

EN LO PRINCIPAL: Hace uso de citación, oponiéndose a medida precautoria y solicita su alzamiento. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** En subsidio, se aumente el monto de la caución decretada. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Personería. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JOSÉ VENEGAS MALUENDA, ingeniero civil, en representación, según se acreditará, de la **COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA** (“CNE” o “Comisión”), persona jurídica de derecho público, Rol Único Tributario N°61.707.000-6, demandada en autos contenciosos caratulados “Demanda de Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A. contra la Comisión Nacional de Energía”, Rol N°C-435-2021, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”) respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo, en conformidad con el artículo 25 del Decreto Ley N°211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia (“**DL 211**”)¹, vengo en hacer uso de la citación conferida a esta parte por resolución de 16 de diciembre de 2021, que me fuera notificada con fecha 22 de diciembre de 2021, formulando oposición a la medida cautelar decretada en contra de la CNE y solicitando su alzamiento, en virtud de los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y económicos que a continuación expongo.

I. Consideración previa

1. Antes de entrar en las razones específicas por la que estimamos que la medida cautelar decretada en estos autos no procede y debe ser dejada sin efecto, cabe plantear algunas dudas básicas en relación a lo que subyace detrás de la misma:

- ¿Corresponde, por esta vía, suspender la aplicación de una norma que ha sido dictada legalmente por el organismo técnico al que la ley le ha encargado velar por la seguridad y despacho económico del Sistema Eléctrico Nacional?

- ¿Corresponde, por esta vía, suspender la aplicación de una norma nacida de un proceso público y participativo, y que ha sido implementada bajo la mirada cercana de varios organismos tanto privados como públicos, incluyendo al regulador sectorial, la Fiscalía Nacional Económica e incluso el Congreso, sin que a la fecha haya habido oposición formal al respecto?

¹ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado a través del Decreto con Fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

- ¿Corresponde, por esta vía, suspender la aplicación de una norma que tiene un impacto sobre todo el mercado eléctrico chileno, afectando los principios fundamentales de la regulación eléctrica como son la suficiencia, seguridad y calidad del servicio eléctrico y la operación más económica del conjunto de las instalaciones del SEN?

- ¿Corresponde, por esta vía, suspender la aplicación de una norma cuyo efecto económico equivale a una afectación de, al menos, USD 1 millón al día para el sistema eléctrico nacional, suma que se encuentra muy lejos de la caución rendida, y que deberá ser financiada por el conjunto de los actores del mercado eléctrico mientras la medida cautelar decretada se encuentre vigente?

- En dicho contexto, ¿corresponde, por esta vía, suspender la aplicación de una normativa para dar cabida a la pretensión de dos actores que no han acompañado ningún antecedente que dé cuenta de la gravedad y efectos de la supuesta afectación a la Libre Competencia que alegan?

2. H. Tribunal, cada una de estas interrogantes –por sí sola– tiene el peso suficiente para contrarrestar los argumentos esgrimidos por las demandantes en estos autos para efectos de solicitar la medida cautelar decretada. En su conjunto, la consideración de estas interrogantes y la ponderación de los bienes jurídicos y efectos económicos en juego no hacen sino evidenciar la total improcedencia de la medida cautelar decretada y la necesidad imperiosa de dejarla sin efecto, toda vez que:

(i) La medida no se dirige en contra de la actuación de ningún competidor, sino derechamente en contra de una **norma dictada por el órgano técnico legalmente facultado** para regular el mercado eléctrico, a través de la atribución de una potestad **discrecional** ordenada a salvaguardar bienes jurídicos específicos: la **suficiencia, seguridad y calidad** del suministro eléctrico y la **operación más económica** del conjunto de las instalaciones del SEN;

(ii) La medida requiere que este H. Tribunal, materialmente, **sustituya una decisión que corresponde adoptar a la Comisión**, cuestión que escapa al ámbito de este procedimiento contencioso;

(iii) Sin que las demandantes hayan acompañado antecedente alguno que permita configurar una presunción (sea grave o leve) del derecho que se reclama, se ha otorgado una medida cautelar **de clara naturaleza innovativa**, que **anticipa** la decisión sobre la que debe pronunciarse este H. Tribunal. Ello viene agravado por el hecho de que la medida no recae sobre cualquier actuación, sino sobre un acto administrativo **normativo** revestido de una **presunción de legalidad**;

(iv) Las solicitantes de la medida han presentado a este H. Tribunal un relato **parcial**, refiriéndose únicamente a que la Norma Técnica supuestamente afectaría sus intereses particulares, pero **omitiendo toda mención a los principios y fines específicos de interés público** propios de la legislación eléctrica, que son los que sirven de fundamento a la norma técnica cuestionada: la preservación de la suficiencia, seguridad y calidad del servicio y la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del SEN;

(v) Las solicitantes de la medida cautelar decretada **no desarrollan en absoluto cuáles serían los supuestos efectos negativos** que les reporta la aplicación de la Norma Técnica impugnada, **ni menos** el supuesto peligro que ésta supondría para el interés común, tal como exige el artículo 25 del DL 211. Con ello, pasan por alto que quien aplica la Norma Técnica que impugnan **no es la CNE**, sino otro órgano técnico y autónomo, como es el Coordinador Eléctrico del Sistema Eléctrico Nacional;

(vi) Las solicitantes de la medida cautelar decretada pasan por alto que la condición de inflexibilidad que reprochan **ha sido conocida y estudiada** por otros órganos con competencias específicas para investigar infracciones a la Libre Competencia, como son la Fiscalía Nacional Económica y la Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador Eléctrico Nacional, sin que ninguna haya formulado reproche alguno al respecto;

(vii) En la misma línea, las solicitantes omiten en su relato que la “condición de inflexibilidad” se encuentra en aplicación **desde el 2016** en virtud de Normas Técnicas mucho más amplias que aquella que se cuestiona, las cuales, precisamente, **han sido acotadas y moderadas por la Norma Técnica que se impugna**. Durante toda la vigencia de la “condición de inflexibilidad” desde 2016, **jamás se ha interpuesto una demanda similar por las demandantes o por cualquier otro acto del mercado eléctrico, ni se ha demostrado, en sede alguna, la existencia de perjuicio competitivo** alguno en contra de ellos;

(viii) La medida cautelar decretada resulta **gravemente desproporcionada**, pues para dictarla se tuvo en cuenta únicamente la supuesta afectación de la Libre Competencia, pero se omitió el análisis de: (i) los objetivos específicos que guían el actuar de la CNE, a saber, la **suficiencia, seguridad y calidad del servicio** y la **operación más económica**; y (ii) los **gravísimos efectos** que produce la suspensión de la aplicación de la Norma Técnica impugnada, tanto desde el punto de vista del **potencial desabastecimiento** del sistema eléctrico como desde el punto de vista del **costo económico** de dicha suspensión, costo que se estima en aproximadamente **USD 1,3 millones al día**, muy por sobre el monto de la caución decretada;

(ix) Ninguna de las consideraciones esgrimidas por las demandantes y los antecedentes acompañados a la demanda dicen relación con la Norma Técnica aprobada en octubre de 2021, sino con las Normas Técnicas aprobadas en 2016 y en 2019.

II. Antecedentes generales de la medida precautoria solicitada y decretada

3. Por resolución de 16 de diciembre de 2021, este H. Tribunal concedió, con citación, la medida cautelar solicitada por Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A., ambas empresas generadoras que inyectan energía en el Sistema Eléctrico Nacional (“SEN”). En dicha resolución, este H. TDLC ordenó a la CNE “suspender la aplicación de la denominada “condición de inflexibilidad” de la “Norma Técnica para la programación y coordinación de la operación de unidades que utilicen GNL regasificado” aprobada por Resolución exenta N° 411, de 13 de octubre de 2021, emitida por dicho organismo” (“Medida Precautoria”).

4. A juicio del H. Tribunal, “(i) se han acompañado antecedentes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama; y (ii) es necesario decretar la medida cautelar solicitada para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y resguardar el interés común”, razón por la cual se justificaría la imposición de la medida ya referida. Lo anterior, sin embargo, con el voto en contra de los ministros Sr. Enrique Vergara Vial y Sr. Ricardo Paredes Molina, quienes consideraron que las demandantes no habían acompañado antecedentes que constituyesen, a lo menos, presunción grave del derecho que reclaman.

5. Como se puede apreciar en la solicitud de autos y como destacaremos más adelante en esta presentación, las demandantes no indican cuáles serían los documentos u antecedentes que acreditarían, al menos, presunción grave del supuesto derecho que se reclama, afirmándose simplemente que la “medida cautelar resulta indispensable para preservar la existencia de estas empresas renovables y para el interés común en materia de libre competencia, como lo ha sostenido en un sinnúmero de veces el Estado, la prioridad en la generación de energía son las energías renovables junto con fomentar la competencia de éstas”².

6. En otras palabras, lo que ameritaría una acción urgente por parte de este H. Tribunal sería la posibilidad de que las empresas de energías renovables no fuesen capaces de mantenerse viables económicamente en el largo plazo a causa de lo regulado en la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que utilicen Gas Natural Licuado Regasificado (“NT GNL”).

² Página 77 de la demanda.

7. Desde ya hago presente que la medida cautelar decretada debe ser **dejada sin efecto** por este H. Tribunal, no solo por no reunirse ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 25 del DL 211 para la procedencia de las medidas cautelares *–fumus boni iuris, periculum in mora y proporcionalidad de la medida–*, sino además porque se ordena a **anticipar** lo pedido a este H. Tribunal: que **reemplace el contenido de un acto administrativo de contenido normativo, emanado de la única autoridad competente para dictarlo, previa tramitación de un procedimiento reglado y participativo**, ejerciendo en los hechos una competencia discrecional que la ley ha atribuido en un órgano técnico de la Administración del Estado como es la CNE. Estas competencias las ha radicado el legislador de manera exclusiva y excluyente en la Comisión en cuanto órgano técnico, velando por el principio constitucional de separación de poderes.

III. Antecedentes generales de la CNE, el mercado eléctrico y de la NT GNL

8. Para el acertado análisis de nuestra petición, creemos oportuno dar cuenta, sucintamente, de algunos aspectos relevantes del mercado eléctrico, su regulación y la labor que le corresponde a la Comisión dentro de aquella.

a) Sobre la CNE y su facultad discrecional de dictar Normas Técnicas

9. La CNE es una persona jurídica de derecho público, funcionalmente descentralizada, que integra la Administración del Estado y se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Energía. Así lo establece el artículo 6 del Decreto Ley N°2.224 de 1978³, que crea el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía (“DL 2224”). De conformidad al artículo citado, los objetivos que debe tener en vista la CNE al ejercer sus competencias se encuentran fijados por ley y son sumamente claros, en cuanto el órgano debe procurar que el servicio que brinda el SEN sea: (i) *suficiente*; (ii) *seguro*; (iii) de *calidad*; y (iv) compatible con la *operación más económica*.

10. Los objetivos de la CNE guardan estrecha relación con los de otro órgano que, no obstante no formar parte de la Administración del Estado, fue creado por el legislador para coordinar y operar el SEN, de manera tal de que este abastezca ininterrumpidamente de electricidad. Me refiero al Coordinador Eléctrico Nacional (“CEN” o “Coordinador”). El CEN se encuentra sujeto a los denominados **principios de la coordinación**, establecidos en el artículo 72-1 de la Ley General de Servicios Eléctricos (“LGSE”)⁴, que señala:

³ Artículo 6°.- “*organismo técnico encargado de analizar precios, tarifas y normas técnicas a que deben ceñirse las empresas de producción, generación, transporte y distribución de energía, con el objeto de disponer de un servicio suficiente, seguro y de calidad, compatible con la operación más económica*”

⁴ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

“Artículo 72°-1.- Principios de la Coordinación de la Operación. La operación de las instalaciones eléctricas que operen interconectadas entre sí, deberá coordinarse con el fin de:

- 1.- Preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico;*
 - 2.- Garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico, y*
 - 3.- Garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, en conformidad a esta ley.*
- Esta coordinación deberá efectuarse a través del Coordinador, de acuerdo a las normas técnicas que determinen la Comisión, la presente ley y la reglamentación pertinente. (...).”*

11. Tanto los objetivos de la CNE como los del CEN –suficiencia, seguridad y calidad del servicio eléctrico y operación más económica para el conjunto de las instalaciones– constituyen los **bienes jurídicos** que la legislación eléctrica busca resguardar.

12. La CNE es un órgano de naturaleza eminentemente técnica, lo cual se ve reflejado en el hecho de que el nombramiento de sus miembros se efectúa a través del Sistema de Alta Dirección Pública establecido en la Ley N°19.882⁵.

13. Dentro de las competencias con las que cuenta la Comisión, se encuentra la de dictar las Normas Técnicas que deben regir el funcionamiento del SEN. Dicha potestad normativa autónoma se encuentra establecida en el artículo 7° del DL 2224, como asimismo en el artículo 72-19 de la LGSE, que se transcriben:

“Artículo 7°.- 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: (...)

*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” (énfasis agregado).*

*“Artículo 72°-19.- 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***

⁵ Último inciso del artículo 6° del DL 2224. A mayor abundamiento, el artículo 8° añade que el Secretario Ejecutivo de la CNE, quien es su jefe superior, “Será nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos públicos previsto en el párrafo 3° del Título VI de la ley N° 19.882”.

funcionamiento de dicho sector. Para ello, anualmente, establecerá un plan de trabajo que permita proponer, facilitar y coordinar el desarrollo de éstas.

Estas normas técnicas serán elaboradas y modificadas en virtud de un proceso público y participativo, el que podrá iniciarse de oficio por la Comisión o a solicitud del Coordinador (...)” (énfasis agregado).

14. El artículo 72-19 citado establece que tanto la dictación como la modificación de Normas Técnicas debe llevarse a cabo con apego a un determinado procedimiento administrativo regulado en detalle en un reglamento, aprobado mediante Decreto N°11, de 2017, del Ministerio de Energía (“**Reglamento NT**”).

15. Este procedimiento contempla, entre otras cosas, la constitución de un comité consultivo tanto con las empresas y gremios del sector, como con expertos técnicos en la materia objeto de la Norma Técnica; la publicación de un borrador de la propuesta; una consulta pública de la ciudadanía; la respuesta a todas las observaciones formuladas; y la publicación de la Norma Técnica en la página web de la CNE⁶ y en el Diario Oficial⁷. Sin todos esos pasos, la Comisión está impedida de modificar una Norma Técnica o dictar una nueva.

16. Así, la ley ha dotado a la CNE de una potestad de naturaleza **normativa autónoma**, destinada a complementar y detallar los lineamientos técnicos contenidos en la LGSE y sus reglamentos. Tal potestad se manifiesta y agota en la emisión de actos administrativos de contenido normativo y de efectos generales, en los términos del artículo 48 de la Ley N°19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (“**LBPA**”).

17. Las Normas Técnicas que dicta la CNE son, entonces, actos administrativos de carácter normativo y de efectos generales, que obligan a la generalidad de las personas que realizan la actividad sometida al ámbito de las atribuciones de la autoridad administrativa respectiva.

18. Finalmente, cabe señalar que la legislación reconoce un amplio margen de actuación a la CNE en el ejercicio de su potestad de dictar Normas Técnicas y que el ejercicio de dicha potestad normativa autónoma la hace en uso de su **discrecionalidad técnica**. Ello se manifiesta en que la norma que faculta a la Comisión para dictar Normas Técnicas –el artículo 7° del DL 2224– le señala

⁶ El inciso penúltimo del artículo 72-19 de la LGSE establece que “La Comisión deberá mantener disponible permanentemente en su sitio web, para cualquier interesado, la normativa técnica vigente e informar sobre los procesos de modificación de normas técnicas en desarrollo”.

⁷ Artículo 35 del Reglamento NT.

claramente los objetivos que debe perseguir, pero no las herramientas regulatorias que desde el punto de vista técnico debe preferir para conseguir dichos objetivos regulatorios⁸.

19. De esta forma, la determinación de las medidas que, desde un punto de vista técnico, resulten necesarias para que el servicio sea suficiente, seguro y de calidad, en condiciones compatibles con la operación más económica de todo el sistema, **es un asunto de índole marcada y exclusivamente técnica**, para cuya atención no solo es necesario disponer de conocimientos específicos de una ciencia determinada y de información y datos técnicos de las distintas variables para poder adoptar una decisión, sino que además, efectuado dicho ejercicio, pueden existir diversas opciones igualmente válidas técnicamente para conseguir los fines señalados. Una potestad de este tipo se condice con la descripción que la doctrina más autorizada hace de la discrecionalidad técnica:

“(...) lo característico del tipo de supuestos que queremos ahora individualizar y que hemos denominado «discrecionalidad técnico-administrativa» radica en que la técnica proporciona diferentes modelos de actuación a través de cualesquiera de los cuales se puede lograr el fin que se persigue. Esto es, se trata de casos en los que la realización del fin puede lograrse a través de diferentes tipos de acción técnica. El que la técnica no proporcione un único modelo válido sino varios modelos igualmente válidos para la consecución del fin sitúa a la Administración ante la necesidad de realizar una elección entre los diferentes cursos de actuación posibles”⁹.

20. Pueden existir diversas maneras de propender a que el suministro eléctrico sea suficiente, seguro y de calidad, y al mismo tiempo compatible con la operación más económica. Del mismo modo, estas diversas posibilidades pueden proteger o privilegiar en mayor o menor medida uno u otro de los bienes jurídicos involucrados (suficiencia, seguridad, calidad y economía); asimismo, pueden existir diversas opiniones respecto a cuál alternativa o combinación debe preferirse a las demás. La atribución de una potestad con caracteres de discrecionalidad técnica implica que, ante estas disyuntivas, **el legislador ha optado por confiarle a la Administración (CNE) la elección de la alternativa por la que debe optarse.**

21. Otra nota característica de la discrecionalidad técnica es que, dado que la ley encarga privativamente a la Administración la elección del método más idóneo para lograr un fin determinado, **el juez debe ser deferente a dicha actuación, ya que de lo contrario se invade el ejercicio de potestades públicas de la Administración.** En palabras de la doctrina:

⁸ El artículo 7º del DL 2224 señala: “Para el cumplimiento de su objetivo (...) corresponderá a la Comisión, en particular, las siguientes funciones y atribuciones (...)”. El “objetivo” de la actuación de la Comisión no es otro que el señalado en el artículo 6º del mismo DL 2224, cuyo inciso segundo señala que la labor de la Comisión se realizará “con el objeto de disponer de un servicio suficiente, seguro y de calidad, compatible con la operación más económica”.

⁹ DESDENTADO DAROCA, Eva (1999): *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Pamplona, Editorial Aranzadi, p. 144.

*“e) **Discrecionalidad técnica.** Por contraposición al supuesto anterior, se trata ahora de aquellos casos en que la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica. En muchos casos esta actividad está delimitada o guiada por conceptos jurídicos indeterminados (mérito y capacidad, justo precio, oferta más ventajosa). Pero, como se ha razonado, la concreción de estos conceptos es con enorme frecuencia incierta y opinable. Por eso, salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces”¹⁰ (énfasis agregado).*

22. Obsérvese que en el presente caso, en el evento improbable de mantenerse la Medida Precautoria, este H. TDLC sustituiría una opinión técnica y discrecional de la Administración, adoptada luego de conducir un procedimiento público y participativo en el que los actores relevantes fueron escuchados, con la agravante de que ni siquiera ha tenido antecedentes técnicos que justifiquen la decisión, lo que atenta el principio de discrecionalidad técnica en virtud del cual **la elección del camino más idóneo para lograr el fin, de entre todos los caminos técnicamente posibles, corresponde privativamente a la CNE (elección que, como veremos, ejerció y aplicó en esta materia –condición de gas inflexible– a partir del año 2016, es decir, hace ya 5 años).**

b) Contenido de la NT GNL y la condición de inflexibilidad; cambios introducidos a la NT en 2021

23. A estas alturas, nos parece relevante entregar al H. Tribunal el contexto en virtud del cual se dictó la NT GNL, a qué responde la misma y cuáles son los cambios que se le introdujeron.

24. La primera versión de la NT GNL, **que data de 2016**, surgió del ejercicio del mandato legal a la Comisión de velar por la seguridad, continuidad y despacho económico del SEN, en un contexto de cambio de la matriz energética, en el cual: (i) la energía de origen hidráulico había perdido importancia año a año; (ii) existía una fuerte oposición a la generación a carbón, lo que se ha traducido en la salida anticipada de centrales de este tipo del sistema y proyectos de ley que pretenden prohibir definitivamente su funcionamiento al año 2025; (iii) las energías renovables tenían un carácter intermitente, estresando la operación del sistema eléctrico, atendida su fragilidad por las situaciones mencionadas en (i) y (ii). Ello posicionaba a las centrales a gas natural licuado (“GNL”) como parte relevante de las centrales de energía de base del SEN.

¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994): *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madrid, Editorial Tecnos, p. 129.

25. Por lo anterior, y en ejercicio de sus facultades técnicas discrecionales, necesarias para garantizar la seguridad, continuidad y despacho económico del SEN, la Comisión dentro del ámbito de sus competencias privativas decidió, en el año 2016, regular la operación de esas centrales, lo que incluyó, entre otras materias, la reglamentación de la denominada “condición de inflexibilidad”.

26. Para poder entender la necesidad de dicha regulación, es importante evidenciar que las centrales de GNL, a diferencia de otras generadoras, cuentan con ciertas características especiales: (i) tienen sistemas de almacenamiento de combustible limitados, tanto en las propias centrales como en los terminales en los que el GNL es descargado. A ello debe sumársele que la logística de transporte de GNL (vía transporte terrestre o gaseoductos) es más compleja que la de otras fuentes de energía; (ii) dado que el GNL es utilizado en otras industrias diferentes a la generación eléctrica, es necesaria una coordinación entre los distintos actores que hacen uso de los terminales de regasificación (minerías, empresas concesionarias de gas de red, entre otras); y (iii) en el mercado internacional de venta de GNL es habitual la existencia de contratos con cláusulas del tipo *take or pay* o similares, que obligan a los generadores a pagar por gas que, eventualmente, no podrán utilizar para generar electricidad.

27. Estas tres características tienen como efecto que, muchas veces, el generador GNL se vea enfrentado a la siguiente problemática: se encuentra atado contractualmente a la compra anual de cierto GNL y debe proyectar sus compras y holguras de GNL para poder generar energía, pero su operación no depende de él, sino del orden de despacho económico que determine el Coordinador¹¹. Como resultado, se producen descalces entre el volumen de GNL disponible y el que efectivamente es despachado, los que se traducen en un riesgo de que gran cantidad de combustible no pueda ser utilizado. A ese fenómeno se le suele identificar como gas en condición de inflexibilidad.

28. En ese contexto fáctico, en forma previa a la dictación de la primera versión de la NT GNL en 2016, ya se había discutido cómo hacer frente a dicha situación. Existían buenas razones regulatorias para entender que un gas en esas condiciones debía valorarse a costo cero y, por lo tanto, debía despacharse por el CEN de manera anticipada a otras fuentes de generación, incluso en ausencia de Norma Técnica. En cumplimiento de sus funciones y dentro del ámbito de su competencia técnica y del cumplimiento del objetivo de garantizar la seguridad, continuidad y despacho económico del SEN, la Comisión dictó la Norma Técnica de GNL el año 2016, norma que estuvo vigente hasta el año 2019, cuando, nuevamente, en ejercicio de su potestad normativa autónoma, el CEN dictó una nueva Norma Técnica que estuvo vigente hasta septiembre de 2021, para luego nuevamente ejercer y agotar la potestad el 2021 con la NT GNL actualmente vigente.

¹¹ En palabras muy simples, el mercado mayorista de energía se rige por el denominado sistema marginalista. Entre otras cosas, ello significa que el CEN deberá despachar, para efectos de hacer frente a la demanda eléctrica, primero a las centrales cuyo costo variable sea más bajo y así sucesivamente hasta hacer calzar la oferta y la demanda eléctrica.

Así, se aprecia que durante los años 2019 y 2021 se condujeron procesos normativos tendientes a optimizar la NT GNL, recogiendo las críticas y aportes tanto de la industria eléctrica renovable y de otros actores, como las surgidas en el seno de la propia Comisión.

29. De esta forma, en la nueva versión de la NT GNL, aprobada luego de conducido el proceso reglado y participativo establecido en la LGSE y el Reglamento NT, se introdujo una serie de adecuaciones a la norma que tienen como efecto **disminuir** los eventos que signifiquen una operación de gas inflexible. Las medidas implementadas en la nueva Norma Técnica establecen el concepto de “precio sombra” con el objeto de **limitar el vertimiento de energías renovables** y, con ello, optimizar la operación económica del sistema.

30. **Además, la nueva normativa encarga un estudio al Coordinador que fija referencialmente el límite máximo de GNL que puede eventualmente ser considerado como inflexible.** El objetivo de este estudio es identificar la cantidad de GNL que el SEN requiere para su correcto funcionamiento, tomando en consideración la situación hidrológica (que actualmente se encuentra en un estado especialmente crítico en nuestro país), el desarrollo de proyectos de energía renovable, y las fallas de otras centrales, entre otros aspectos. De este modo, las empresas que adquieran e introduzcan al sistema más gas que el establecido en el ya referido informe, **no podrán operar bajo condición de inflexibilidad**.

31. Cabe destacar que este estudio, según lo dispone el artículo 5-3 de la NT GNL: “(...) *debe determinar mediante la simulación de la operación bajo los principios de operación segura y más económica del SEN, el volumen anual de GNL requerido por este (...)*”. Es decir, el Coordinador actúa exclusivamente dando aplicación a los principios de coordinación de la operación que establece imperativamente la LGSE en su artículo 72-1.

32. Asimismo, por tratarse de una materia asociada a la operación del sistema, dicho estudio **puede ser revisado por el H. Panel de Expertos** establecido en el Título VI de la LGSE.

33. La CNE, ejerciendo sus facultades discrecionales, eligió, por un lado, equilibrar los intereses de las empresas renovables y dar las señales adecuadas de precio a largo plazo; y, por otro lado, proteger los bienes jurídicos de seguridad del servicio y despacho económico, al resguardar la importancia que tiene y seguirá tendiendo la generación en base a GNL. Ello se debe a: (i) los escenarios de escasez hídrica que actualmente experimenta y seguirá experimentando el sistema eléctrico chileno; y (ii) el proceso de descarbonización acelerado que han implementado diversos generadores, sumado al retiro de centrales a carbón al que obligarían los proyectos de ley en actual tramitación y que proponen el año 2025 como año límite para su retiro total. Esto último, en contra de la opinión de los expertos, por la fragilidad que podría significar para el sistema interconectado.

34. Si no existiese la regulación del gas inflexible, la lógica económica indica que los generadores que operen con GNL traerán y almacenarán menos combustibles para mitigar el riesgo del *sail away*¹², **lo que afectaría los principios de seguridad y despacho económico**. Así, por ejemplo, en el escenario actual, si sale del SEN una central carbonera por mantención programada o por una falla¹³, correspondería despachar una central GNL, pero ésta podría no tener suficiente combustible almacenado, lo que afectaría el **principio del despacho económico**, pues en una hipótesis de falta de GNL como consecuencia de la suspensión de la inflexibilidad, se deberían despachar unidades de combustibles más caros (por ejemplo, petróleo diésel), lo que, aparte de significar el empleo de un insumo sustancialmente más contaminante, en el escenario de estrechez actual incluso podría impedir satisfacer el total de la demanda del SEN, lo que **afecta el principio de seguridad** y podría implicar una grave afectación a la población.

35. Ello fue, precisamente, lo argumentado por el Coordinador ante el H. Panel de Expertos de la LGSE en la discrepancia promovida por Hidroeléctrica Lircay S.A. –en la que participaron también las demandantes– por la orden de coordinación del Coordinador que permitió el despacho a costo de oportunidad (bajo el costo variable) de GNL que había sido importado en forma *spot* (fuera del programa de suministro anual) ante una situación extrema de escasez de generación en el SEN. Ni la discrepancia ni el resto de las empresas participantes rebatió en forma alguna que la actuación del Coordinador era necesaria para mantener la seguridad del suministro¹⁴.

36. En definitiva, el GNL sigue siendo uno de los combustibles más importantes dentro de la matriz energética actual y lo seguirá siendo, según nuestras proyecciones, durante los próximos años. Contar con abundancia de aquel combustible y asegurar así la energía base del sistema, favorece una mayor penetración de las energías renovables y, especialmente, repercute en una operación económica, estable y segura del SEN.

c) La condición de inflexibilidad establecida en la NT GNL es de aplicación extraordinaria

37. Como habrá advertido este H. Tribunal, la operación de la condición de inflexibilidad establecida en la NT GNL es doblemente extraordinaria, ya que, por una parte, ella es aplicada por el CEN a una porción del GNL y, por la otra, para que dicho órgano la aplique, se deben cumplir

¹² Riesgo de que los buques que suministran GNL a los terminales de Chile abandonen los puertos, llevándose el GNL, ante la imposibilidad de descargarlo por encontrarse llenos los estanques.

¹³ **Un ejemplo de extrema vulnerabilidad en este sentido y de estrechez, es el caso informado en la prensa el viernes 24 de diciembre en curso, según el cual ENEL comunicó al Coordinador la falla de embarque a carbón para su central Bocamina II, que la deja con autonomía de solo 25 días (Diario El Mercurio, Cuerpo B).**

¹⁴ Discrepancia N°15-2021 Disc. Gestión de GNLR con Restricciones de Almacenamiento a través de costo de oportunidad (<https://www.panelexpertos.cl/discrepancias/en-curso/>).

varias condiciones copulativas, lo que, en la práctica, hace que su aplicación por parte del CEN sea excepcional.

38. En efecto, el indicado Estudio GNL que deberá anualmente elaborar el Coordinador, fijará la cantidad o “cota superior de GNL” que podrá ser considerado en calidad de inflexible, de modo tal que *“cualquier volumen o cantidad de GNL superior a la señalada cota, no será considerada bajo dicha condición”*¹⁵.

39. Por otro lado, para tener la condición de gas inflexible, se deberá cumplir copulativamente las siguientes condiciones: **(i)** que un volumen determinado de GNL no pueda ser destinado a un uso distinto al de generación en el SEN, **(ii)** que sea utilizado en Unidades GNL de Empresas Generadoras GNL que tengan suministro de GNL sustentado en acuerdos cuya duración sea superior a un año; y, **(iii)** que cumpla con las demás condiciones que establece el Capítulo 5 de la NT GNL.

40. Así, la condición de inflexibilidad del GNL es aplicada por el CEN a aquel volumen de combustible cuyo suministro se convino en contratos de más de un año y, por lo mismo, **no es aplicada a las adquisiciones a corto plazo y/o spot**¹⁶.

d) La Comisión, la NT GNL y el artículo 3° del DL 211. El presente procedimiento no es idóneo para impugnar un acto administrativo de contenido normativo.

41. Se habrá percatado este H. Tribunal que las demandantes, a propósito de su solicitud de medida precautoria, cita como análogos una serie de casos conocidos en esta sede. Tal como ahondaremos más adelante, **no existe tal analogía** y la diferencia fundamental es que los casos citados por las demandantes se refieren a **actuaciones de agentes económicos que operan efectivamente en un mercado relevante dado**. En cambio, la Comisión no es un agente económico y, en consecuencia, no participa en el mercado, sino que solo lo regula, velando por las funciones que la ley le entrega.

42. Las decisiones que adopta la Comisión dentro del marco de sus funciones no encuentran su causa en su mera voluntad o capricho, sino que su fundamento, legalidad y legitimidad vienen dados por los fines específicos que consagran el DL 2224 y la LGSE: **(i)** preservar la suficiencia y la seguridad del servicio en el sistema eléctrico; **(ii)** garantizar la operación más económica para el

¹⁵ Título 5-2 Estudio GNL, Artículo 5-3 Alcance del Estudio GNL, Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que utilicen Gas natural Licuado Regasificado, Octubre 2021.

¹⁶ Las únicas excepciones a esta regla son: (i) el artículo 5-13 de la NT GNL, que se refiere a condiciones de particular escasez de fuentes de generación hidrológica, y (ii) la norma transitoria del artículo 7-6 del la NT GNL, que se refiere a la situación del GNL adquirido en el mercado *spot* ya existente en el sistema a la fecha de entrada en vigencia de la NT GNL.

conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico; y, (iii) garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, en conformidad a la ley.

43. Por lo demás y como lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema, el derecho a la Libre Competencia **no es absoluto**, sino que tiene límites o, dicho de otra forma, tiene que compatibilizar otros bienes jurídicos amparados por la legislación, como lo es en este caso, la seguridad, continuidad y despacho económico del SEN.

44. En esta línea la Excma. Corte Suprema ha resuelto que “(...) *por otra parte, **el derecho a la libre competencia no es absoluto** y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos de un servicio básico de tecnología de información y comunicación, ampliando progresivamente su cobertura*”¹⁷.

45. La sentencia citada es perfectamente atinente ya que esta discusión incide en otro servicio básico, el de suministro de electricidad (que constituye servicio público en conformidad con el artículo 7° de la LGSE), y precisamente las normas que inspiraron la actuación de la Comisión – seguridad, continuidad y despacho económico del SEN– crean las condiciones para mantener un suministro continuo y seguro en beneficio de todos los ciudadanos.

46. Por otra parte, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) –en su Guía “Sector Público y Libre Competencia”– señala “*en algunos casos, los objetivos de política pública y las regulaciones específicas que los concretizan, pueden no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos. En la medida que estas disposiciones estén fundadas en un mandato legal expreso y específico que se sobreponga a la normativa de libre competencia, y que la actuación de los OAE se ciña estrictamente a lo dispuesto en la ley, la FNE entiende que tal actuación no sería objeto de reproche como ilícito anticompetitivo*”¹⁸.

47. Por ello H. Tribunal hay que ser cauteloso en el análisis de la potestad que ejerció y agotó la CNE a través de la dictación de la Norma Técnica objeto de la medida precautoria, ya que, de acuerdo a su propia jurisprudencia, este H. TDLC ha intervenido controlando a la Administración del Estado, cuando ésta hace uso de sus actos de gestión o actúa como un particular en la vida económica, pero no cuando actúa a través de actos de autoridad en el ejercicio de la potestad normativa autónoma que le otorga la ley.

¹⁷ Considerando Décimo Quinto, Sentencia de la e. CS recaída en la sentencia del H. TDLC N° 105/10.

¹⁸ Fiscalía Nacional Económica. *Sector Público y Libre Competencia*. Material de Promoción N° 4. 2012. Página 5.

48. Al respecto, cabe destacar los siguientes casos en que ha intervenido el H. TDLC, por tratarse de **actos de gestión**:

(i) Actuación de las empresas públicas o sociedades del Estado que, previa autorización legal, desarrollan una actividad económica en el marco del denominado “Estado Empresario” en conformidad con el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República (“CPR”). Así, por ejemplo, este H. Tribunal ha acogido demandas contra la Empresa de Ferrocarriles del Estado¹⁹ por abuso de posición dominante al discriminar arbitrariamente en la determinación de los precios de los atravesos de la vía férrea. En este tipo de casos es lógica la aplicación del DL 211 a las empresas públicas y las sociedades del Estado, **pues ellas operan como agentes económicos que se encuentran sometidas en su actividad a la legislación común aplicable a los particulares** por expreso mandato del artículo 19 N° 21 de la CPR. Estas empresas muchas veces compiten con los particulares dentro de un mismo mercado relevante, por lo cual ciertamente pueden incurrir en prácticas contrarias a la Libre Competencia.

(ii) Tratándose de **procesos administrativos de selección de contratistas, en los que el órgano licitante también actúa en el mercado asignando bienes y servicios**. Este H. Tribunal ha acogido demandas de este tipo, por ejemplo en contra de municipalidades²⁰. Esta actuación del H. Tribunal se enmarca en lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”), que establece que “*Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los **principios de libre concurrencia** de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato*”. Dicha disposición tiene directa relación con el derecho de la Libre Competencia; la libre concurrencia y la Libre Competencia son dos caras de una misma moneda y resulta lógico que este H. Tribunal controle su observancia.

49. En cambio, la actuación de este H. TDLC respecto del ejercicio de una potestad normativa autónoma como ha sido la ejercida y ejecutada por la CNE, se encuentra limitada por el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales (“COT”), que dispone que: “*es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes*”.

50. En este caso, la NT GNL, tal como se consignó en los apartados anteriores, constituye un acto administrativo de efectos generales y de contenido normativo, que se dicta en el ejercicio de una potestad pública y que como todo acto administrativo se encuentra revestido de una presunción

¹⁹ Rol N° 76-2008.

²⁰ Rol N° 77-2008; Rol nN° 72-2005.

de legalidad, de imperio y de exigibilidad frente a sus destinatarios –en este caso, los generadores de energía eléctrica, sujetos a la coordinación del CEN–, tal como lo establece el artículo 3° de la LBPA²¹.

51. Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y el contenido de la NT GNL, como asimismo la potestad en virtud de la cual ella ha sido dictada, le resultará fácil a este H. Tribunal verificar que la CNE, al dictar la NT GNL, **sencillamente no puede haber incurrido en una acción encuadrable dentro del artículo 3° del DL 211**, lo cual demostraremos en la etapa procesal que corresponda.

52. La dictación de la NT GNL no es una actuación cualquiera cometida por cualquier persona; no es una actuación llevada a cabo por un competidor de las demandantes o un agente integrado verticalmente; y ni siquiera es una actuación llevada a cabo por un particular. Antes bien, se trata del **ejercicio de una potestad normativa, de carácter discrecional, por parte del ente regulador de la actividad económica respectiva, con miras a la protección de bienes jurídicos específicos amparados por la regulación sectorial.**

53. **Lo que las demandantes pretenden es que este H. Tribunal anticipe, por la vía de una medida precautoria, una decisión que corresponde a la discusión de fondo, cual es si el ejercicio de una potestad pública constituye una infracción a la Libre Competencia, cuestión que no cabe dentro de la espera de una medida cautelar intentada contra el órgano dotado de dicha potestad, lo que conduce al rechazo y alzamiento, desde ya, de la medida cautelar decretada.**

54. Lo anterior se debe a una razón muy simple, a saber, que no es concebible que el ejercicio de una potestad pública, que por definición constituye una actividad autorizada por la ley, constituya al mismo tiempo una infracción al ordenamiento jurídico. Así lo ha reconocido la doctrina:

“(...) tratándose de los órganos de la Administración del Estado, la carga probatoria se invierte, pues sus actos gozan de presunción de legalidad (artículo 3° LBPA), de modo que el estándar de la "sana crítica" sólo puede aplicarse en la medida que el particular haya logrado derribar la presunción de legalidad. En consecuencia, la declaración de ilegalidad es un supuesto necesario para acoger la acción. (...)

*Tratándose de órganos de la Administración del Estado **debemos suponer que actúan siempre con "autorización legal" previa** (artículo 2° LOCBGAE). Luego, en principio, toda intervención de estos órganos está amparada en la excepción del artículo 4° LDC, que prohíbe los monopolios "salvo que la ley lo autorice". (...)*

²¹ “**Artículo 3°.** (...) Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios (...).”

*Dicho de otro modo, la defensa de la competencia reconoce como excepción aquellas actuaciones realizadas con "autorización" legal; y toda actuación administrativa se presume que cuenta con ella*²² (énfasis agregado).

55. Como se demostrará en la etapa procesal correspondiente, el procedimiento contencioso regulado en el artículo 18 número 1) del DL 211 **no es un contencioso administrativo** y, en consecuencia, no puede ser utilizado como medio de impugnación en contra de un acto administrativo de naturaleza normativa.

56. En efecto, el procedimiento contencioso ante el H. TDLC **no puede culminar con una sentencia que ordene modificar el contenido de un acto administrativo de contenido normativo**. Ello es así por cuanto el legislador ha atribuido dicha potestad normativa de manera exclusiva a un órgano de la Administración del Estado, no siendo posible para un órgano jurisdiccional reemplazar a la Administración en el ejercicio de esta potestad.

57. Extender un procedimiento contencioso como el que nos ocupa a la revisión del contenido normativo de un acto administrativo dictado por la autoridad legalmente competente, dentro del marco de sus atribuciones y con competencia –y discrecionalidad– técnica, sería equivalente, por ejemplo, a que este H. TDLC dictara una sentencia ordenando al Servicio de Impuestos Internos modificar sus circulares relativas a las operaciones que se consideran elusivas; o una sentencia ordenando a la Comisión para el Mercado Financiero modificar los activos que los bancos pueden mantener como reserva técnica. Si ello ocurriera, nadie dudaría de que nos encontraríamos ante una vulneración de la separación de funciones existente entre los órganos administrativos y judiciales, expresado en disposiciones fundamentales de nuestro derecho público, tales como el inciso segundo del artículo 7° de la CPR²³ y el artículo 4° del COT²⁴.

58. Lo anterior viene demostrado, H. Tribunal, por el mero hecho de que exista, además del procedimiento contencioso regulado en el número 1) del artículo 18 del DL 211, el procedimiento de consulta establecido en el número 4) del mismo artículo. Este último procedimiento puede culminar, **a lo sumo, con una propuesta**, por parte de este H. Tribunal, de la “*modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia,*

²² GARCÍA MACHMAR, William (2014): *Los órganos de la administración del estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. En Revista de Derecho Económico de la U. de Chile, N.º 76 (2014), pp. 131-132.

²³ “**Artículo 7°.-** (...) Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

²⁴ “**Art. 4°** Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios (...)". Resultará evidente para este H. Tribunal que si el procedimiento contencioso regulado en el número 1) del artículo 18 del DL 211 pudiese tener el resultado que las actoras pretenden –a saber, que este H. Tribunal disponga directamente la modificación o derogación de un acto administrativo de contenido normativo y de efectos generales–, la existencia del procedimiento de recomendación normativa establecido en el número 4) del artículo 18 no tendría sentido alguno. ¿Por qué se limitaría este H. Tribunal a recomendar la modificación de un precepto normativo, si pudiese directamente modificarlo?

59. Así, la jurisprudencia ha reconocido, como es lógico, que la actuación de la autoridad administrativa en el ejercicio de sus potestades públicas no es susceptible de ser atacada a través de un procedimiento contencioso como el de autos. El H. TDLC en definitiva se ha abstenido de acoger demandas deducidas en contra de órganos de la Administración del Estado por infracción al artículo 3° del DL 211 cuando éstos actúan en el ejercicio de una potestad pública, aun cuando haya podido discrepar de los fundamentos de la decisión administrativa impugnada. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de subsidios: en su sentencia Rol N° 179-2008, este H. Tribunal rechazó la demanda interpuesta por Netland Chile S.A. en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, declarando que:

*“(...) el subsidio analizado en autos constituye entonces, a juicio de este tribunal una discriminación arbitraria que tiene efectos anticompetitivos. Sin embargo, **dado que su fuente es legal este tribunal no aplicará sanciones respecto de la demandada, sin perjuicio de su facultad para solicitar la modificación o dictación de normas, establecida en el artículo 18 n° 4 del decreto ley n° 211**”²⁵ (énfasis agregado).*

60. En otras palabras, este H. Tribunal reconoce expresamente que la vía idónea para enjuiciar preceptos normativos no es el procedimiento contencioso regulado en el número 1) del artículo 18 del DL 211, sino el procedimiento de recomendación normativa establecido en su número 4).

61. De este modo, se reconoce que las potestades con que cuenta la Administración del Estado se ordenan a la satisfacción o protección de bienes jurídicos específicos, establecidos en ordenamientos sectoriales, y que **también son manifestación del interés general**. Si bien estos bienes jurídicos pueden no coincidir con el resguardado por el DL 211, no por ello son menos importantes. En tal sentido, la doctrina ha reconocido que *“puede sostenerse que, desde el punto de vista de los fines de la regulación, el régimen de derecho público, gobernado por el principio de legalidad, se exceptúa —o, lo que es lo mismo, "es exorbitante"— respecto del régimen de defensa de la competencia”²⁶ (énfasis agregado).*

²⁵ Rol N° 179-2008, considerando 102°.

²⁶ GARCÍA MACHMAR, William, *Óp. cit.*, p. 133.

62. Así, la “exorbitancia” de las potestades públicas viene reconocida específicamente en el artículo 4° del DL 211, que prohíbe el establecimiento de monopolios para el ejercicio de actividades económicas “*salvo que la ley lo autorice*”. Se reconoce, entonces, que el legislador puede autorizar la adopción de medidas que, incluso no siendo ideales desde el punto de vista de la Libre Competencia, son necesarias para la protección de algún bien jurídico.

63. En el presente caso, es la ley –artículo 7° del DL 2224 y artículo 72-19 de la LGSE– la que ha autorizado a la CNE a dictar Normas Técnicas, gozando de un **ámbito de discrecionalidad técnica**, con el objeto de “*disponer de un servicio suficiente, seguro y de calidad, compatible con la operación más económica*” de todo el sistema. El ejercicio de tal potestad normativa a través de un acto administrativo de efectos generales, dirigido a la satisfacción de los bienes jurídicos recién señalados, **viene autorizado por ley y por lo mismo no es atacable por esta vía contenciosa**.

64. Si bien los antecedentes señalados en esta sección III. deberán ser analizados en la etapa procesal correspondiente, hemos estimado pertinente anticiparlos como antecedentes de contexto, para demostrar que **una medida cautelar como la solicitada no es la vía para anticipar la supresión de la aplicación de una Norma Técnica dictada por el ente público autorizado**. Ello, con mayor razón, cuando por dicha vía cautelar se alteran las reglas del mercado eléctrico y los incentivos que esta Comisión, desde 2016, ha considerado necesarios, desde un punto de vista técnico, para preservar el principio de la seguridad del SEN, consagrado en el artículo 6° del DL 2224 y el artículo 72-1 de la LGSE.

IV. La medida cautelar solicitada no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 25 del DL 211: no solo no se ha aportado antecedente alguno que constituya al menos presunción grave del derecho reclamado, sino que, además, la medida produce gravísimos efectos para el sistema eléctrico en su conjunto y, en especial, para los clientes

65. Las medidas cautelares en sede de Libre Competencia encuentran especial regulación en el artículo 25 del DL 211, el que, reconociendo su carácter excepcional, establece que para que proceda su otorgamiento es necesario:

- (i) Que el solicitante acompañe al proceso antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados.
- (ii) Que la medida cautelar pretendida sea necesaria para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento del H. Tribunal.

66. Por otro lado, y como ocurre con toda medida precautoria, deben reunirse los elementos de: (i) apariencia del buen derecho y (ii) el *periculum in mora*. Adicionalmente, además del carácter provisional de este tipo de medidas, si ella se concede, debe también ser proporcional.

67. Como se demostrará a continuación, **ninguno de los requisitos ha sido cumplido por las demandantes**. No solo no han logrado cumplir con el estándar de prueba requerido, sino que, además, convenientemente han omitido los gravísimos efectos que la medida cautelar solicitada acarrea para el funcionamiento del mercado eléctrico, pudiendo, incluso, llegarse a afectar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico de las chilenas y chilenos.

IV.1. Medidas precautorias y Libre Competencia

68. Antes de analizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 25 del DL 211 en la especie, cabe hacer presente una cuestión previa respecto de la naturaleza de la medida solicitada en relación con aquellas medidas precautorias otorgadas en esta sede.

69. La parte demandante funda su solicitud en una serie de medidas cautelares otorgadas por el H. Tribunal y que –en su criterio- impedirían los efectos anticompetitivos “*idénticos a los relatados en esta demanda*”²⁷. **Nada más lejos de la realidad.**

70. En ese sentido, los casos indicados como “idénticos” dicen principalmente relación con una orden del H. TDLC a determinados bancos a celebrar un nuevo contrato de cuenta corriente –en los mismos términos celebrados anteriormente– con sus respectivos clientes, que los demandaban por negativa injustificada de venta. Como es obvio, dichas medidas precautorias tienen una naturaleza eminentemente *conservativa*, que –en los mencionados casos– buscaban mantener el *statu quo* de los demandantes como cuentacorrentistas de los bancos respectivos, evitando que se les pudiese poner término unilateral a sus correspondientes contratos.

71. **En cambio, la medida solicitada por las demandantes en estos autos, es de naturaleza anticipativa o innovativa, por cuanto pretende modificar el estado de derecho existente antes de que el H. Tribunal se pronuncie sobre el fondo de la pretensión sometida a su decisión. En particular, pretende –nada más ni nada menos- dejar sin efecto la aplicación de una Norma Técnica que hoy está vigente y que ha sido legalmente dictada por la CNE en el ámbito de sus funciones administrativas.**

²⁷ Demanda. Página 76, nota al pie 53.

72. Como lo ha señalado la doctrina:

*“Se cree que tratándose de medidas cautelares innovativas, **es dable la exigencia de requisitos más severos**, puesto que el peligro en la demora en la cautela conservativa presenta una relación directa con el riesgo de insolvencia del demandado al momento en que se solicite la ejecución de la sentencia definitiva, mientras que la concesión de la medida cautelar innovativa no ha sido prevista como un aseguramiento del resultado de la acción, sino que más bien persigue un objetivo inmediato centrado en el solicitante, consistente en el agravamiento de su situación particular para el caso de no concederse tal medida. Para acreditar la situación de peligro en este último caso, no basta el simple temor o aprehensión de quien pide la medida innovativa, sino que **debe tratarse de hechos apreciables objetivamente, debiendo el solicitante proceder a la demostración verosímil de estos requisitos que justifiquen efectivamente su otorgamiento, no bastando con la alegación de daños eventuales, sino que “será menester demostrar prima facie tales recaudos”**”²⁸ (énfasis agregado).*

73. Considerando la naturaleza anticipativa de la medida cautelar solicitada en estos autos, se requiere de un estándar más estricto de cumplimiento de los requisitos para su concesión.

74. En la especie, las demandantes han recurrido a la mera enunciación de una serie de riesgos, cuya base factual –al menos, la que se esperaría considerando la naturaleza innovativa de la solicitud y que recaerá sobre una normativa fundamental para la seguridad y el despacho económico del sistema– no ha sido demostrada, y de hecho ni siquiera se desarrolla.

75. En esa línea, por ejemplo, se señala que las empresas de generación con energías renovables se encontrarían “*en una situación de franco peligro de continuar la aplicación por parte de la CNE de esta NT dado que si se sigue utilizando por parte de las empresas de generación que operan con GNL [las empresas de generación con energías renovables] entrarán en déficit incluyendo el peligro real de quebrar y salir del mercado eléctrico*”²⁹. Pero, cabe preguntarse ¿dónde están los antecedentes que acreditarían el supuesto de eliminación de actores en el mercado eléctrico? De hecho, tal pretensión resulta contraria a la realidad, ya que desde que está vigente la NT GNL, esto es el 2016, las empresas de generación con energías renovables no tradicionales –solares y eólicas– se han multiplicado. A su vez, tal como se explica más adelante, las energías renovables no convencionales son plenamente viables bajo la vigencia de la NT GNL.

²⁸ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite: *Recepción de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar*. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS – UPB. Página 52.

²⁹ Demanda. Página 75.

76. Termina su solicitud la parte demandante señalando: “*Creemos sinceramente que la concesión de esta medida por parte del Tribunal es la única forma de precaver los eventuales riesgos contra la libre competencia que deriven de la conducta demandada de autos*”³⁰. H. Tribunal ¿cabe otorgar una medida tan gravosa para el sistema eléctrico en base a la mera opinión de quien la presenta? ¿es la mera opinión de la parte interesada el antecedente que constituye presunción grave del derecho que se reclama?

IV.2. Las demandantes no han acompañado antecedentes que constituyan, al menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados

77. Basta la simple lectura del primer otrosí de la demanda para constatar que las demandantes no acompañan ningún antecedente para justificarla. Es decir, en el caso en análisis ni siquiera es necesario hacer el análisis de la suficiencia de los antecedentes para construir una “presunción grave”, **ya que ningún antecedente se acompañó o siquiera invocó.**

78. Desde antiguo la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que es una carga procesal del solicitante de una medida precautoria el acompañar antecedentes que constituyan al menos una presunción grave del derecho que se reclama. Como señala QUEZADA, de tales comprobantes se debe deducir “*la apariencia o verosimilitud del derecho que fundamenta la pretensión del demandante*”³¹.

79. Esta sede no es ajena de lo indicado: sin acompañar antecedentes no se puede construir una presunción grave, cuestión que acertadamente reconoce el voto de minoría de la resolución que concedió la Medida Precautoria. De este modo y como lo ordena el artículo 25 del DL 211, el H. TDLC debe hacer un **doble control**, verificando: (i) que se hayan acompañado antecedentes y (ii) que éstos permitan construir una presunción grave. Así se ha fallado³². En el caso de un acto administrativo de contenido normativo-técnico, esta presunción debe ser aún más intensa ya que se debe destruir la presunción de legalidad que le reconoce el legislador a todo acto administrativo.

80. Ahora, para el solo efecto de discurrir, si nos sustrajéramos un momento del hecho inamovible de que no se acompañaron antecedentes para justificar la precautoria solicitada y revisáramos los documentos acompañados a la demanda –los que **no fueron invocados en la solicitud de medida cautelar del primer otrosí de su Demanda**– se puede apreciar que al menos ocho de ellos corresponden a notas de prensa o cartas enviadas por gremios a las autoridades competentes. Asimismo, se adjuntan varios actos administrativos dictados por la Comisión y las

³⁰ Demanda. Página 77.

³¹ QUEZADA MELENDEZ, José: Medidas Prejudiciales y Precautorias. Editorial Jurídica Ediar – ConoSur Ltda., 1988, pág. 120.

³² Cfr. causas rol C-262-2013 y rol C-352-2018.

presentaciones realizadas por la misma durante las sesiones del Comité Consultivo constituido en el contexto de la elaboración de la NT GNL.

81. Al respecto, simplemente no podemos apreciar cómo dichos antecedentes podrían ser prueba de las graves acusaciones que se realizan en la demanda. Ninguno de estos documentos demuestra de manera alguna que la condición de inflexibilidad tenga los efectos anticompetitivos reclamados por las demandantes ni mucho menos que *“todas las empresas de generación con Energías Renovables se encuentran en una situación de franco peligro de continuar la aplicación por parte de la CNE de la NT”*³³.

82. Junto con ello, se adjuntan algunos artículos académicos e informes económicos emitidos por diversas entidades, respecto de los cuales, sin embargo, las demandantes no han señalado cómo demostrarían que existe una presunción de buen derecho de lo descrito a lo largo de la demanda. Desconocemos también si estos han sido financiados o no por las demandantes o si consideran el cambio en la situación hidrológica del SEN.

83. A mayor abundamiento, se trata, sin excepción, **de antecedentes elaborados con anterioridad a la vigencia de la actual versión de la NT GNL**, por lo cual se refieren a una condición de inflexibilidad que operaba de manera diversa a como lo regula la actual NT GNL que debe aplicar el CEN, no pudiendo servir como fundamento de la medida.

84. Así, por ejemplo, el documento titulado *“Un análisis del Gas Inflexible y de la Norma Técnica”* del economista Alexander Galetovic signado bajo el N°1 en la demanda, fue fechado el día 15 de enero de 2020, es decir, **1 año, 8 meses y 32 días** antes de que se publicara y entrara en vigencia la NT GNL, objeto de este proceso. Evidentemente la norma respecto de la cual se refiere el citado informe es la NT GNL de 2019, según se puede confrontar en la página 2 del documento bajo análisis, **norma que no es la misma respecto de la cual se solicitó la Medida Precautoria.**



85. Lo mismo ocurre con el documento del mismo autor titulado: *“La economía Básica del gas inflexible”*, el que fue elaborado el 18 de julio de 2020, es decir, **1 año 2 meses y 35 días** antes de que se publicara la norma enjuiciada en el presente proceso.

³³ Demanda, p. 75.

La economía básica del gas inflexible

Alexander Galetovic*

Julio 18, 2020

86. Lo mismo ocurre con el documento denominado: “*Principales Características de los Contratos de GNL y del GNL Regasificado en la Zona Central de Chile*”, de autor G. Palacios, el que tiene como fecha de confección el 23 de octubre de 2020, es decir, **11 meses y 26 días** antes de que se publicara la actual NT GNL y se agotara el ejercicio de la potestad normativa por parte de la CNE.

87. Otro tanto ocurre con el informe denominado “*Gas natural licuado inflexible y su impacto en el Sistema Eléctrico Nacional*”, de Cristián Marcelo Muñoz, el que fue elaborado en agosto de 2020, es decir, **1 año, 1 mes y 17 días** antes de que se publicara la norma objeto del presente proceso.

88. En síntesis, tal como sostuvo el voto de minoría, **no se acompañaron antecedentes que acrediten de manera grave el derecho que se reclama**. La carga de presentar estos antecedentes y de demostrar cómo sustentaban su solicitud de medida precautoria correspondía a las demandantes, lo que, reiteramos, no se ha cumplido. Por lo mismo, la medida cautelar debe dejarse sin efecto.

89. Bien sabe este H. Tribunal que las partes se encuentran en una situación de igualdad dentro del proceso, por lo que para dictar una medida cautelar no basta –como lo han hecho las demandantes– que el actor se limite a afirmar la existencia de una pretensión, sino que debe acompañar antecedentes al proceso que permitan dar cuenta de la verosimilitud de la pretensión que invoca. Lo anterior con mayor razón cuando el acto contra el cual se reclama no es un acto privado, sino que **es un acto administrativo revestido de una presunción de legalidad**.

IV.3. Ausencia de *fumus boni iuris*

90. El *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho corresponde a un criterio utilizado para determinar provisionalmente si existen elementos que sean suficientes para la adopción de medidas cautelares mientras se sustancia el procedimiento, sin entrar a prejuzgar el fondo del asunto sometido al conocimiento del tribunal.

91. Como se verá a continuación, en este caso más que un humo que colorea el buen derecho se trata de un humo que lo esconde e impide ver con nitidez de manera tal que se desvanece el buen derecho.

a) **La pretensión de las demandantes es que el H. TDLC sustituya la decisión adoptada por la Administración en el ejercicio de su potestad normativa, cuestión que escapa al ámbito de este procedimiento contencioso.**

92. Una medida precautoria de la naturaleza solicitada, por definición, tiene como finalidad garantizar la efectividad de la decisión que se adopte dentro de un procedimiento, otorgando al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva para prevenir el daño jurídico que podría derivar el retardo en la dictación de esta³⁴. Así, la pretensión debiese tener por objeto algo que se pueda obtener o realizar.

93. Pero en este caso, la medida cautelar solicitada consiste en dejar sin efecto la aplicación de la condición de inflexibilidad contenida en la NT GNL durante toda la duración del presente proceso judicial. Ello deja de manifiesto que la Medida Precautoria decretada en autos busca garantizar un resultado que será imposible de obtener, pues, como se explicó anteriormente, la NT GNL es un acto administrativo de efectos generales y de contenido normativo, emitido por la CNE en ejercicio de una potestad normativa y técnica, siendo la CNE el órgano al cual la ley le encargó de manera exclusiva la emisión de las referidas Normas Técnicas. A mayor abundamiento, dicha potestad no puede ser ejercida del modo que mejor le parezca a la CNE, sino que debe ser ejercida ciñéndose estrictamente al procedimiento público y participativo regulado en el artículo 72-19 de la LGSE y en el Reglamento NT.

94. De este modo, tal como se señaló, el H. TDLC **no tiene competencia para sustituir el contenido de estas Normas Técnicas**, puesto que de hacerlo estaría materialmente ejerciendo una atribución legalmente entregada a otro poder público, prescindiendo, además, del procedimiento establecido al efecto. De este modo, el H. TDLC estaría ejerciendo *de facto* una facultad que el legislador le encargó privativamente a la CNE, con lo cual vulneraría lo dispuesto en el artículo 7 de la CPR y lo dispuesto en el artículo 4° del COT. Prueba de ello es que el propio DL 211 consagró en su artículo 18 N° 4 un procedimiento específico, no contencioso, a través del cual puede *recomendarse* –no ordenarse– la modificación de preceptos normativos.

95. Así, un procedimiento contencioso que culminara con una sentencia del H. TDLC que ordene la modificación o derogación directa de un acto administrativo de efectos generales de contenido normativo, infringiría lo dispuesto en el artículo 7 de la CPR, el artículo 4 del COT y el propio DL 211, por atribuirse facultades que no le han sido otorgadas por el ordenamiento jurídico y por no respetar los procedimientos establecidos para dichos fines.

³⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Librería El Foro. 1996. Buenos Aires. p. 45.

96. Por ello, la pretensión anticipada por la Medida Precautoria de autos deviene en imposible, pues justamente el H. Tribunal no podrá modificar ni dejar sin efecto el acto impugnado, sobre el cual se ha decretado la Medida Precautoria de autos. **El otorgamiento de la Medida Precautoria resulta inconsistente con la regulación entregada en el propio DL 211 respecto de las competencias y vías para ejercerlas respecto de materias que tocan a otros poderes del Estado.**

b) **No puede haber apariencia de buen derecho cuando se ataca un acto que goza de presunción de legalidad. A mayor abundamiento, su conformidad a derecho ha sido corroborada por órganos con competencia específica en esta materia.**

97. Tal como se señaló precedentemente, la NT GNL, por haberse emitido en el ejercicio de una potestad pública, goza **de presunción de legalidad** en conformidad con el artículo 3° de la LBPA, de modo que las presunciones graves que se establezcan para justificar la precautoria, deben tener la entidad – gravedad – para derribar la presunción legal.

98. Cómo ha señalado la jurisprudencia, *“las presunciones son graves cuando revisten importancia y seriedad; en otros términos, cuando son el resultado de una deducción lógica **capaz de dar certidumbre del hecho que se pretende demostrar**”³⁵ (énfasis agregado).*

99. Cabe preguntarse, ¿Qué antecedente adjuntaron los demandantes que permitan a este H. TDLC dar certidumbre de las alegaciones de los primeros? ¿Qué antecedente tiene la gravedad suficiente para destruir la presunción de legalidad?

100. La respuesta es evidente, no existen tales antecedentes y, por ello, debe primar la presunción de legalidad de que está revestida la NT GNL.

101. Cabe señalar que las condiciones de comercialización del GNL y sus eventuales efectos anticompetitivos en el mercado eléctrico fueron investigados recientemente por la FNE, descartándose la existencia de estos³⁶.

102. En su investigación, que duró **seis años**, la FNE tuvo la oportunidad de revisar las Normas Técnicas sobre GNL existentes, sin señalar que éstas generaran algún efecto anticompetitivo. Es más: la FNE indica que *“[e]sta Norma Técnica detalla la información que debe ser entregada por la empresas generadoras que utilizan este combustible al Coordinador y tiene por objeto “(…)*

³⁵ E. Corte Suprema, 24 julio 1970, R. t. 67, sec. 1°, pág. 219 (Considerando 3°, pág. 223).

³⁶ Fiscalía Nacional Económica. *Investigación sobre las condiciones de acceso y competencia en el mercado eléctrico de la zona central de Chile*. Informe de archivo Rol N°2357-15. 2021.

*establecer las exigencias de información, procedimiento, metodologías, mecanismos y condiciones de aplicación que resulten necesarias para la programación y coordinación de la operación de unidades que utilicen GNL Regas”, estableciendo así exigencias para la más eficiente y segura programación y coordinación de la operación de unidades que utilicen dicho combustible*³⁷(énfasis agregado).

103. La FNE, luego de haber analizado la NT GNL impugnada en autos, **no advirtió ningún aspecto anticompetitivo en la misma**, resaltando su objetivo de eficiencia. Adicionalmente, la FNE indicó que las deficiencias en la coordinación de la programación del sistema se habrían producido por falencias en la comunicación con el Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central (CDEC-SIC) y que la Norma Técnica de 2019 limitó de manera importante estas falencias de comunicación³⁸.

104. Las conclusiones de la FNE se vieron reflejadas en su resolución **de fecha 15 de julio de 2021**, en la cual dispuso el **archivo de la investigación** relativa al mercado del GNL. De particular interés resultan los considerandos 12° y 13° de dicha resolución:

12) Que, por otra parte, es importante destacar que con posterioridad al inicio de la presente investigación, se han dictado normas que **mejoran el control del mercado de generación eléctrica desde la perspectiva de la libre competencia**. Es así como el Coordinador Eléctrico Nacional (“CEN”, continuador de los extintos Centros de Despacho Económico de Carga (“CDEC”), de la zona norte y central de Chile) ha sido encargado de realizar la acción de *monitoreo de las condiciones de competencia*, en especial para garantizar la seguridad del servicio, la operación más económica y el acceso abierto para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico, actividad que realiza desde julio del año 2018.

13) Que, **en el mismo sentido**, en septiembre del año 2016 **la CNE dictó la “Norma técnica para la programación y coordinación de la operación de unidades que utilicen GNL regasificado” (la “Norma Técnica”)**, la que fue modificada en junio del año 2019. Esta Norma Técnica detalla la información que debe ser entregada por las empresas generadoras que utilizan este combustible al CEN y tiene por objeto “(...) *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*”, estableciendo así **exigencias para la más eficiente y segura programación y coordinación de la operación de unidades que utilicen dicho combustible, limitando la posibilidad de conductas oportunistas** que puedan distorsionar la operación del mercado.

Resolución de la FNE de fecha 15 de julio de 2021, que dispone el archivo de la investigación relativa al mercado de GNL

105. De esta forma, la investigación de la FNE no solo resaltó la eficiencia de la Norma Técnica sin mencionar ningún aspecto que pueda ser contrario a la Libre Competencia; antes bien, identifica

³⁷ Informe de archivo Rol N°2357-12, p. 32.

³⁸ Informe de archivo Rol N°2357-12, p. 15.

la NT GNL como una norma que **mejora** la regulación de la Libre Competencia en el mercado eléctrico.

106. Por otro lado, la FNE en su “Estudio de Mercado del Gas” emitido este año tuvo la oportunidad de revisar nuevamente las condiciones competitivas del mercado del gas en general³⁹. En dicho estudio, luego de un análisis conducido durante más de un año, la FNE no hace mención alguna a la condición de inflexibilidad del GNL.

107. En esta misma línea, y tal como correctamente advierte la FNE en el considerando 12° arriba transcrito, no debe olvidarse que el Coordinador **posee una división interna encargada específicamente de monitorear la competencia en el mercado de la generación**. Nos referimos a la Unidad de Monitoreo de la Competencia, encargada de llevar a cabo la función señalada en el artículo 185 del Reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional⁴⁰ (“**Reglamento de Coordinación**”), resultando particularmente relevantes sus letras c) y d):

“Artículo 185.- Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 72°-10 de la Ley, el Coordinador monitoreará permanentemente las condiciones de competencia existentes del mercado eléctrico, con el objetivo de garantizar los principios de la coordinación establecidos en el artículo 72°-1 de la ley.

Para estos efectos, el Coordinador deberá considerar, al menos, los siguientes aspectos del mercado eléctrico: (...)

c. Información de insumos para la generación eléctrica. El Coordinador deberá analizar la consistencia, veracidad y trazabilidad de la información declarada referente a insumos para la generación eléctrica, con especial énfasis en los costos variables combustibles y no combustibles de las unidades generadoras. El análisis deberá comprender los contratos de suministro de combustibles para generación y relación de propiedad de las empresas proveedoras y adquirentes, entre otros aspectos. Asimismo, deberá analizar la relación entre la información de insumos para la generación eléctrica y la posición comercial del agente respectivo en el mercado eléctrico.

d. Información técnica en el sector eléctrico. El Coordinador deberá analizar la información técnica que incida en la demanda y en la oferta de generación disponible en el sistema eléctrico, Sistemas de Almacenamiento de Energía y/o prestación de Servicios Complementarios, para los distintos segmentos de las instalaciones sujetas a coordinación, con especial atención en

³⁹ Fiscalía Nacional Económica. Estudio de Mercado del Gas. 2021.

⁴⁰ Decreto Supremo N° 125 del Ministerio de Energía de 19 de diciembre de 2017, publicado en el Diario Oficial el 20 de diciembre de 2019.

mantenimientos y restricciones operativas de instalaciones, mínimos técnicos, potencias máximas, consumos específicos, entre otros. Asimismo, deberá analizar la relación entre los distintos parámetros técnicos y operacionales y la posición comercial del agente respectivo en el mercado eléctrico. (...)”.

108. El artículo 189 del Reglamento de Coordinación prosigue señalando que el CEN se encuentra **obligado** a poner a disposición de la FNE toda información que llegue a su conocimiento relativa a eventuales infracciones al DL 211:

*“**Artículo 189.-** Si con motivo de la función de monitoreo, el Coordinador detectara indicios de actuaciones que pudieran constituir infracciones a la libre competencia, conforme a lo descrito en las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del año 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, **deberá ponerlos en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica o de las autoridades que correspondan**, acompañando toda la información y análisis que estime necesarios para una mejor comprensión de la conducta que representa un posible atentado contra la libre competencia. (...)*”

109. Así, H. Tribunal, si la dictación de la NT GNL realmente fuese susceptible de afectar la Libre Competencia de la manera en que lo dan a entender las solicitantes, **ello necesariamente habría sido advertido tanto por la FNE** –que condujo una investigación al respecto que duró seis años– **como por la Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador**. Sin embargo, ello no ha ocurrido.

110. Por consiguiente, no solo no se han acompañado antecedentes por parte de las demandantes que acrediten la certidumbre del hecho que se reclama, sino que la propia FNE –habiendo realizado investigaciones en el mercado del gas y en específico en el mercado eléctrico– no ha indicado que exista algún problema de competencia respecto de la condición de inflexibilidad del gas que destruya la presunción de legalidad de la Norma Técnica.

c) **No puede haber apariencia de un buen derecho en circunstancias de que se omitió el análisis de todos los demás buenos derechos que sí fueron ponderados por la CNE al dictar la NT GNL y que deben ser protegidos**

111. En su escrito –de 80 páginas–, las demandantes omiten, callan y silencian inexplicablemente toda mención a los bienes jurídicos que protege la legislación eléctrica, y que resultan ser los que fundamentan y explican la dictación de la NT GNL.

112. Estos bienes jurídicos tampoco fueron ponderados por el voto de mayoría al momento de acoger la Medida Precautoria. Lo anterior, pues tanto la solicitud como el voto de mayoría fundan su petición y decisión, respectivamente, en la supuesta vulneración a la Libre Competencia que conllevaría la aplicación de la NT GNL.

113. Sin embargo, además de que tal vulneración no es tal –como se desarrollará posteriormente en este proceso—, el análisis olvidó considerar aquellos bienes jurídicos, propios de la legislación sectorial, que son los que precisamente fundan la NT GNL y que deben ser tutelados por la CNE en el ejercicio de sus potestades normativas.

114. El fundamento de la dictación de la NT GNL se encuentra en el artículo 6° del DL 2224, cuyo inciso segundo señala que las funciones de la CNE se ejercen “*con el objeto de disponer de un servicio suficiente, seguro y de calidad, compatible con la operación más económica*”. Tales objetivos se condicen con los principios de la coordinación de la operación, establecidos en el artículo 72-1 de la LGSE. **Estos y no otros son los objetivos buscados con la dictación de la NT GNL.**

115. **Lo anterior, en armonía con la aplicación de los Principios de la Coordinación de la Operación, contenidos en el artículo 72-1 de la LGSE, que son los que guían y se invocan en la NT GNL.**

116. Existe, asimismo, otro antecedente que se omite por completo en la solicitud de medida precautoria, que es el hecho de que **actualmente se encuentra vigente un decreto de racionamiento dictado por el Ministerio de Energía en conformidad con el artículo 163 de la LGSE⁴¹**, en atención a la crisis hídrica que actualmente se vive en el país. Dentro de las medidas excepción establecidas en tal decreto de racionamiento –Decreto Supremo N°51, de 2021–, se encuentra una **orden directa al Coordinador de evitar la utilización de las reservas de agua:**

“3. Utilización de energía embalsada

(...)

Adicionalmente, el Coordinador evitará utilizar en la operación normal las reservas de agua disponibles al 13 de agosto de 2021, fecha de emisión del Informe Técnico, y propenderá al menos

⁴¹ Los decretos de racionamiento son dictados por el Ministerio de Energía en las situaciones previstas en el artículo 163 de la LGSE, dentro de las cuales se incluye el que se proyecte fundamentalmente un déficit de generación en el SEN a consecuencia de una sequía. En estos decretos se disponen las “*medidas que, dentro de sus facultades, la autoridad estime conducentes y necesarias para evitar, manejar, disminuir o superar el déficit, en el más breve plazo prudencial*”. Se trata, en definitiva, de un régimen de excepción que se activa ante situaciones de crisis hídrica.

a mantenerlas, con la finalidad de garantizar entre otros, la seguridad operativa y de abastecimiento del sistema eléctrico”⁴².

117. En definitiva, la labor que realiza la CNE implica necesariamente compatibilizar estos distintos bienes jurídicos tanto entre sí como con los demás objetivos que protege la legislación sectorial, y aun con otros bienes jurídicos protegidos por la legislación nacional –tales como, precisamente, la Libre Competencia–; todo ello teniendo a la vista los antecedentes fácticos determinantes para la adopción de las decisiones técnicas que permitan resguardar la seguridad y suficiencia del suministro eléctrico –tales como, por ejemplo, la escasez hídrica–. **En esta labor, la CNE no puede ser sustituida por el H. TDLC;** pues la ley ha otorgado esta competencia, eminentemente discrecional y técnica, a la CNE **en forma privativa, precisamente en atención a su naturaleza técnica.** Nadie más que la CNE puede dictar Normas Técnicas.

118. De este modo, el H. Tribunal realizó una ponderación parcial, ya que pareciera que primó el argumento de considerar que la NT GNL se habría dictado con el único y errado propósito de beneficiar a determinados operadores del mercado eléctrico, **obviando que la CNE –mediante la emisión de la NT GNL— solo ha buscado preservar tanto la seguridad del sistema eléctrico como la operación más económica dentro del mismo, en tanto bienes jurídicos consagrados en la normativa eléctrica que conforma el marco legal respecto del cual debe dirigir su actuar, considerando para ello la disponibilidad del recurso GNL que requiere el SEN.**

119. Insistimos que la Comisión no es un particular ni un competidor de las demandantes, sino un órgano de la Administración del Estado, que por ley se encuentra obligado a actuar con objetividad⁴³ y que **no tiene interés alguno comprometido** en la NT GNL.

120. Cabe indicarle al H. Tribunal que las demandantes en ninguna de las 80 páginas que conforman su escrito se detienen a desarrollar los bienes jurídicos anteriormente indicados, pues tan solo de una manera general y vaga dan a entender que existiría una supuesta vulneración de los mismos. Esto da cuenta, H. Tribunal, que las solicitantes solo persiguen su interés particular, obviando el **evidente interés general** en el que se funda no solo la NT GNL, sino toda la legislación eléctrica, viéndose expresado en los principios que guían el obrar de la CNE, cuya implementación beneficia a todo el sistema eléctrico.

⁴² Resolutivo 3° del decreto de racionamiento.

⁴³ El artículo 11 de la LBPA establece. “**Principio de imparcialidad.** La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte”.

IV.4. Ausencia de *periculum in mora*

121. El artículo 25 del DL 211 requiere un tipo muy específico de *periculum in mora*, ya que establece que las medidas cautelares del H. TDLC se dictan para “*impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común*” (énfasis agregado). Es decir, “*Aparece la idea del periculum in mora no solo referido al interés privado del solicitante, sino, también, una protección del interés común ligado a la libre competencia, sobre todo cuando el requirente es la FNE [Fiscalía Nacional Económica]*”⁴⁴.

122. La conjunción “y” que emplea el artículo en comento da cuenta de que se trata de requisitos copulativos; la medida cautelar, para ser dictada, debe ser necesaria para impedir aquellos efectos negativos y **además** para resguardar el interés común.

a) No se acompaña antecedente alguno que dé cuenta del supuesto *periculum in mora*

123. En primer lugar, cabe destacar que el “el efecto negativo” que las demandantes pretenden evitar está expresamente señalado en su breve solicitud y, para mayor claridad, lo transcribimos:

H. Tribunal, esta medida cautelar resulta indispensable para preservar la existencia de estas empresas renovables y para el interés común en materia de libre competencia, como lo ha sostenido en un sinnúmero de veces el Estado, la prioridad en la generación de energía son las energías renovables⁵⁴ junto con fomentar la competencia de éstas. Sin embargo, con la dictación de la referida Norma Técnica, podemos apreciar que no se condice con la promoción de las energías renovables, sino que todo lo contrario, se desplazan y discriminan siendo reemplazadas por gas natural licuado, situación evidentemente contradictoria.

124. De este modo, las demandantes hicieron consistir el peligro de la demora en la hipótesis de que, si debían esperar la sentencia definitiva de autos, estas empresas generadoras con energías renovables podrían desaparecer. La afirmación es evidentemente falsa, exagerada y carece de cualquier justificación.

125. Por lo demás, la condición de inflexibilidad se encuentra vigente desde el año 2016 y no se ha observado que las generadoras renovables dejen de existir, todo lo contrario.

126. Cabe también agregar que la segunda parte del párrafo transcrito, que se refiere a una supuesta contradicción entre la NT GNL y la prioridad de generar con energías limpias y promover

⁴⁴ MARÍN, Juan Carlos (2015): *Tratado de las medidas cautelares. Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 609.

este tipo de generadoras, no solo es falsa, sino que, en lo que importa para esta discusión, **no es constitutivo ni justifica un *periculum in mora*.**

127. Precisado lo anterior, se debe también tener presente que las demandantes no acompañaron ningún antecedente que permita presumir la existencia de algún efecto negativo, es decir, de perjuicios que puedan sufrir las empresas generadoras de energía renovable.

128. En efecto, en la demanda no se individualizó ni se especificó cuáles serían los antecedentes aportados que permitirían demostrarle al H. Tribunal que la aplicación de la NT GNL es susceptible de generarles algún perjuicio. Como se anticipó, llegan incluso a sostener que la medida cautelar solicitada “*resulta indispensable para preservar la existencia de estas empresas renovables*”⁴⁵, vale decir, que estas empresas podrían llegar a *desaparecer* si no deja de aplicarse la NT GNL, **pero no acompañan ningún antecedente siquiera indiciario que demuestre la veracidad de tan dramática afirmación.**

129. De más está reiterar, H. Tribunal, que si las afirmaciones de las demandantes fuesen ciertas, algunas de estas empresas ciertamente habrían desaparecido ya hace años, puesto que la condición de inflexibilidad no es algo nuevo en nuestro sistema, sino que **viene aplicándose por el CEN desde 2016 a través de distintas Normas Técnicas**, y de manera **cada vez más sistematizada y regulada**, como ocurre hoy con la NT GNL.

130. Asimismo, cabe reiterar que si las afirmaciones de las demandantes fuesen ciertas, **ya habrían sido advertidas por la FNE** –que ha estudiado en profundidad el mercado del GNL y el mercado eléctrico, resolviendo archivar las investigaciones respectivas– **y por la Unidad de Monitoreo de la Competencia del CEN**, encargada específicamente de monitorear las condiciones de la competencia en el mercado eléctrico.

131. En segundo lugar, las demandantes no desarrollan de modo alguno cómo la NT GNL afectaría el interés general, el que por lo demás corresponde representar en esta sede a la FNE y no a los actores.

132. Basta observar que la demanda da cuenta de un relato en el que solo explican cómo supuestamente la aplicación de la referida Norma Técnica generaría perjuicios en su actividad económica, sin detenerse a desarrollar la manera en que dicha norma vulneraría el interés común, que es precisamente lo que busca tutelar la potestad cautelar del H. Tribunal.

⁴⁵ Página 77 de la demanda.

b) El *periculum in mora* invocado no existe. Las energías renovables no convencionales (ERNC) son completamente viables bajo la vigencia de la actual –y las anteriores– NT GNL

133. Para fundar su solicitud de aplicar una medida cautelar, las demandantes incluyen en el primer otrosí de su demanda la siguiente afirmación, que es enteramente falsa:

“(...) los efectos anticompetitivos descritos en esta demanda incluyen el hecho que no sólo las demandantes, Electrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A., sino que también todas las empresas de generación con Energías Renovables, se encuentran en una situación de franco peligro de continuar la aplicación por parte de la CNE de esta NT dado que si se sigue utilizando por parte de las empresas de generación que operan con GNL entraran en déficit incluyendo el peligro real de quebrar y salir del mercado eléctrico”⁴⁶.

134. La falsedad de la afirmación recién transcrita reside en que la hipotética afectación que pudieran sufrir las demandantes no puede asociarse a su tecnología renovable, sino que a su planificación comercial –que depende enteramente de su voluntad–, a la vez que se ve demostrada en los hechos, conforme se explica a continuación:

- Los ingresos y gastos de una generadora eléctrica se explican principalmente por su venta de energía, potencia y servicios complementarios. En este caso lo que se discute es sobre ingresos por energía.

- Para la venta de energía existe un mercado primario y otro secundario. El primario es el de los contratos (conocidos como “PPAs”), en que un generador se compromete con una empresa distribuidora o un gran cliente a suministrarle energía durante un cierto espacio de tiempo. El secundario, también denominado *mercado spot*, corresponde a un mercado de ajustes, en que los generadores deficitarios (con compromisos de venta superiores a su generación efectiva durante un cierto mes) cubren sus déficits comprando a los excedentarios (quienes están en una posición inversa), considerando que esa generación efectiva responde al despacho que de las centrales hace el Coordinador según su costo variable de producción, así como de otras circunstancias que pueden afectar la disponibilidad de las centrales.

- El precio de la energía en el mercado spot corresponde al costo marginal, que es igual al costo variable de producción de la central más ineficiente que esté funcionando, cada hora, en cada nodo del sistema, y es **altamente volátil**. Esto, porque depende de una serie de factores incontrolables para tanto para un generador como para el Coordinador y los coordinados, y que son

⁴⁶ Primer otrosí, página 75.

muy variables en el corto, mediano y largo plazo, como son el clima, la hidrología, el precio internacional de los combustibles, el estado de funcionamiento de los cientos de centrales del país, la tasa a la que aumenta el consumo de la población, los cambios tecnológicos, el crecimiento del parque generador, etc. Así, fundar una inversión tan cuantiosa en una central generadora para permanecer permanentemente en condición excedentaria, vendiendo toda su producción en el mercado al precio spot, constituye un riesgo enorme de flujo de caja, que generalmente los inversionistas y financistas no quieren asumir.

- El riesgo comentado se minimiza enormemente al construir centrales solo una vez que se ha asegurado un PPA, porque en buena medida la utilidad de la compañía se explicará por la diferencia del precio del contrato con su costo de producción, pasando los costos marginales o precios *spot* a incidir mínimamente, cuando tienen algún déficit de lo comprometido o cuando el mismo costo marginal difiere entre el punto de inyección de su energía y el de suministro.

- Las demandantes son excedentarias y entendemos que no han estabilizado su exposición comercial con PPAs significativos, de forma tal que el riesgo que enfrentan se debe enteramente a su planificación comercial, lo que las mueve a preferir el estrés del sistema (que generalmente aumenta los costos de producción y el precio spot) incluso a costa de la seguridad de suministro, y a ser muy sensibles a las decisiones de operación que necesariamente debe adoptar el Coordinador y ser normadas por la realidad.

- Así, el riesgo de las demandantes no puede asimilarse a las del resto de las ERNC sino solo a aquellas que mantienen una posición decidida y deliberadamente excedentaria, lo que perfectamente podría ocurrir a centrales de otras tecnologías, como podría ser una carbonera.

135. En los hechos podemos ver que las empresas que han presentado recursos de diversa índole para limitar o impedir la aplicación de la inflexibilidad del GNL, ante este H. TDLC, el Panel de Expertos y la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, han sido pequeñas centrales hidroeléctricas con condición **excedentaria**⁴⁷ y no el resto de los generadores renovables, que no están en esa condición.

c) No hay aumento del precio al cliente final

136. A diferencia de lo que señalan las demandantes, la NT GNL **no produce efectos en el precio que recibe el cliente final**. Todo consumidor en el país recibe energía a partir de contratos de

⁴⁷ Hidroeléctrica Lircay, Hidromaule, Eléctrica Puntilla, Besalco Energía Renovable, Hidroeléctrica Río Colorado, Energía Coyanco, Embalse Convento Viejo y Empresa Eléctrica la Arena, junto con la Asociación Gremial de Generadores Eléctricos Pequeños y Medianos, la Asociación de Pequeñas y Medianas Centrales Hidroeléctricas (APEMEC) y la Asociación de Canalistas Sociedad del Canal de Maipo.

suministro de largo plazo suscritos con empresas generadoras y que, en el caso de los pequeños consumidores, los suscriben las empresas de distribución que luego les entregan el suministro.

137. Conforme lo anterior, el precio que pagan los clientes **depende de aquel pactado en el contrato entre la empresa generadora y la distribuidora, y no del precio *spot***, que es el que podría verse afectado (a la baja) por el despacho de centrales de GNL en condición de inflexibles. De persistir un menor precio, solo eventualmente ello podría tener incidencia en menores precios contractuales pactados en el futuro.

d) La condición de inflexibilidad no regula al mercado permanentemente

138. La aplicación de la condición de inflexibilidad contenida en la NT GNL es excepcional por los requisitos por los cuales aplica, no siendo, por tanto, un acto que esté destinado a ejecutarse permanentemente en el tiempo.

139. En efecto, la condición de inflexibilidad: (i) No aplica a todo el GNL, sino únicamente al que se encuentra por debajo a una determinada cota (la **cota superior de GNL**); (ii) Respecto del GNL que está por debajo de dicha cota, solo aplica cuando no pueda ser destinado a un uso distinto de la generación del SEN y que sea utilizado en Unidades GNL de Empresas Generadoras GNL que tengan suministro de GNL sustentado en acuerdos de suministro cuya duración sea superior a un año; y (iii) deben cumplirse las demás condiciones que establece el Capítulo 5 de la NT GNL.

e) Extemporaneidad y pérdida de oportunidad de la Medida Precautoria

140. El H. Tribunal también debe considerar que la condición de inflexibilidad se encontraba establecida ya en la NT GNL del año 2016, que fue aprobada mediante la Resolución Exenta N° 638, de 29 de agosto de 2016. Dicha NT GNL, desde su primera versión de 2016, ha sufrido a la fecha dos modificaciones. Una primera modificación mediante la Resolución Exenta N° 376, de 21 de junio de 2019, y una segunda modificación mediante la Resolución Exenta N° 411, de 13 de octubre de 2021. En ambas, como lo admiten las solicitantes, se mantuvo la cuestionada condición de inflexibilidad.

141. De este modo, llama la atención que las demandantes recién ahora, luego de más de 5 años desde que se consagró la condición de inflexibilidad en el SEN, hayan decidido iniciar un procedimiento contencioso para alegar supuestos efectos contrarios a la Libre Competencia y busquen mediante la medida cautelar suspender los efectos de la referida condición, **pese a todo el tiempo que ya ha transcurrido.**

142. **Tanto la NT GNL como sus modificaciones han sido sometidas a un proceso público y participativo, en el cual las demandantes pudieron presentar sus alegaciones y observaciones,** en conformidad con el artículo 72-19 de la LGSE. De haber querido hacer valer las alegaciones que ahora presentan al H. TDLC, la oportunidad y sede para hacerlo hubiese sido esa, no ahora que la condición de inflexibilidad contenida en la NT GNL lleva en vigencia más de 5 años.

f) **La Medida Precautoria decretada no es idónea para precaver el supuesto peligro, ya que la CNE no es quien aplica la NT GNL**

143. Sin perjuicio de lo que se ha señalado anteriormente, debe considerarse que la Demanda –y con ella la medida cautelar solicitada– **se encuentra mal formulada**, pues quien lleva a cabo la coordinación de los generadores de energía eléctrica es el Coordinador, en conformidad con los arts. 72-1 y siguientes de la LGSE. En esta labor, el Coordinador debe ceñirse a lo establecido en las Normas Técnicas, incluida la NT GNL⁴⁸.

144. La CNE, como tal, solo tiene participación en la **dictación** de las referidas Normas Técnicas, no en la aplicación de éstas. Una vez que las dicta, **se agota el ejercicio de la potestad normativa que le fue conferida**, pues la CNE no aplica la norma ni fiscaliza su cumplimiento. Dicho en otros términos, su actuación se agotó con el ejercicio de la potestad normativa autónoma cuya expresión es la Norma Técnica.

145. Es por esta razón que la dictación de la NT GNL no es encuadrable en ninguno de los verbos rectores del art. 3° del DL 211: la CNE no “ejecuta” la NT –ya que se trata de un acto administrativo normativo, no de un acto administrativo de contenido particular–, ni menos la “celebra”, ya que dicha noción alude a actos jurídicos bilaterales. Un acto administrativo de contenido normativo se “dicta”, no se “ejecuta” ni se “celebra”. Y, en realidad, en este caso quien lo ejecuta es el CEN.

146. De este modo, dado que la CNE no puede “suspender” la aplicación de la condición de inflexibilidad contenida en la NT GNL, al no ser ella quien la aplica, no cabe sino reconocer que la medida, tal como ha sido solicitada, **no resulta posible de cumplir por la CNE**, ni producirá por sí misma efecto alguno respecto de los coordinados.

IV.5. Ausencia de proporcionalidad

⁴⁸ El mencionado artículo 72-1 indica que: “*Esta coordinación deberá efectuarse a través del Coordinador, de acuerdo a las normas técnicas que determinen la Comisión, la presente ley y la reglamentación pertinente*”.

147. En íntima relación con el hecho de que el H. TDLC no puede mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos, cabe señalar que el ejercicio de su potestad cautelar en autos ha buscado proteger –aparentemente—un único bien jurídico: la Libre Competencia.

148. El voto de mayoría omitió efectuar un análisis que considere aquellos bienes jurídicos que fundamentan el ejercicio de las atribuciones normativas de la CNE y la reglamentación sectorial, y que, por lo mismo, necesariamente deben ser ponderados al momento de afectar una norma como la NT GNL, al suspender la aplicación de la condición de inflexibilidad.

149. Como ya se dijo, el fundamento de la dictación de la NT GNL se encuentra en el artículo 6° del DL 2224 y en los principios de la coordinación de la operación, establecidos en el artículo 72-1 de la LGSE. La demanda, sin embargo, parte de la base de que la condición de inflexibilidad contenida en la NT GNL no tiene más objetivo que favorecer a algunos generadores en desmedro de otros, pasando completamente por alto el fundamento técnico de la referida inflexibilidad y el interés general que se busca tutelar: el hecho de que, sin ella, se aumenta el riesgo de desabastecimiento en el sistema eléctrico y, potencialmente, puede verse amenazada la operación más económica del sistema a mediano y largo plazo.

150. Lejos de ello, la Demanda está fundada en el exclusivo interés económico particular de las demandantes, quienes centran su petición en supuestas afectaciones que la condición de inflexibilidad tendría para su actividad económica. Pero pasan por alto que la NT GNL ha sido dictada teniendo en el ejercicio de una potestad pública y teniendo en vista objetivos de evidente interés general, que **priman por sobre los intereses particulares** que pueda tener uno u otro generador.

a) Identificación de los intereses en juego en el proceso judicial iniciado

151. Lo que está en juego al aplicar la medida precautoria solicitada por las demandantes es la **seguridad del suministro a la población**, no la rentabilidad ni la supervivencia de las empresas renovables, cuestión que no tiene que ver con órdenes de operación como la NT GNL sino con su propia planificación comercial, adoptada libremente.

152. El SEN se compone de cientos de centrales generadoras y líneas de transmisión, que se conectan a los centros poblados a través de instalaciones de distribución o con grandes clientes, por medio de sus líneas propias. Las centrales generadoras están dispersas por el territorio nacional y generan a partir de distintas fuentes (sol, viento, biomasa, agua que corre libre o embalsada, geotermia, carbón, gas, diésel), que difieren en su disponibilidad horaria o estacional y en su costo; a la vez que requieren de una coordinación precisa para permitir que a toda hora y en todos los

lugares del país se pueda recibir el suministro requerido instantáneamente. Asimismo, el sistema eléctrico solo puede estabilizarse cuando lo generado es igual (salvo un diferencial menor) a lo consumido, en cada momento.

153. La necesaria coordinación del funcionamiento de las centrales generadoras se hace más patente al considerar que, salvo a una escala muy menor, la electricidad no es almacenable. Lo único que puede almacenarse es la energía primaria a partir de la cual se genera electricidad: el agua embalsada, el carbón, el GNL y el diésel, siendo los embalses hidráulicos y los estanques de GNL los que tienen mayores limitaciones de capacidad.

154. Para dirigir la delicada función de coordinación, que cumple el Coordinador, la LGSE dispone en su artículo 72-1 los principios de la coordinación ya señalados *supra*. Es decir, lo esencial para el legislador en la coordinación del sistema no es asegurar el precio más alto, que beneficie a generadores excedentarios, como las demandantes, **sino que asegurar el suministro continuo y seguro a la población, al mínimo costo mediante un uso eficiente de los recursos de generación disponibles.**

155. Es por esta razón que el Reglamento de Coordinación considera la existencia de “energía gestionable” –como claramente lo es el GNL– y su utilización mediante la asignación de un costo de oportunidad, conforme la Norma Técnica aplicable⁴⁹. En el mismo sentido, la seguridad de suministro y la operación a mínimo costo son precisamente los fines de la NT GNL, que contiene normas especiales para garantizar su cumplimiento.

156. Así, la NT GNL permite utilizar el GNL de la manera más conveniente **para el sistema** y generar los incentivos adecuados para su importación en cantidades estimadas suficientes y necesarias por un estudio anual del Coordinador, **no para beneficiar a las empresas que generan con GNL** –cuestión que para la CNE es irrelevante–, sino para permitir la disponibilidad permanente y a bajo costo de dicho insumo, para estabilizar el funcionamiento del sistema, en cuya composición participan crecientemente generadores renovables **de naturaleza intermitente.**

157. En forma adicional y para situaciones críticas de escasez de agua y de centrales de respaldo, como ocurrió en el mes de septiembre pasado, la NT GNL contiene disposiciones especiales que permiten hacer uso de gas adicional a aquel proyectado previamente como necesario para abastecer la demanda, aplicando a su despacho un costo de oportunidad que permita su utilización gradual en el tiempo, asegurando el suministro y el espacio de almacenamiento para los siguientes buques⁵⁰.

⁴⁹ Artículos 36 inciso segundo y 37 inciso primero.

⁵⁰ Artículo 5-2 en relación con el Artículo 5-13 de la NT GNL.

158. Así, si se impide finalmente por la vía de una medida precautoria aplicar consideraciones operacionales para disponer del gas necesario para el funcionamiento del sistema, ello podría implicar restricciones considerables en la capacidad de generación del sistema y provocar racionamientos, limitaciones o fallas en el suministro de electricidad a la población. Asimismo, atendidos los tiempos de suministro de GNL (varias semanas) y las limitaciones ya comentadas para su almacenamiento, las restricciones de suministro aludidas podrían tardar un tiempo considerable en ser subsanadas.

b) Grave desproporción de la medida: su implementación generará una gravísima alteración de la industria, con el potencial daño a consumidores finales

159. Tal como se ha comentado, la medida cautelar solicitada podría implicar graves problemas de disposición de GNL para generación eléctrica al desincentivar su importación y, a la vez, al imposibilitar la utilización de los suministros comprometidos que no puedan descargar, lo que supondrá un alza significativa del costo de generación del sistema, del precio *spot* de la energía y podría provocar un *blackout*, afectando en consecuencia la seguridad del sistema, por la cual debe velar la autoridad.

160. Todo esto, para proteger un supuesto derecho de las demandantes, que han tomado un alto riesgo comercial al vender su producción a un precio volátil e impredecible (precio *spot*), esperando recibir por su energía un precio alto y desadaptado, motivado en parte por la imposibilidad de tomar acciones de operación como las que habilita el Reglamento de Coordinación y la NT GNL para mantener la seguridad de suministro.

161. Es decir, mantener la medida cautelar solicitada significaría proteger intereses particulares, no contemplados por la normativa eléctrica, al tiempo que se pone en riesgo el suministro a la población, que es precisamente el fin central de la regulación sectorial, como lo indica claramente el artículo 72-1 de la LGSE.

162. Recordemos, como se ha señalado anteriormente, que actualmente se discute ante el Panel de Expertos sobre las facultades que tenía el Coordinador para gestionar el GNL *spot* a precio sombra en septiembre del presente año 2021, es decir, en forma previa a la dictación de la nueva versión de la NT GNL y durante un momento de estrés muy significativo del sistema. Esta disposición se adoptó como consecuencia del Decreto de Racionamiento dictado en agosto de este año por el Ministerio de Energía⁵¹.

⁵¹ Decreto Supremo N° 51 del Ministerio de Energía, de 16 de agosto de 2001, publicado en el Diario Oficial el día 18 del mismo mes y año.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PIDO: tener por presentada oposición de la Comisión Nacional de Energía a la Medida Precautoria, con citación, por resolución de 16 de diciembre de 2021, y con el mérito de los antecedentes de hecho, de derecho y económicos de esta presentación, alzarla, dejándola sin efecto y declarar en su lugar que se rechaza la solicitud del primer otrosí de fojas 34.

PRIMER OTROSÍ: En el improbable evento de que el H. Tribunal desestime los argumentos expuestos por la CNE en lo principal de esta presentación, dejando firme la Medida Precautoria dictada el 16 de diciembre de este año, solicito respetuosamente que ordene el pago de una caución sustantivamente superior al monto de veinte millones de pesos, inicialmente establecido, el cual estaría muy lejos de cubrir el gravoso costo diario que significa para nuestro sistema eléctrico dejar de aplicar la norma en cuestión.

Señala el inciso segundo del artículo 25 del DL 211, que *“El Tribunal, cuando lo estime necesario, podrá exigir la caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen”*.

No hay dudas de que el H. TDLC estimó necesaria la rendición de una caución, puesto que efectivamente así lo dispuso para efectos de la concesión de la medida. Sin embargo, la suma dista por mucho de la necesaria para responder de los perjuicios que se originen, según pasaremos a revisar a continuación.

Antes de entrar en el detalle de los montos, es necesario resaltar la importancia de rendir una garantía que sea suficiente para responder de los perjuicios que pudieran resultar de la concesión de la medida. En este sentido, la doctrina ha señalado que *“este concepto de suficiencia está en clara relación con la finalidad de la garantía: responder de la indemnización de daños y perjuicios que pueda causar la medida. Una valoración previa y ponderada del importe de éstos ha de servir de pauta para fijar la cuantía de la fianza”*⁵².

En este contexto, la suspensión de la aplicación de la NT GNL conlleva diferentes efectos, siendo los tres más evidentes: **(i)** una eventual alza en los costos marginales; **(ii)** un eventual mayor costo en la adquisición del combustible al generador con GNL; y, **(iii)** la eventual disminución del volumen de GNL en el mercado y con ello el riesgo de suministro eléctrico a la población en situaciones de vulnerabilidad del sistema.

⁵² MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2004): *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Página 263.

Respecto de los efectos indicados en los numerales (i) y (ii), se pueden entregar los siguientes órdenes de magnitud de costos para poner de manifiesto que la caución fijada por el H. Tribunal resulta absolutamente insuficiente para los efectos económicos que conlleva.

Así, por ejemplo, las centrales GNL que más habitualmente operan en “condición de inflexibilidad” son: (i) en la V Región, las de Nehuenco y San Isidro I/II; (ii) en la Región Metropolitana, la de Nueva Renca; y (iii) en el norte del país, la central Kelar y Tocopilla U16. Todas las mencionadas centrales GNL aportaron en su conjunto cerca del 12% promedio de la generación diaria⁵³ en 2021. Ese suministro valorizado a costo marginal promedio horario de 77,6 USD/MWh en la barra Quillota 220 KV, implica un monto de **USD 2.048.640 diarios**.

Desde otro punto de vista, en el mercado eléctrico se generan 220 GWh al día⁵⁴. Un alza de USD 1 de los costos marginales promedios implica un aumento en el costo de la energía transada de USD 220.000 diarios. La eliminación de la “condición de inflexibilidad” puede llevar a un alza entre 1,6 y 6 dólares⁵⁵ en el costo marginal promedio diario, lo que implica un efecto económico diario de **entre USD 352.000 y USD 1.320.000 diarios**.

Por otra parte, respecto al efecto indicado en el numeral (iii), está sujeto a las decisiones que adopten las empresas generadoras con GNL en cuanto a su percepción de los riesgos identificados en los numerales (i) y (ii), así como queda entregado a la disponibilidad de almacenamiento de los estanques de GNL según el momento y frecuencia del despacho de las centrales que funcionan con GNL. Por tal motivo son eventuales, pues dependen –además– de si los actores se encuentran deficitarios entre sus contratos y su generación. Si son deficitarios, tenderán a asumir mayores riesgos; en caso contrario, serán más adversos al riesgo. Si bien este riesgo es eventual, lo que sí es posible afirmar es que siempre, mirado en términos de seguridad y costos del sistema eléctrico, la existencia de un menor *stock* de combustibles es una situación indeseable para el sistema eléctrico, especialmente bajo la situación de escasez hídrica que Chile enfrenta actualmente, estando vigente el Decreto de Racionamiento dictado por el Ministerio de Energía.

De esta forma, durante julio y agosto de 2021, el sistema experimentó estrechez de disponibilidad de generación base debiendo recurrir a centrales con costos variables más elevados, promediando un costo marginal en la barra de Quillota 220 kV de 119 USD/MWh en julio y de 110 USD/MWh en agosto, debiendo recurrirse a la operación con centrales diésel como base⁵⁶. En particular, durante el 12 de agosto de 2021, las centrales diésel (últimas en el orden de mérito económico y, por tanto,

⁵³ Generación promedio diaria desde 1 de enero a 31 de octubre 2021 de 220 GWh.

⁵⁴ Dato correspondiente a promedio diario del año 2021.

⁵⁵ Basado en valores estimados por Hidromaule.

⁵⁶ Lo anterior, sin perjuicio de considerar que ante estrechez de disponibilidad de combustible, la llegada de barcos con GNL puede demorar varias semanas.

las que terminan sosteniendo el suministro) quedaron sin combustible, evidenciando las dificultades en la logística de la entrega de dicho suministro a las instalaciones del sistema cuando éste es requerido en un uso mayor al normal, obteniéndose costos marginales promedio horario de 161 USD/MWh en la barra de Quillota 220 kV.

En suma, si la falta de GNL –producto de la no aplicación de la NT GNL- implicase la no operación de cualquiera de las centrales a GNL antes señaladas, ello conllevaría un sobre costo al sistema y eventuales daños mayores derivados de restricciones de suministro a la población. Por ejemplo, en el año 2020 el promedio de generación diario del complejo San Isidro fue de 4.262 MWh (una de las centrales que menos generó durante el año del grupo mencionado), cerca de un 2% de la generación total promedio diaria del año. Si se reemplazara dicha generación por una central diésel, donde las más eficientes tienen un costo cercano a los 120 USD/MWh⁵⁷, muy por sobre los 60 USD/MWh del costo de la central San Isidro operando con GNL, se calcularía un sobre precio de ascendente a aproximadamente **USD 250.000 diarios** en los costos de operación del sistema.

Si, a mayor abundamiento, se calculara el efecto en los costos marginales del sistema, el aumento de aquello implicaría la suma de entre USD 600.000 y **USD 1.560.000 diarios**.

H. Tribunal, bajo cualquier criterio de efectos que se mire la suspensión de la aplicación de la normativa en cuestión, estamos frente a un costo diario para el sistema eléctrico nacional que promedia **más de USD 1.000.000 al día**, lejos de la suma establecida para rendir caución por la medida concedida. Lo anterior sin siquiera considerar en este análisis el efecto económico de restricciones de suministro a la población.

Cabe preguntarse entonces, tal como se ha señalado en lo principal de esta presentación, no solo si estamos frente a una medida proporcional, sino que también si la caución rendida es suficiente para solventar los eventuales perjuicios que se ocasionarían al SEN.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PIDO: Que, en subsidio de la solicitud principal, ordene el pago de una caución sustantivamente superior al monto de veinte millones de pesos, inicialmente establecido, para efectos de cubrir el gravoso costo diario que significa para nuestro sistema eléctrico dejar de aplicar la norma en cuestión.

⁵⁷ Basado en Costos Variables correspondientes el mes de agosto 2021.

SEGUNDO OTROSÍ: AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PIDO, se sirva tener presente que mi personería para representar la Comisión Nacional de Energía consta en el Decreto Supremo N° 23 del Ministerio de Energía de fecha 20 de agosto de 2018, publicado en el Diario Oficial con fecha 20 de diciembre de 2018, cuya copia acompaño en este acto, con citación.

TERCER OTROSÍ: AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PIDO, se sirva tener presente que confiero patrocinio y poder a los abogados don José Tomás Errázuriz Grez, don Luis Eduardo Toro Bossay y don Francisco Bórquez Electorat, todos habilitados para el ejercicio de la profesión, domiciliados en Avenida Isidora Goyenechea 2939, piso 5, Las Condes, Santiago, quienes podrán actuar en forma conjunta o separada, indistintamente, y que firman en señal de aceptación, que consta en la escritura pública de fecha 27 de diciembre de 2021, otorgada en la Notaría Pública de Santiago de don Juan Ricardo San Martín Urrejola, cuya copia acompaño en este acto, con citación.

Firmado digitalmente por JOSE
AGUSTIN ALBERTO VENEGAS
MALUENDA
Nombre de reconocimiento (DN):
c=CL, title=NO APLICA, cn=JOSE
AGUSTIN ALBERTO VENEGAS
MALUENDA,
email=jvenegas@cne.cl,
serialNumber=7893919-2
Fecha: 2021.12.27 19:08:20 -03'00'

José Tomás
Errázuriz
Grez

Digitally signed
by José Tomás
Errázuriz Grez
Date: 2021.12.27
19:25:54 -03'00'

Luis
Eduardo
Toro
Bossay

Digitally signed
by Luis Eduardo
Toro Bossay
Date:
2021.12.27
19:17:09 -03'00'

Francisco
Javier
Bórquez
Electorat

Digitally signed
by Francisco
Javier Bórquez
Electorat
Date:
2021.12.27
19:11:44 -03'00'