energía, en todas aquellas materias vinculadas al sector energético para su mejor desarrollo.

16. En cuanto a la sujeción al D.L. N° 211 por parte del actuar de la administración y la procedencia de la Consulta respecto de actos administrativos referidos a Normas Técnicas la jurisprudencia de los órganos de Defensa de la Libre Competencia es clara, baste recordar lo dispuesto en la Resolución N° 584 de la Comisión Resolutiva, de 27 de septiembre del 2000, que señaló que:

“Que corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones, y administrar y controlar el espectro radioeléctrico. Que, sin perjuicio de lo anterior, **esta Comisión debe cautelar que las normas técnicas** y condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico **no afecten la libre competencia** en los servicios de telecomunicaciones”.

17. Por otra parte, refuerza la pertinencia de hacer esta Consulta en el marco del numeral 2) del artículo 18 del D.L. N° 211 lo señalado por Daniela Gonzalez D. y Javier Velozo A. en su ponencia “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”, en el sentido que:

“(…) cuando se trata del ejercicio de potestades públicas habrá que distinguir. Si se trata de normas jurídicas, creemos que no pueden someterse directamente a consulta cuestiones relacionadas con los efectos en la competencia de leyes y reglamentos o proyectos de leyes y reglamentos, pues en los casos en que el TDLC llegue a la conclusión

*de que se necesita remover obstáculos para la libre competencia o promoverla mediante la dictación, modificación o derogación de normas de tal jerarquía, creemos que lo procedente es ejercer la potestad propositiva del artículo 18º N° 4 del D.L. No 211. Ello, sin perjuicio de que dicho órgano decida ejercer esta última facultad separadamente y con ocasión de haberse impuesto de antecedentes que ha conocido en el marco de una consulta sobre un asunto diverso.*

*Sin embargo, creemos que sí podrían consultarse al TDLC asuntos que puedan infringir el D.L. No 211 relacionados con actuaciones de la autoridad pública, cuando éstas se manifiestan por medio de la realización de actos materiales, **de actos administrativos o de la dictación de normas infrarreglamentarias**, en aquellos ámbitos de discrecionalidad que la normativa legal o reglamentaria confiere a la autoridad de que se trate.”.*

- 18.** *En concreto, la jurisprudencia tanto de ese H. Tribunal como la Excma. Corte Suprema han resuelto en forma sistemática que los actos de los órganos públicos se encuentra sometidos a las normas contenidas en el D.L. N° 211 de Defensa de la Libre Competencia. La intervención que la presente Consulta solicita a ese H. Tribunal en referencia a la compatibilidad o incompatibilidad de la “Condición de Inflexibilidad” contenida, definida y regulada en la Norma Técnica referida, dada su naturaleza de acto administrativo, se justifica en la necesidad que cualquiera sea el acto del órgano estatal éste respete 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 (Sentencia N°34/2005 y N°138/2014).*
- 19.** *De esta manera, la presente Consulta tiene por objeto, tal como lo señalan Daniela Gonzalez D. y Javier Velozo A., respecto de Consultas sobre actos administrativos, el:*



*“(…) evitar que las actuaciones de los organismos de la administración del Estado (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia después de la licitación; y (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante condiciones contenidas en las bases de licitación”<sup>6</sup>.*

**20.** *Corresponde hacer presente a ese H. Tribunal que, en cuanto a la pertinencia de la Consulta en términos del artículo 18 número 2) y no del numeral 4), que la **“Condición de Inflexibilidad”** es un concepto que no se encuentra contemplado ni siquiera mencionada en disposición legal ni reglamentaria alguna que regule la actividad económica del mercado de generación eléctrica. Desde luego la LGSE no hace referencia alguna a una “Condición de Inflexibilidad”.*

**21.** *En este sentido, cabe recordar el “Principio de Reserva de la Regulación Económica” consagrado en el artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución Política, por el cual sólo por Ley se puede regular la actividad económica. Esto resulta de la máxima relevancia puesto que, como se verá en el curso de esta Consulta, la **“Condición de Inflexibilidad”** va mucho más allá de referirse a un aspecto técnico para el funcionamiento del sistema eléctrico, y en efecto constituye claramente una regulación económica como queda claro de las consecuencias y efectos económicos que su aplicación acarrea para el mercado de generación eléctrica.*

*Aún más, la “Condición de Inflexibilidad” de conformidad a la Norma Técnica, según veremos más adelante, **tiene como consecuencia la fijación de un precio**, pues según dispone determina que el costo marginal (que es el **precio**, al que se valoran las transferencias de energía entre generadores, en el mercado de corto plazo o mercado spot, conforme al artículo 72-3 del DFL N°*

---

<sup>6</sup> Ver, Sentencia N°138/2014, considerando 17° y Considerando 29 de la Resolución 52/2018 del H. TDLC.

4 del 2006 , Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE) en caso que un generador que opera con GNL declare dicha condición de inflexibilidad se deberá considerar, conforme a la NT y para efectos del cálculo del costo marginal del sistema, a dicho generador despachado con un costo variable total igual a cero, lo que ciertamente incide en la determinación del costo marginal del sistema (y consecuentemente en **el precio** en que se transa la energía en el mercado de corto plazo o mercado spot entre generadores) el que puede llegar a ser igual “0” producto de la “Condición de Inflexibilidad”, en determinados nudos del sistema o en determinadas horas.

22. Es decir, la Norma Técnica no sólo regula la actividad económica de los generadores en el mercado eléctrico, sino que fija un precio (el precio en que se valoran las transferencias entre generadores) bajo la “Condición de Inflexibilidad”, el costo variable de las centrales GNL en “0” y con ello el costo marginal del sistema (dado que la NT señala expresamente que deberán ser consideradas para efectos del cálculo del costo marginal del sistema con un costo variable total igual a cero). Fijación que por cierto, al contenerse en una Norma Técnica – acto administrativo – pudiese no congeniar con el Principio Constitucional de Reserva Legal de la Regulación Económica.
23. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que, la “Condición de Inflexibilidad” tiene su origen de un acto del Centro Económico del Despacho de Carga (“CDEC”), antecesor del actual Coordinador Eléctrico, que se incluyó en un Manual de Procedimiento de Declaración de Precios dictado por dicha entidad el concepto que con posterioridad la CNE incorporó a una Norma Técnica. La circunstancia que la “Condición de Inflexibilidad” **no se encuentra contemplada en disposición legal ni reglamentaria alguna** que regule la actividad económica del mercado de generación eléctrica resulta relevante para la presenta Consulta.
24. En este sentido cabe considerar la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 15 de junio de 2009, que revocó la Sentencia N° 81/2009 TDLC que había ordenado a la Junta de Aeronáutica Civil (JAC) incorporar en las bases de

*licitaciones restricciones a la adjudicación de frecuencias a un mismo actor y otras condiciones pro-competitivas. En efecto, en este caso la Excma. Corte Suprema señaló que la JAC estaba solamente aplicando el D.L. N° 2.564 que le imponía la obligación de adjudicar tales licitaciones en base a la mejor oferta presentada en dinero, y que por estar ejecutando un mandato legal no podía el TDLC, a riesgo de hacer incurrir a la JAC en una infracción al principio constitucional de juridicidad, imponer a la JAC por vía de su sentencia la obligación de actuar de manera diferente a aquello previsto en la ley.*

- 25.** *Lo que esta decisión de la Corte Suprema, como señala Nicole Nehme Z. en “Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado”, prescribe es que:*

*“(…)asentaría que, frente a la situación de una potestad reglada, que impusiera al regulador ciertas exigencias precisas, no podría el TDLC por aplicación del D.L. N° 211 exigir a la autoridad comportarse de una manera diferente, al no estarle entregada esa posibilidad en su normativa sectorial. En suma, nos parece que la sentencia de la Corte Suprema en el caso JAC en nada obsta a que el TDLC exija que potestades que gocen de alguna discrecionalidad, o contengan facultades para el órgano de la administración del Estado, se ejerzan con el contenido o interpretación que ordene el TDLC para armonizarlas con el cumplimiento de la legislación de defensa de la libre competencia”.*

- 26.** *En definitiva H. Tribunal, por contenerse, definirse y regularse la “Condición de Inflexibilidad” en una Norma Técnica de la CNE y por el hecho que esta Condición no se encuentra contemplada ni regulada en norma legal o reglamentaria alguna, en tanto siendo un acto administrativo es que procede la Consulta en los términos del artículo 18 número 2) del D.L. N° 211, de 1973.*

Así las cosas, la Excma. Corte Suprema verá que, la Resolución reclamada no considera ninguno de los argumentos presentados previamente por los consultantes para efectos de declarar admisible la presente Consulta. Por lo que resulta

fundamental sean revisados por la Excma. Corte para fallar el presente recurso de reclamación.

#### **IV. LOS CONSIDERANDOS DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA CARECEN DE SUSTENTO JURÍDICO:**

Señala la Resolución del H Tribunal de la Libre Competencia, objeto del presente Recurso de Reclamación, como fundamento para no admitir la Consulta de autos los siguientes considerandos, respecto de los cuales nos hacemos cargo:

En cuanto al considerando 2º:

*“2. 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, 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;“*

La Resolución del H Tribunal de la Libre Competencia objeto de la presente Reclamación entiende que “la materia consultada se encuentra contenida en la Norma Técnica GNL“. Esto es esencial para la Resolución de la cuestión planteada en este Recurso.

El artículo 18 del D.L. 211 prescribe, en lo que compete a este Recurso lo siguiente:

*“Artículo 18º El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*

*2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;27*

*4) 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. En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate;*

Así, la Consulta presentada tiene por objeto iniciar el proceso no contencioso dispuesto en el numeral 2 del artículo 18, porque considera que el acto consultado es la “*Condición de Inflexibilidad*” que está contenida, definida y regulada en la Norma Técnica referida.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resolvió que la **Norma Técnica** es un **Reglamento** y por tanto no corresponde el procedimiento de Consulta solicitado en los términos del artículo 18 N° 2. Agrega la Resolución reclamada que ello es sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 18 N° 4 para los actos contenciosos referidos a preceptos legales y reglamentarios.

De esta manera queda clara la divergencia que plantea el presente Recurso de Reclamación.

En lo referente al considerando 3º:

*3. Que actualmente la doctrina es consistente en señalar que los órganos de la administración del Estado pueden dictar actos administrativos de diversa naturaleza, pudiendo distinguirse al menos aquellos de efectos particulares, tales como la adjudicación de un contrato y aquellos de efectos generales o reglamentos. En efecto, “los artículo (sic) 45 y 48 LBPA (ley 19.880) distingue (sic) claramente actos administrativos y normas. En primer término, nos señalan que los actos administrativos pueden ser de efectos individuales o pueden afectar a un número indeterminado de personas (actos administrativos generales). (...) Por su*

*parte, los actos administrativos que contengan normas de general aplicación siempre deben publicarse (artículo 48 letra a), y las normas generales que emanan de los órganos de la Administración son, por regla general, reglamentos” (Eduardo Cordero, “Las normas administrativas y el sistema de fuentes”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 17 N° 1-2010, pg. 26);*

La simple lectura de este Considerando 3º deja claramente establecido que la Norma Técnica no constituye un Reglamento en los términos del artículo 18 número 4 del D.L. 211. Baste recordar 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”*. Al efecto, resulta claramente incoherente entender que hay un Reglamento que regula la dictación de otros reglamentos.

Luego agrega la Resolución reclamada en el considerando 4º:

*4. Que los actos administrativos de efectos particulares son susceptibles de ser analizados en esta sede en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del D.L. N° 211 y así se ha hecho, por ejemplo, en las resoluciones N°61/2020 y N°62/2020. Al respecto, la doctrina es conteste en señalar que estos actos administrativos “no contienen auténticas reglas de derecho, porque carecen de generalidad y abstracción.” (José Miguel Valdivia, “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Tirant Lo Blanch, año 2018, pg. 181);*

Las Resoluciones N° 61/2020 y N° 62/2020 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, citadas en la propia Resolución reclamada, no hacen sino confirmar que la presente Consulta procede en los términos del artículo 18 N° 2 del D.L. 211.

En efecto, la **Resolución 61/2020** que se refiere a la Consulta de la 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, **contenidos en la Resolución Exenta 3G N° 51**, de 7 de junio de 2019, se ajustan al D.L. N° 211 y,

en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones de dicho decreto ley.

Bien pues, esta Resolución no hace más que confirmar que los actos de la administración pueden ser objeto del procedimiento de Consulta del artículo 18 N° 2 del D.L. N°211. Señaló la Resolución 61/2020 precisamente que:

*“4. En primer lugar, que la competencia de esta magistratura es amplia y general para juzgar dichos actos. Como se citó en dos recientes resoluciones dictadas en asuntos no contenciosos, las “normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción (CS, rol N° 61/2010, de 28 de enero de 2011, c. 6)” (Resoluciones N° 58/2019 y N° 60/2019).”*

En cuanto a la **Resolución 62/2020** del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, también citada por la Resolución Reclamada, cabe hacer presente que se refiere 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. Señala la Resolución 62/2020 expresamente:

*“87. En definitiva, Movistar solicita al Tribunal que se pronuncie acerca de si la eventual ejecución de las recientes resoluciones de Subtel relacionadas con la explotación de la Banda 3.5 podría infringir la Resolución N°584 y, en general, la libre competencia; y, en su caso, establezca si es necesaria una modificación de la Resolución N°584 o el otorgamiento de nuevas concesiones previo a la ejecución de las resoluciones de Subtel, y fije las condiciones bajo las cuales la ejecución de las resoluciones no afectaría*

*negativamente la competencia en la industria de las comunicaciones móviles.”*

Es decir, la Resolución Reclamada cita como justificación para rechazar la presente Consulta la Resolución 62/2020 que precisamente se dictó en un procedimiento de Consulta de conformidad al artículo 18 N° 2 del D.L. 211 y que justamente se refería a una Consulta por una **Norma Técnica** aprobada por Resolución Exenta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

El considerando 5º de la Resolución reclamada expresa:

*5. Que, por el contrario, los reglamentos constituyen normas jurídicas de contenido general y abstracto que emanan de los organismos de la administración del Estado, teniendo una naturaleza análoga a una ley, sin perjuicio de que deben siempre estar subordinados a ella. Formalmente un reglamento está contenido en un acto administrativo y cuando emana de una autoridad administrativa en el marco de su potestad normativa, se materializa por medio de resoluciones exentas (José Miguel Valdivia, Op. Cit., pg. 179);*

Lo señalado en este considerando 5º resulta un tanto 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 la CNE podría dictar Normas Técnicas respecto de regulaciones que la Constitución reserva exclusivamente al dominio de la ley.

En el considerando 6º, la Resolución reclamada, no obstante el texto expreso del D.L. N° 2.224, pretende darle un carácter de Reglamento a una Norma Técnica, e incluso le atribuye la condición de “tendencia a permanecer”. Así señala:

*6. Que la diferenciación entre un acto administrativo de efectos particulares de un reglamento no es simple. En efecto, la doctrina ha señalado que “el primer problema con que nos topamos está en que la Administración del Estado con potestad reglamentaria cuenta, además, con potestad para dictar actos administrativos de contenido particular, generalmente señalada como potestad de mando.” (Jorge Bermúdez*



*Soto, “Derecho Administrativo General”, Ed. Legal Publishing Chile, Segunda Edición actualizada, pg. 50). Al respecto, la doctrina ha entregado como criterio diferenciador, además de la generalidad de los efectos buscados por el acto administrativo en cuestión, el criterio de la innovación normativa. Al efecto, se señala que el reglamento se caracteriza porque “[...] introduce una norma que innova en el ordenamiento jurídico **con tendencia a permanecer**. Este es el elemento principal para entender la potestad reglamentaria de la Administración Pública.” (Jorge Bermúdez Soto, Op. Cit. pg. 51). A su vez, como se anticipó, todo reglamento debe emanar de una potestad expresamente otorgada por la Constitución o la ley. Por último, un reglamento contiene normas generales y abstractas “cuya fuerza obligatoria vincula a todo órgano público, funcionarios y, especialmente, a los particulares, en la medida que sean destinatarios de la misma” (Eduardo Cordero, Op. Cit., pg. 32);*

Respecto del concepto de “*tendencia a permanecer*” sólo cabe hacer presente que las Normas Técnicas, incluyendo las de la CNE, son **esencialmente modificables** al punto 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*”, señala, entre otras disposiciones, las siguientes:

*Artículo 2º: “Para los efectos del presente reglamento, los siguientes términos tendrán el significado y alcance que se indica a continuación:*

*i) Plan Normativo Anual: Plan de trabajo elaborado anualmente por la Comisión, conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 72º-19 de la ley, que permite proponer, facilitar y coordinar el desarrollo de las Normas Técnicas, estableciendo el conjunto de Procedimientos Normativos que se iniciarán o continuarán su desarrollo durante el año calendario siguiente, sobre la base de las necesidades normativas para el correcto funcionamiento del sector eléctrico.*

*Artículo 3º.- Todo Procedimiento Normativo, podrá iniciarse de oficio por la Comisión o a solicitud del Coordinador, los Coordinados o cualquier otro organismo o institución con interés o participación en el sector eléctrico, mediante la presentación de una solicitud normativa, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 10 y siguientes del presente reglamento.*

*Artículo 4°.- Los Procedimientos Normativos comprenderán las siguientes etapas:*

- a) Dictación de la resolución que da inicio a la elaboración **o modificación** de la correspondiente Norma Técnica, en adelante la resolución de inicio.*
- b) Constitución e integración del Comité Consultivo.*
- c) Desarrollo y consulta pública del proyecto de Norma Técnica o del proyecto de modificación de Norma Técnica, según corresponda.*
- d) Emisión, por parte de la Comisión, de un informe consolidado de respuestas a las observaciones recibidas en la etapa de consulta pública.*
- e) Término del Procedimiento Normativo, de conformidad a lo dispuesto en el Título VII del presente reglamento.*

*Artículo 5°.- Las comunicaciones y notificaciones de cada Procedimiento Normativo se efectuarán a través del Portal Normativo, salvo en aquellos casos en que el presente reglamento indique una forma de notificación distinta, tales como publicaciones en el Diario Oficial o en diarios de circulación nacional.*

*Artículo 6°.- Los plazos de días señalados en el presente reglamento serán de días hábiles, y se computarán y ampliarán de acuerdo a lo establecido en la ley N° 19.880.*

### **TÍTULO III DEL PLAN NORMATIVO ANUAL**

#### **CAPÍTULO 1**

#### **ELABORACIÓN Y CONTENIDO DEL PLAN NORMATIVO ANUAL**

*Artículo 7°.- La Comisión, a más tardar el 15 de diciembre de cada año, mediante resolución, definirá un Plan Normativo Anual, que contendrá los planes y prioridades programáticas en materia de dictación **o modificación** de Normas Técnicas, sobre la base de las necesidades normativas para el correcto funcionamiento del sector eléctrico y las disponibilidades de recursos. Dicho plan facilitará y coordinará los Procedimientos Normativos que serán desarrollados durante el año calendario siguiente, así como los Procedimientos Normativos de años anteriores, cuyo trabajo continuará en desarrollo durante el año siguiente, señalando para ambos casos una calendarización según la cual éstos serán desarrollados.*

En este sentido, queda de manifiesto en el Decreto N° 11 del Ministerio de Energía, Reglamento para la dictación de Normas Técnicas por parte de la CNE, que las Normas Técnicas son **esencialmente modificables**. No tienen el carácter de Reglamento y por cierto menos de ley, por lo que no pueden ser incluidas en los presupuestos del artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

El considerando 7º vuelve el H. Tribunal de la Libre Competencia en la Resolución reclamada a *calificar* como reglamento a la Norma Técnica que contiene, define y regula la “*Condición de Inflexibilidad*”. En efecto señala:

*7. Que la Norma Técnica GNL que contiene la “Condición de Inflexibilidad” objeto de la Consulta presentada, cumple con todas las condiciones indicadas en la consideración precedente para ser calificada como 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 Regas(ificado) de acuerdo al mismo mandato del legislador”;*

Sin embargo, la propia ley orgánica de la CNE, el D.L. N ° 2.224, deja claramente establecido que la Norma Técnica no es un reglamento y que, a mayor abundamiento, la CNE no puede dictar reglamentos. Por mandato expreso de su propia ley, la CNE sólo puede proponer al Ministerio de Energía normas reglamentarias más no dictar reglamentos. Esto no viene más que a confirmar el yerro del H. Tribunal en su Resolución recurrida.

Para el legislador, la Norma Técnica dictada por la CNE no es una norma reglamentaria. Así queda clara la distinción entre Norma Técnica y Reglamento en el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.224 que señala lo siguiente:

*Artículo 7º.- Para el cumplimiento de su objetivo, y sin perjuicio de las demás atribuciones conferidas en otros cuerpos legales, corresponderá a la Comisión, en particular, las siguientes funciones y atribuciones:*

*a) Analizar técnicamente la estructura y nivel de los precios y tarifas de bienes y servicios energéticos, en los casos y forma que establece la ley.*

b) **Fijar las normas técnicas** y de calidad indispensables para el funcionamiento y la operación de las instalaciones energéticas, en los casos que señala la ley.

c) Monitorear y proyectar el funcionamiento actual y esperado del sector energético, y **proponer al Ministerio de Energía las normas legales y reglamentarias que se requieran, en las materias de su competencia.**

d) Asesorar al Gobierno, por intermedio del Ministerio de Energía, en todas aquellas materias vinculadas al sector energético para su mejor desarrollo.

En el considerando 8º, contrariando el texto expreso del D.L. N° 2.224, la Resolución reclamada insiste en obviar la naturaleza jurídica de la Norma Técnica dándole el carácter de Reglamento que por cierto no tiene.

**8.** *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.** En efecto, “en determinados supuestos la Administración interviene directamente en la regulación técnica de un determinado producto o actividad” lo que se le conoce como reglamentación técnica (Luis Cordero Vega, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Ed. Legal Publishing, Segunda Edición, pg. 166). De esta forma, la Norma Técnica GNL contiene “disposiciones que regulan el régimen jurídico-administrativo aplicable obligatoriamente” (Luis Cordero Vega, Op. Cit., pg. 167) al menos a las generadoras que utilizan gas natural licuado para la generación de energía y al Coordinador Eléctrico Nacional creado por la ley N° 20.936;*

En el considerando 9º el H. Tribunal razona de la siguiente manera:

**9.** *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. Lo anterior es conteste con la jurisprudencia emitida por la Excma. Corte Suprema quien ha señalado que cuando un reglamento atenta contra las normas de libre competencia solo le es permitido al Tribunal proponer al Presidente de la República su modificación (sentencia de fecha 15 de junio de 2009, dictada en la causa Rol N° 1855-2009);*

Respecto a este considerando 9º de la Resolución reclamada, resulta necesario recordar lo señalado en la propia Consulta de autos, en sus numerales 24 y 25.

*24. En este sentido cabe considerar la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 15 de junio de 2009, que revocó la Sentencia N° 81/2009 TDLC que había ordenado a la Junta de Aeronáutica Civil (JAC) incorporar en las bases de licitaciones restricciones a la adjudicación de frecuencias a un mismo actor y otras condiciones pro-competitivas. En efecto, en este caso la Excma. Corte Suprema señaló que la JAC estaba solamente aplicando el D.L. N° 2.564 que le imponía la obligación de adjudicar tales licitaciones en base a la mejor oferta presentada en dinero, y que por estar ejecutando un mandato legal no podía el TDLC, a riesgo de hacer incurrir a la JAC en una infracción al principio constitucional de juridicidad, imponer a la JAC por vía de su sentencia la obligación de actuar de manera diferente a aquello previsto en la ley.*

*25. Lo que esta decisión de la Corte Suprema, como señala Nicole Nehme Z. en “Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado”, prescribe es que:*

*“(...)asentaría que, frente a la situación de una potestad reglada, que impusiera al regulador ciertas exigencias precisas, no podría el TDLC por aplicación del D.L. N° 211 exigir a la autoridad comportarse de una manera diferente, al no estarle entregada esa posibilidad en su normativa sectorial. En suma, nos parece que la sentencia de la Corte Suprema en el caso JAC en nada obsta a que el TDLC exija que potestades que gocen de alguna discrecionalidad, o contengan*

*facultades para el órgano de la administración del Estado, se ejerzan con el contenido o interpretación que ordene el TDLC para armonizarlas con el cumplimiento de la legislación de defensa de la libre competencia”.*

Como podrá apreciar la Excma. Corte, la sentencia citada en el considerando 9º de la Resolución reclamada solo viene a confirmar precisamente la procedencia de la presente Consulta en los términos del artículo 18 N° 2 del D.L. 211.

En efecto, en este caso lo que señala la Corte Suprema es que si el hecho o acto Consultado estuviese establecido en una ley (o en un reglamento) solo podría ser objeto del procedimiento del artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211. Y por el contrario, 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.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es necesario destacar que en nuestro ordenamiento jurídico existe una diferencia sustancial entre la potestad reglamentaria en ejecución<sup>7</sup> y la potestad normativa infra reglamentaria de la Comisión Nacional de Energía. Así pues, el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución implica dictar las disposiciones que se consideren necesarias para la plena aplicación de las leyes. Esta potestad la ejerce el Presidente de la República complementando

---

<sup>7</sup> La Contraloría General de la República en su Dictamen 045350N10 de fecha 10 de agosto de 2010, señala lo siguiente: “En el mismo sentido, la Norma Fundamental señala, en el inciso primero de su artículo 35, que, “los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito”. Complementa lo anterior el inciso segundo, estableciendo que “los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha recalado en el considerando vigésimo tercero de su sentencia de fecha 11 de enero de 2007, recaída en la causa Rol N° 591, de 2006, y citando una jurisprudencia anterior, que, “de la sola lectura del artículo 35 de la Constitución es dable concluir que los reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y, necesariamente deben ser suscritos por el Presidente de la República y, además, por el Ministro respectivo”. Atendido lo expuesto, y teniendo presente que el acto administrativo en análisis es un reglamento, para cuya dictación no se puede delegar la firma, cabe advertir que en virtud del principio de juridicidad enunciado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, corresponde que ese Ministerio proceda a tomar las medidas necesarias para regularizar la situación recién indicada, dejando sin efecto dicho decreto exento.”

las materias que han sido expresamente remitidas a un “reglamento” por una ley, y colaborando para que todas sus disposiciones sean coherentes y armónicas entre sí, en un mismo acto administrativo (reglamento).

La referida potestad reglamentaria en ejecución no se debe confundir con la potestad normativa infra reglamentaria que posee la Comisión Nacional de Energía. Como se señaló a lo largo del presente escrito, la potestad de la Comisión Nacional Energía para dictar normas técnicas está regulada en el DL 2.224 y en el art. 72°-19 de la LGSE, y **se materializa mediante un acto administrativo** (resolución exenta).

Debemos ser enfáticos en lo siguiente:

i. Las normas técnicas son actos administrativos, en específico una resolución **exenta** y, por ende, no sujeta a control de legalidad por parte de Contraloría General de la República, tal como ya fuese indicado.

ii. La Comisión Nacional de Energía no ha sido habilitada jurídicamente para dictar Reglamentos; por ende mal podría atribuirse una potestad pública que no ha sido conferida ni por la Constitución ni las Leyes -únicas fuentes habilitantes de la potestad reglamentaria-. Al efecto, si la Excma. Corte Suprema llegase a considerar que la naturaleza jurídica de las Normas Técnicas dictadas por la Comisión Nacional de Energía son susceptibles de identificarse sustancial o accidentalmente con un Reglamento, estaríamos frente a un claro supuesto de actuación fuera de competencia por parte de dicho Servicio Público, habiéndose atribuido potestades no entregadas, y superando por ende los límites claros y precisos de actuación de todo Órgano de la Administración del Estado, los cuales bien sabemos, **sólo pueden actuar en la vida del derecho previa habilitación jurídica, por medio de potestades públicas que en ningún caso son auto-atribuibles**<sup>8</sup>. La conclusión

---

<sup>8</sup> Así, lo señala la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 041211, de fecha 24 de noviembre de 2017, que prescribe lo siguiente: “En relación con lo expuesto, se debe tener presente, también, que tal como lo ha manifestado esta entidad fiscalizadora en sus dictámenes Nos 44.954, de 2004, y 74.553, de 2010, la atribución que posee la SEC para impartir instrucciones solo le permite dictar normas que precisen el alcance de las regulaciones correspondientes, con miras a difundir o explicar su aplicación y prevenir su

anterior llevaría necesariamente a definir que, al menos la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que Utilicen GNL Regasificado dictada por la Comisión Nacional de Energía adolecería de nulidad, por falta de competencia.

Finalmente, en conclusión, no cabe duda que si la “Condición de Inflexibilidad” estuviese contenida, definida y regulada en una ley o reglamento, cabría realizar la Consulta en los términos del artículo 18 N<sup>o</sup> 4 del D.L. N<sup>o</sup> 211. No obstante, claramente no es el caso: no estamos en presencia de una ley ni de un reglamento, se trata de una Norma Técnica, cuya distinción de un reglamento emana expresamente del texto del propio artículo N<sup>o</sup> 7 del Decreto Ley N<sup>o</sup> 2.224. Ley orgánica de la CNE.

Por lo anterior, es que procede la Consulta solicitada en los términos de artículo 18 N<sup>o</sup> 2 del D.L. N<sup>o</sup> 211, Ley de defensa de la Libre Competencia.

**POR TANTO:** de conformidad a lo establecido en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley N<sup>o</sup> 211, y demás normas aplicables.

**AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:**  
Tener por interpuesto, para ante la Excma. Corte Suprema el presente Recurso de Reclamación, ordenando elevar los autos ante ese Excmo. Tribunal con el fin de que se enmiende conforme a Derecho la Resolución de término dictada en estos

---

*incumplimiento, subordinándose en su ejercicio, por cierto, a lo dispuesto por la Constitución Política de la República, las leyes y los reglamentos respectivos. Siendo así, y considerando, además, que en el caso particular que se examina no resulta procedente que la superintendencia del ramo, en el ejercicio de esa competencia, se sirva de las nombradas concesionarias para que, conforme a las directrices impartidas por tal servicio, sean aquellas las que -a través de las boletas o facturas- difundan o expliquen a sus propios clientes que las rebajas en las cuentas de la luz obedecen a la aplicación de las modificaciones introducidas por la ley N<sup>o</sup> 20.928 a la LGSE, corresponde que la SEC adopte las medidas destinadas a dejar sin efecto el oficio circular en comento, informando de ello a la Coordinación Nacional de Seguimiento y Apoyo al Cumplimiento de la División de Auditoría de esta Contraloría General, en el plazo de 20 días hábiles contado desde la recepción del presente dictamen.”.*



autos por el H. Tribunal, con fecha 17 de septiembre de 2020, mediante la cual resolvió “no admitir a tramitación la consulta deducida en autos”, solicitando se deje sin efecto dicha Resolución.

Asimismo, solicitamos que en su remplazo se disponga que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se pronuncie, conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, ejerciendo las facultades que dichas normas le confieren, 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”* - con las normas de Defensa de la Libre Competencia y, en caso de considerar que dicha *“Condición de Inflexibilidad”* infrinje o puede infringir las disposiciones del D.L. N° 211 lo declare así, disponiendo sea excluida de la referida Norma Técnica. Y que, en subsidio y para el evento que el H. Tribunal considere que la *“Condición de Inflexibilidad”* no infringe o no puede infringir las Normas de Defensa de la Libre Competencia, ese H. Tribunal, con el objeto de prevenir, promover y fomentar la competencia, disponga si lo tiene a bien las medidas preventivas necesarias para garantizar que la Norma Técnica, en lo que respecta a la *“Condición de inflexibilidad”*, no produzca efectos anticompetitivos en el mercado de generación eléctrica.

**OTROSÍ:** Solicitamos al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Resolución Exenta N° 376 de la CNE, de fecha 21 de junio de 2019.
2. Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que Utilicen GNL Regasificado, de junio de 2019.

MARIO  
OSVALDO  
BRAVO  
RIVERA

Firmado  
digitalmente por  
MARIO OSVALDO  
BRAVO RIVERA  
Fecha: 2020.09.22  
13:53:19 -03'00'

GABRIEL  
MATIAS  
TRAFILAF  
ORTIZ

Firmado  
digitalmente por  
GABRIEL MATIAS  
TRAFILAF ORTIZ  
Fecha: 2020.09.22  
13:54:00 -03'00'