

COORDINACIÓN REGULATORIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO CHILENO Y FUNCIÓN DE MONITOREO DE LA COMPETENCIA

Andrea Von Chrismar Medina

Coordinación regulatoria en el sector eléctrico chileno y función de monitoreo de la competencia¹

Junio 2023



Andrea Von Chrismar Medina

Abogada de la Universidad Adolfo Ibáñez; Máster en Ciencias de la Regulación por la London School of Economics and Political Science y Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Adolfo Ibáñez. Directora Regulación y Competencia en Prieto Abogados.

Abstract: Este artículo aborda el diseño institucional y la interacción entre la Fiscalía Nacional Económica, el Coordinador Eléctrico Nacional, la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles durante los últimos cuatro años, de manera de ver la incidencia (o falta de ella) de la función de monitoreo de la competencia del Coordinador Eléctrico Nacional en los niveles de coordinación regulatoria en el ámbito eléctrico. El artículo analiza distintos casos en concreto, y concluye que la mayoría de las acciones de monitoreo de la competencia del Coordinador terminan no siendo derivadas a la FNE ni a otras entidades; y que no necesariamente la existencia de una función de monitoreo de la competencia implicaría un mayor nivel de coordinación regulatoria con la agencia de competencia, al comparar el ámbito eléctrico con otros sectores regulados en donde no existe esa función expresamente.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, en primer lugar, desarrolla un marco teórico acerca de la naturaleza de las *agencias regulatorias independientes* y la necesidad de coordinación entre éstas, especialmente, tratándose de industrias en las cuales conviven los regímenes regulatorios sectoriales y el derecho de la libre competencia. Este es precisamente el caso del sector eléctrico.

En segundo lugar, describe y analiza la naturaleza de la función de monitoreo de la competencia otorgada al Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (“Coordinador” o “CEN”), y cómo ésta configura un caso especial dentro del diseño institucional de protección y promoción de la libre competencia en Chile, conforme a lo que la doctrina ha definido como *coordinación regulatoria*.²

En tercer lugar, el artículo identifica distintos casos en donde la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y el CEN han resuelto remitir los antecedentes o formular recomendaciones relacionadas al ámbito de la libre competencia a agencias del ámbito eléctrico, tales como la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“SEC”) y la Comisión Nacional de Energía (“CNE”); y un caso en donde el Coordinador ha remitido antecedentes a la FNE por considerar que existían indicios de conductas anticompetitivas (los que finalmente fueron archivados). A partir de estos casos, se intenta describir el diseño institucional y su funcionamiento durante los últimos cuatro años, con el fin de evaluar la incidencia (o falta de ella) de la función del monitoreo de la competencia del CEN en los niveles de coordinación regulatoria con la agencia de competencia en el ámbito eléctrico.

¹ La autora ha participado como abogada asesorando a distintas empresas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Fiscalía Nacional Económica, el Coordinador Eléctrico Nacional, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y la Comisión Nacional de Energía.

² Baldwin, R., Cave, M. and Lodge, M. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. Oxford University Press, Oxford (2012), pp.356-369; y Christel Koop y Martin Lodge “Exploring the co-ordination of economic regulation”, *Journal of European Public Policy*, 21:9, 1311-1329, (2014).

Luego, en base a información obtenida de las actas del Consejo Directivo del CEN y de datos acerca del número de casos y oficios intercambiados entre la FNE y el CEN, el artículo concluye que: **(i)** la mayoría de las acciones de monitoreo de la competencia realizadas por el Coordinador, durante los primeros tres años de ejercicio de la función de monitoreo, terminaron no siendo derivadas a la FNE ni a otras entidades; y **(ii)** que no necesariamente la existencia de una función de monitoreo de la competencia implicaría un mayor nivel de coordinación regulatoria con la agencia de competencia -en este caso la FNE- al comparar el ámbito eléctrico con otros sectores regulados en donde no existe esa función expresamente. No obstante, se sugiere que el CEN -atendida su función de monitoreo de la competencia y el nivel de información de las empresas coordinadas al que accede en ejercicio de sus funciones- en todo caso, debiese ser considerado como un denunciante o tercero cualificado o con un especial interés en sede de competencia en materia eléctrica.

II. COORDINACIÓN REGULATORIA ENTRE AGENCIAS Y FUNCIÓN DE MONITOREO DE LA COMPETENCIA DEL CEN

A continuación, **(a)** se explicarán algunas nociones generales acerca de las agencias regulatorias y su configuración institucional en términos de independencia y carácter técnico, **(b)** se señalará la relevancia de promover una coordinación entre el actuar de las agencias sectoriales y las autoridades de competencia, en atención a la concurrencia de regímenes, y **(c)** se expondrán algunos casos de interacción entre autoridades sectoriales en materia eléctrica y la FNE, en su calidad de agencia de competencia.

2.a. Nociones generales acerca de las agencias regulatorias

En términos generales, es posible identificar al menos dos instrumentos para promover la competencia en industrias que cuentan con características determinadas: por un lado, las leyes de defensa de la libre competencia; y por otro lado, la regulación sectorial aplicable a una actividad económica en particular.

Estos dos tipos de normativa -regulación y competencia- conviven y se complementan en distintas industrias sometidas a una regulación concreta.³ Para ello, en términos generales, y con el surgimiento de lo que se conoce en doctrina como el *Estado Regulador*,⁴ estas industrias serán supervisadas por entidades con ciertos niveles de independencia y autonomía respecto del gobierno central y de las propias firmas sujetas a la regulación,⁵ denominadas *Agencias Regulatorias Independientes* ("ARI").

En ese contexto, la teoría explica que la creación de las ARI proliferó como fenómeno junto con la liberalización de ciertas industrias y privatización de empresas.⁶ Las ARI pasaron a estar encargadas de dictar cierta regulación para las industrias, con miras a alcanzar objetivos de política pública y con un enfoque técnico, objetivo y de largo plazo, para luego fiscalizar el cumplimiento de dicha regulación por parte de las firmas. Así, el concepto de regulación económica surge para señalar el tránsito desde un Estado que se encargaba de

3 Al respecto, ver notas de CeCo "[OCDE: Interacciones entre las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales](#)"; "[OCDE: Aplicación del derecho de competencia y alternativas regulatorias](#)".

4 Giandomenico Majone "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance", *Journal of Public Policy*, 17:2, 139-167 (1997).

5 Fabrizio Gilardi "The formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 countries and 7 sectors", *Swiss Political Science Review*, 11:4, 139-167 (2005).

6 Giandomenico Majone "Paradoxes of privatization and deregulation", *Journal of European Public Policy*, 1:1, 1350-1763 (1994).

proveer servicios públicos de manera directa hacia uno que regulará el mercado, por medio de instituciones no mayoritarias (o también denominadas “tecnocráticas”).⁷

Sin perjuicio del desafío que supone analizar el modelo de superintendencias implementado en Chile bajo el concepto de las ARI, para los efectos de este artículo, atenderemos a una noción amplia de ARI, entendiendo que comprende a entidades encargadas de administrar, implementar, hacer cumplir e incluso dictar ciertas reglas que regulan a un sector específico o actividad económica, con ciertos grados de independencia formal del gobierno central.⁸ Esto último sería lo que caracteriza a las ARI, en el entendido que a estas agencias se le delega poder para regular una materia en particular,⁹ pero de manera independiente y libre de las presiones de la política contingente, otorgándoseles las herramientas necesarias para tomar decisiones de manera objetiva (por ejemplo, mediante presupuesto propio, su designación por medio de procesos de selección de altos directivos públicos, inamovibilidades, entre otras).¹⁰

Dependiendo del caso concreto y de las facultades que se entreguen a las referidas agencias regulatorias, estas derechamente podrían imponer sanciones ante incumplimientos, o bien, iniciar acciones ante tribunales ordinarios o especiales, con el objeto que sean éstos últimos quienes impongan sanciones a las firmas que hayan incumplido la regulación.¹¹⁻¹²

Considerando la realidad del derecho administrativo en Chile, el concepto amplio de ARI podría ser aplicable, por ejemplo, a las superintendencias y a un número importante de organismos con un diseño institucional similar y que también actúan en el ámbito de la regulación económica (p. ej., Comisión del Mercado Financiero).¹³ De esta forma, para efectos de este trabajo, podemos catalogar a la FNE, la CNE y la SEC como ARI bajo esta noción amplia.

Ahora bien, el CEN es el operador independiente del sistema eléctrico y no un regulador propiamente tal. Sin embargo, cuenta con características comunes a las ARI, considerando el grado de autonomía e independencia que éste tiene respecto del gobierno central (y de la política contingente en general), sumado al catálogo de funciones públicas que le otorga la ley.

Si bien el CEN no forma parte de la Administración del Estado (a diferencia de la FNE, la CNE y la SEC),¹⁴ sólo para efectos de este artículo será homologado a una ARI, con el objeto de: **(i)** analizar la coordinación del CEN con la FNE; **(ii)** contrastar esa coordinación con la que se da por parte de la agencia de competencia

7 Diego Pardow “¿Técnicos o políticos? Radiografía del sistema de nombramiento de directivos en agencias regulatorias independientes” *Revista Chilena Derecho* (Santiago) vol. 45, N°3, pp. 745-769 (2018).

8 Mark Thatcher y Alec Stone Sweet “Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions”, *West European Politics*, Vol. 25, N°1, pp. 1-22 (2002).

9 Diego Pardow “¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes” *Revista de Derecho* (Valdivia) vol. 31, N°2, pp. 193-209 (2018).

10 Mark Thatcher “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”, *West European Politics*, 25:1, 125-147 (2002).

11 Ídem.

12 Martino Maggeti “The role of independent regulatory agencies in policy-making: a comparative analysis”, *Journal of European Public Policy*, 16:3, 450-470 (2009).

13 Diego Pardow “¿Técnicos o políticos? Radiografía del sistema de nombramiento de directivos en agencias regulatorias independientes” *Revista Chilena Derecho* (Santiago) vol. 45, N°3, pp. 745-769 (2018).

14 Esto tiene implica, entre otras cosas, en que la coordinación regulatoria introducida por la Ley 21.000 a la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo en el artículo 37 bis no aplica al Coordinador, pero sí a la FNE, la SEC y la CNE.

respecto de otras ARI en el ámbito eléctrico como la CNE y la SEC, y (iii) evaluar si existe o no incidencia en los niveles de coordinación entre agencias al contrastar con otras ARI en industrias reguladas distintas de la eléctrica, en donde no existe una expresa función de monitoreo de la competencia.

2.b. La necesidad de coordinación entre agencias regulatorias y la aplicación del DL 211 al sector eléctrico

En términos de diseño institucional, cada vez es más común la necesidad de coordinación entre las distintas agencias regulatorias -independientes entre sí- para hacer frente a la aplicación de reglas propias del derecho de la competencia. En efecto, estas reglas son de aplicación general y, por ende, también rigen respecto a las firmas que se encuentran, además, sometidas a una regulación sectorial particular.

A nivel comparado, esta concurrencia de regímenes (i.e., derecho de la competencia y regulación sectorial) ha motivado la dictación de distintas normativas y guías, orientadas a distinguir los ámbitos de competencia de las agencias regulatorias involucradas y promover la coordinación entre éstas.¹⁵⁻¹⁶

En nuestro país, la aplicación de la normativa de libre competencia a industrias reguladas, no obstante existir una regulación sectorial particular, ha sido extensamente reconocida por la jurisprudencia. El TDLC es competente para conocer conflictos surgidos en mercados regulados en la medida que impliquen una infracción a la normativa en materia de libre competencia, establecida principalmente en el Decreto Ley N° 211 (“DL 211”).¹⁷⁻¹⁸

Además, las ARI también pueden ser sujeto activo de una infracción anticompetitiva con ocasión del ejercicio de sus potestades públicas. En la misma línea, la doctrina ha señalado que existe un mandato aplicable a los organismos públicos para que en su actuar no afecten la libre competencia en los mercados, ni estructuralmente ni en lo referido a los comportamientos generados en los agentes económicos.¹⁹

La convivencia entre normativa y regulación sectorial, por un lado, y las normas propias del derecho de la libre competencia, por el otro, resulta evidente en relación al sector eléctrico. En efecto, al observar varias de las disposiciones de la Ley General de Servicios Eléctricos²⁰ (“LGSE”), es posible identificar reglas que

15 Por ejemplo, en el Reino Unido existen una serie de instrumentos que establecen de qué forma los reguladores sectoriales pueden ejercer sus funciones fiscalizadoras en materia de libre competencia. Así, por ejemplo, en el ámbito financiero a partir de la reforma bancaria vigente desde el año 2013, la *Financial Conduct Authority* adquirió facultades para fiscalizar incumplimientos a la legislación de competencia tratándose de acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, así como realizar estudios de mercado. Asimismo, a nivel de la OECD el desafío que representa la coordinación entre autoridades de competencia y reguladores sectoriales se ha abordado desde hace más de veinte años. Véase <https://www.oecd.org/daf/competition/1920556.pdf>

16 Como sugiere Manríquez: “Mientras que las normas de competencia tienen aplicación ex post en caso de infracciones –exceptuando el control de operaciones de concentración–, la regulación sectorial pretende minimizar los riesgos, asegurando un diseño que proteja el desempeño competitivo del mercado”. Gabriela Manríquez, “Desafíos de la Regulación Eléctrica: Cambios Tecnológicos, Competencia y Monopolios Naturales”, *Investigaciones CeCo* (enero, 2021), p. 3, ver [aquí](#).

17 DFL N°1 que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973.

18 A modo de ejemplo, ver resolución dictada el 29 de septiembre de 2021, en la causa rol C-423-2021 (“*Que dichas conductas estén sometidas a regulación sectorial cuya fiscalización corresponde a una entidad específica (en este caso la SSIS) no obsta a que su ocurrencia pueda dar lugar a infracciones al D.L. N° 211 y, por ende, que puedan ser conocidas por esta magistratura, quien ha conocido acusaciones de este tipo en numerosas oportunidades (...)*”). Disponible en: <https://consultas.tdlc.cl/download/ce6b4a8a9a5ee54632612ef4983b9383?inlineifpossible=true>

19 En concreto, la jurisprudencia del TDLC es clara en reconocer que el legislador atribuyó competencia al TDLC para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia, esto es, cualquier hecho, acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca o tienda a producir dichos efectos, sin que se prevean excepciones o limitaciones. Al respecto, véase Resolución de 31 de marzo dictada en Rol C 417-2021, citando las resoluciones de 26 de abril de 2016, dictada en el Rol C 305-16; de 27 de septiembre de 2012, dictada en el Rol C 242-12; de 12 de abril de 2012, dictada en el Rol C 239-12; de 9 de junio de 2011, dictada en el Rol C 219-11; y de 19 de octubre de 2010, dictada en el Rol C 206-10, todas del TDLC.

-sin duda- guardan relación con aspectos de competencia, sin perjuicio de encontrarse establecidas en la normativa con alcance especialmente sectorial.

Si bien la legislación vigente otorga facultades al Coordinador referidas al monitoreo de la competencia en el sector eléctrico, no debe entenderse que dicha función implique una modificación en el diseño institucional en materia de libre competencia, conformado principalmente por un tribunal especializado que puede imponer medidas y sanciones como es el caso del TDLC y una agencia investigadora como la FNE.

Ahora bien, podría plantearse la duda acerca de si es o no relevante que exista un mecanismo para la coordinación entre el CEN y las autoridades sectoriales en materia eléctrica, como la CNE y la SEC, o la FNE como agencia de libre competencia. A juicio de la autora, es necesario que exista un mecanismo de coordinación regulatoria, de manera de evitar decisiones inconsistentes, pronunciamientos incompletos; o incluso falta de certeza por parte de los actores de la industria eléctrica acerca de ciertos temas atendido el no pronunciamiento de las distintas agencias, por falta de coordinación.

2.c. Experiencia reciente en la interacción entre agencias sectoriales y de libre competencia en materia eléctrica

Para entender los desafíos que presenta el diseño institucional actualmente existente y la coordinación regulatoria en materia eléctrica, es necesario identificar las distintas áreas en las cuales podría llegar a existir espacio para intersecciones o concurrencia de atribuciones entre las autoridades de libre competencia y las autoridades sectoriales.

Estos traslapes, aun cuando sean aparentes, pueden generar discrepancias o inconsistencias entre lo que resuelva una autoridad y otra, respecto de un mismo ámbito, o también dar lugar a pronunciamientos fraccionados o incompletos, o a la falta de pronunciamientos por parte de las autoridades.²¹

Existen en la normativa sectorial del mercado eléctrico una serie de reglas con una lógica propia del derecho de la libre competencia detrás de ellas. En términos teóricos, en esos casos, puede existir un espacio de intersección -real o aparente- de funciones fiscalizadoras, lo que podría generar los problemas de inconsistencias, decisiones incompletas o falta de pronunciamiento por parte de las agencias regulatorias.²²

A continuación se detallan algunos casos recientes en donde han existido interacciones entre la FNE, la SEC, la CNE y la Unidad de Monitoreo ("UMC") del CEN.

- **FNE y la remisión de antecedentes a la SEC**

Con ocasión de investigaciones de la FNE en casos de notificaciones de operaciones de concentración de acuerdo al Título IV De las Operaciones de Concentración, del DL 211, la agencia de competencia resolvió remitir los antecedentes a la SEC, para efectos de la aplicación del artículo 7 de la LGSE. Esta disposición de la LGSE contiene una serie de limitaciones y prohibiciones a la integración vertical entre las empresas que operan en los segmentos de generación, transmisión y distribución.

20 Decreto con Fuerza de Ley N°4, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica.

21 Christel Koop y Martin Lodge "Exploring the co-ordination of economic regulation", *Journal of European Public Policy*, 21:9, 1311-1329, (2014).

22 Ídem.

Uno de los casos se dio con ocasión de un informe de aprobación de la adquisición de control por parte de State Grid International Development Limited en Compañía General de Electricidad S.A., conforme al cual la FNE concluyó que era procedente remitir los antecedentes a la SEC para que, *“dentro de la esfera de sus competencias, ésta pueda determinar si la Operación podría dar lugar a eventuales infracciones al artículo 7 de la LGSE”*.²³ En concreto, la FNE, si bien advirtió de una serie de relaciones entre los segmentos de generación y transmisión derivados de la operación, no se pronunció al respecto, *“atendido que el control de operaciones de concentración está establecido para evaluar si una operación genera o altera en forma sustancial los incentivos y habilidad de las partes que se concentran para afectar variables de competencia en perjuicio de los consumidores”*.²⁴⁻²⁵

Otro caso se dio con ocasión de la aprobación en forma pura y simple de la operación consistente en la adquisición por parte de STM de Enel Transmisión. En esa oportunidad, la FNE resolvió oficiar a la SEC *“con el objeto de que sea la autoridad competente la que determine el cumplimiento del artículo 7 de la LGSE, si procediere”*²⁶.

Otro caso, no vinculado a operaciones de concentración, se refería a una denuncia presentada -justamente- por el la UMC del CEN, por medio de un informe en el cual analizó ciertos antecedentes y consideró que *“darían cuenta o suministrarían indicios suficientes de la existencia de un hecho o acto que podría ser anticompetitivo”* por parte de la central Guacolda. En ese caso, la FNE resolvió archivar la denuncia, sin perjuicio de oficiar a la SEC, por estimar que las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de dicho órgano sectorial la convertían en *“la entidad mejor habilitada”* para evaluar la conducta de la firma respecto de las declaraciones de sus costos²⁷.

- **UMC del CEN y recomendaciones a la CNE**

Un ejemplo de recomendación otorgada por el CEN a la CNE es el Informe Monitoreo de la Competencia en el mercado eléctrico 2021,²⁸ en donde el primero recomendó a la segunda, entre otras cosas, que: **(i)** incorporara los criterios establecidos por la FNE en sus guías, a fin de identificar posibles efectos negativos sobre la competencia, y **(ii)** evitara una sobrerregulación por medio de normas técnicas, para dejar espacio para los procedimientos internos del CEN en materias específicas relativas a la operación del sistema.²⁹

- **UMC del CEN y recomendaciones a la SEC**

En el mismo Informe Monitoreo de la Competencia en el mercado eléctrico 2021, la UMC del CEN señaló, respecto de la SEC, que era necesario un mayor esfuerzo de fiscalización por su parte, a fin de alinear los incentivos de las empresas y reforzar la obligación de entregar la información en los términos requeridos por el Coordinador y en conformidad con lo establecido en la normativa respectiva. Esto, ya que, a juicio

23 Informe F 255-2020, párrafo 177.

24 Informe de Aprobación de fecha 31 de marzo de 2021, Rol F 255-2020 FNE “adquisición de control por parte de State Grid International Development Limited en NII Agencia en Compañía General de Electricidad S.A. y otros”, ver [aquí](#).

25 Al respecto, ver nota de CeCo: [“Competencia y Regulación Eléctrica: ¿un problema de fronteras?”](#).

26 Resolución de aprobación de fecha 21 de octubre de 2022, Rol F 325-2022. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/10/aprob54a_F325_2022.pdf

27 Minuta de Archivo de fecha 15 de julio de 2020, Rol 2591-19 FNE “Denuncia sobre alteración de precios en el mercado de generación eléctrica”. Al respecto, ver nota CeCo [“Caso Guacolda: ¿Excesiva deferencia de la FNE al sector eléctrico?”](#).

28 Informe Monitoreo de la Competencia en el Mercado Eléctrico, UMC año 2021, publicado en abril 2022. Disponible en: <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2022/04/INFORME-Monitoreo-CEN-2021.pdf>

29 Informe Monitoreo de la Competencia en el Mercado Eléctrico, UMC año 2021, p. 69.

del CEN, existirían inconsistencias y falta de completitud en el contenido de datos que deben entregar los coordinados. El CEN formuló esta solicitud, en base a la consideración de que los mercados de electricidad son particularmente propensos a la explotación del poder de mercado, ya sea de forma individual o conjunta; por lo que la disponibilidad de información resultaría crucial para el desarrollo competitivo. Así, la disponibilidad oportuna, completa y fiable de datos, que ayuden a comprender el funcionamiento del mercado, es necesaria para disminuir las asimetrías de información que pudiesen conferir poder de mercado a algún agente.³⁰

Ahora bien, cabe notar que las recomendaciones contenidas en el Informe Monitoreo de la Competencia de la UMC del CEN se habrían limitado a lo ya señalado, sin que exista información pública acerca de si dichas recomendaciones dieron lugar a una coordinación más directa entre las distintas entidades y/o a una respuesta formal por parte de la agencia destinataria.

- **UMC del CEN y remisión de antecedentes a la FNE**

A partir de la revisión de las actas del Consejo Directivo del CEN, es posible observar que en abril de 2019, el jefe de la UMC expuso sobre el caso 05-2019, recomendando remitir los antecedentes de este caso a la FNE. El Consejo Directivo del CEN aprobó por unanimidad remitir los antecedentes, en conformidad al numeral 30 del Procedimiento UMC.³¹ Esa decisión, dio origen al Informe N°1 de la UMC, enviado a la FNE el 8 de abril de 2019, en donde el CEN señaló que, a su juicio, existirían indicios suficientes de la existencia de un hecho o acto que podría ser anticompetitivo y que habría sido realizado por uno de los agentes coordinados del Sistema Eléctrico Nacional ("SEN").

En concreto, el caso fue analizado por la FNE bajo el Rol 2591-19, referido a hechos relacionados con la central Guacolda y, en particular, a la determinación del valor para el servicio de descarga de muelle para el insumo carbón.

El 13 de mayo de 2019, es decir, transcurrido poco menos de un mes de recibidos los antecedentes, la FNE comunicó al CEN, mediante Oficio 258, que no iniciaría una investigación respecto de los hechos contenidos en el Informe N°1. Lo anterior, toda vez que para tales efectos, la FNE consideraba necesario que, previamente, la entidad sectorial pertinente, ya fuese el CEN, la SEC o el Panel de Expertos, cada uno en el marco de sus atribuciones, determinara el costo que Guacolda debió haber declarado para el servicio de descarga en muelle del insumo carbón.

El 18 de octubre de 2019, el CEN remitió a la FNE el Informe N°2, con nuevos antecedentes y análisis adicionales, en donde además hizo referencia a la decisión adoptada por el Panel de Expertos en el Dictamen N°8-2019, que ratificó la decisión del Coordinador de instruir a Guacolda a declarar un costo de 2,2 USD/t por concepto de descarga en muelle del insumo carbón, en lugar de los 7,71 USD/t declarados originalmente por la central. El Informe N°2 también actualizaba la valorización de los efectos que habría tenido la conducta de Guacolda en el SEN, utilizando para ello el costo del servicio de descarga en muelle para el insumo carbón determinado por el Panel de Expertos.

La FNE decidió no instruir una investigación y archivó los antecedentes en julio del año 2020. Esto implicó el archivo de los antecedentes y la no apertura de una investigación al respecto. En la decisión de archivo tampoco se hace referencia a antecedentes aportados por terceros distintos del CEN, por lo que es posible

30 Ídem.

31 Conforme al acta de la Sesión Ordinaria N° 4 de 2019 de 8 de abril de 2019.

que la FNE haya archivado la denuncia sin haber realizado diligencias conforme al artículo 41 del DL 211.

No obstante, como ya se señaló anteriormente, la FNE resolvió remitir los antecedentes del caso a la SEC.³²

III. LA UNIDAD DE MONITOREO DE LA COMPETENCIA DEL COORDINADOR

La distinción entre la normativa de libre competencia y la normativa sectorial y la entrega de competencias a autoridades diversas ha sido muy marcada y evidente en nuestro diseño institucional de agencias en materia eléctrica. No obstante, en el año 2016, con ocasión de la dictación de la Ley 20.936 (“Ley de Transmisión”), se creó el CEN y se le otorgó, dentro de una serie de facultades, la del monitorear las condiciones de competencia del mercado, conforme al artículo 72-10 de la LGSE.

De acuerdo a la LGSE, el CEN es una corporación autónoma de derecho público, sin fines de lucro, con patrimonio propio y de duración indefinida, constituyéndose como un organismo de carácter técnico e independiente. Cuenta con un diseño institucional establecido en la referida ley y en una serie de reglamentos dictados para esos efectos, conforme a los cuales -además- puede establecer procedimientos internos en distintas materias.

Una vez que se conformó el SEN, el Coordinador vino a reemplazar a los antiguos centros de despacho económico de carga (conocidos como “CDEC”), que existían respecto del sistema del norte grande (el antiguo “SING”) y del sistema interconectado central (anteriormente “SIC”). En ese rol, el Coordinador cumple las funciones propias de un operador del sistema eléctrico, esto es, velar por la operación económica, eficiente y segura de las instalaciones, así como de garantizar el acceso abierto a los sistemas de transmisión (estos son los denominados “principios de la coordinación del sistema”, señalados en el artículo 72-1 de la LGSE).

Así, conforme al artículo 72-10 de la LGSE, el CEN monitoreará permanentemente las condiciones de competencia existentes en el mercado eléctrico, con el objetivo de garantizar los principios de la coordinación del sistema. En caso de detectar indicios de actuaciones que podrían llegar a ser constitutivas de atentados contra la libre competencia de acuerdo al DL 211, el CEN debe ponerlas en conocimiento de la FNE o de las autoridades que corresponda (por ejemplo, del TDLC).

De este modo, la LGSE encomienda al Coordinador la función de monitorear las condiciones de competencia del mercado eléctrico, lo que ocurre desde el 1 de julio del año 2018,³³ quedando en una posición *in vigilando*, que es crítica y particularmente calificada.³⁴ Ahora bien, en la práctica, el CEN inició su función de monitoreo de la competencia en julio de 2019, por medio de la UMC, que es una unidad especializada dependiente directamente del Consejo Directivo del CEN.³⁵

32 Minuta de Archivo de fecha 15 de julio de 2020, Rol 2591-19 FNE “Denuncia sobre alteración de precios en el mercado de generación eléctrica”.

33 Según lo dispuesto por la disposición primera transitoria de la Ley N°20.936.

34 Jorge Quintanilla, “El Coordinador Independiente y su función de monitoreo de las condiciones de competencia en el mercado eléctrico”, en *Actas de Derecho de Energía*, Número 6, (2016) p. 89.

35 Acta de Sesión Extraordinaria del Consejo N° 6/2018.

Conforme a lo anterior, el Coordinador no conduce investigaciones. Tampoco cuenta con facultades especiales respecto de conductas que pudiesen ser calificadas bajo el artículo 3 inciso primero letra a) del DL 211 (acuerdos o prácticas concertadas entre competidores), a diferencia de la FNE. En este sentido, la facultad de monitoreo pareciera estar justificada más bien en razones de *"eficiencia, focalización y reducción de costos en la obtención de la información"*.³⁶⁻³⁷

Para cumplir esa función, el CEN cuenta desde junio de 2018, con el Procedimiento Interno para el Ejercicio de la Función de Monitoreo de la Competencia del Coordinador Eléctrico Nacional, ("Procedimiento UMC"), referido a los criterios que aplicará para cumplir la función de monitorear la competencia en el mercado eléctrico chileno, de forma clara y transparente.³⁸

Las labores de la UMC, de acuerdo al Procedimiento UMC, incluyen: **(i)** actividades relacionadas a la estructura de mercado y al desempeño económico de los agentes del sector eléctrico, **(ii)** información de los insumos necesarios para la generación eléctrica, **(iii)** información de parámetros técnicos y cualquier otra información técnica del sector eléctrico, **(iv)** la operación en tiempo real y la interacción entre los diversos agentes del sector eléctrico, y, **(v)** el análisis de los procesos licitatorios o de subastas que lleve a cabo el Coordinador, entre otros.

Para ello, la UMC puede realizar el análisis, estudio y procesamiento de la información que los coordinados deben poner a disposición del CEN de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 72-2° y 72-8° de la LGSE, y también por medio de la solicitud de antecedentes específicos a los agentes del sector eléctrico y otros que estime necesarios. El Procedimiento UMC, además, establece que la UMC deberá tener en todo momento acceso y disponibilidad expedita a la información y antecedentes que se generen en el CEN o que se encuentren a su disposición.

Los coordinados tienen la obligación de entregar los antecedentes solicitados por el CEN, y en caso de que la deniegue de forma injustificada, o proporcione información falsa o incompleta, el Consejo Directivo puede informar o denunciar de estas circunstancias a la SEC, de conformidad a lo establecido en el artículo 72-2 de la LGSE, para la imposición de sanciones.

De este modo, existen buenas razones para sostener que las autoridades sectoriales como la CNE y la SEC, como la FNE y el TDLC debiesen considerar al Coordinador como un aportante de antecedentes, denunciante o tercero cualificado, según corresponda, atendido el nivel de información al cual puede acceder o, al menos, su especial interés en materia eléctrica. Estas razones son: **(i)** la existencia de la función de monitoreo de la competencia que le corresponde al Coordinador, **(ii)** su carácter técnico y de alto nivel de especialización y conocimiento acerca del funcionamiento del sector eléctrico, **(iii)** su facultad de solicitar información a las empresas coordinadas, y **(iv)** la facultad de la UMC de poder utilizar, en todo caso, toda la información de la cual dispone el Coordinador para analizar las distintas materias relativas a la función de monitoreo.

36 Carlos Barría y María Paz Cerda, "Alcances del monitoreo de competencia del Coordinador Independiente del sistema Eléctrico" en Revista de *Derecho Administrativo Económico* N° 26 (enero-julio 2018), pp. 131-161, p. 137.

37 Al respecto, la FNE ha señalado que la Ley de Transmisión ha *"robustecido la protección de la libre competencia, otorgando al Coordinador la atribución de monitorear de forma permanente las condiciones de competencia existentes en el mercado eléctrico, coadyuvando a la función desplegada por la Fiscalía en este específico sector, situación inédita respecto de cualquier otro mercado regulado o con restricciones estructurales a la competencia"*. Informe de la FNE de fecha 3 de mayo de 2018, Rol ERN N° 24-2018 ante el TDLC, párrafo 18. Ver ficha-resumen de CeCo [aquí](#).

38 Documento disponible en: <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2018/12/PROCEDIMIENTO-INTERNO-UMC-29-de-junio.pdf>

IV. IMPACTO EN LA INTENSIDAD DE COORDINACIÓN REGULATORIA ENTRE AGENCIAS CUANDO EXISTE UNA FUNCIÓN DE MONITOREO DE LA COMPETENCIA EXPRESAMENTE RECONOCIDA EN LA LEY

En principio, podría estimarse que la función de monitoreo de la competencia entregada al CEN y ejercida por medio de la UMC no sólo implica la derivación de antecedentes a la FNE cuando se esté frente a indicios de conductas reñidas con el DL 211, sino también frente a otras autoridades competentes, tal como señala expresamente el artículo 72-10 de la LGSE. Desde luego, esto podría incluir la presentación de demandas o la solicitud de inicio de asuntos no contenciosos o expedientes de recomendación normativa ante el TDLC. También se ha entendido que podría incluir informar a otras entidades, como la SEC y la CNE, para efectos de determinar las condiciones de mercado que permitan garantizar un régimen de libertad tarifaria, o para la dictación de normas técnicas tomando en consideraciones efectos en la competencia, respectivamente.³⁹

De acuerdo a información pública del CEN, la mayoría de las materias analizadas por la UMC en el ejercicio de la función de monitoreo de la competencia, finalmente, no han sido enviadas a la FNE. En efecto, las actas del Consejo Directivo del CEN dan cuenta de que las materias revisadas por la UMC entre 2019 y 2021, por regla general, han sido desestimadas por unanimidad, salvo contadas excepciones.⁴⁰ En otras palabras, de manera muy excepcional, el CEN ha considerado que ciertas materias o antecedentes recopilados por la UMC podrían ser constitutivas de indicios de atentados contra la libre competencia conforme a las normas del DL 211, para efectos de derivar los antecedentes a la FNE. También, en forma excepcional, ha aportado antecedentes al TDLC en el contexto de procedimientos iniciados por otros actores.

El detalle de estas decisiones se presenta en la tabla a continuación, tomando los datos de los Informes de la UMC del CEN de los años 2019 a 2021, en donde se observa que solo 1 materia analizada fue derivada a la FNE en el año 2019, y que durante 2021 se presentaron 2 aportes de antecedentes ante el TDLC:

	2019	2020	2021
Materias Analizadas	21	26	21
Antecedentes enviados a FNE	1	0	0
Aporte Antecedentes al TDLC	0	0	2

Fuente: Elaboración propia en base a información de los Informes Monitoreo de la Competencia del Mercado Eléctrico años 2019, 2020 y 2021.⁴¹

39 Carlos Barría y María Paz Cerda, "Alcances del monitoreo de competencia del Coordinador Independiente del sistema Eléctrico" en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 26 (enero-julio 2018), pp. 131-161, p. 145.

40 En particular, de acuerdo con las actas disponibles de los acuerdos alcanzados por el Consejo Directivo, a la fecha de redacción de este artículo se ha puesto en conocimiento de la FNE únicamente el caso UMC-05-2019, mediante el Informe N° 01/2019, decisión que fue adoptada por la unanimidad de los consejeros. Por el contrario, en otras actas disponibles, por ejemplo la referida a la sesión del 12 de marzo de 2019, se da cuenta de que "por mayoría se decide mantener los casos abiertos a la espera de nuevos antecedentes, a excepción del Consejero Alonso quien comparte esa decisión para el caso UMC 05-2019 pero cuya posición es que los casos UMC 01-2019, UMC 02-2019, UMC 03-2019 y UMC 04-2019 debieran ponerse en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica, tal como establece el artículo 72-10 de la Ley General de Servicios Eléctricos".

41 Informe Monitoreo de la Competencia del Mercado Eléctrico año 2019, publicado en marzo de 2020; Informe Monitoreo de la Competencia del Mercado Eléctrico año 2020, publicado en marzo de 2021; e Informe Monitoreo de la Competencia del Mercado Eléctrico año 2021, publicado en abril de 2022. Todos disponibles en: <https://www.coordinador.cl/unidad-de-monitoreo-de-la-competencia/reportes/>

En cuanto a la coordinación del CEN, también se ha observado que éste, por medio de los informes que publica periódicamente, ha formulado recomendaciones a la CNE y la SEC, como se detalló en la sección 2.c. anterior.

Con el objeto de analizar si la existencia de la función de monitoreo de la competencia otorgada al CEN desde el año 2019 ha supuesto o no una mayor intensidad de coordinación regulatoria, se obtuvieron datos acerca del número de oficios enviados por la FNE al Coordinador, la SEC, la CNE y los demás órganos de la Administración Pública, con el objeto de identificar si acaso la existencia de esta función podría suponer una mayor interacción con las autoridades del ámbito eléctrico *versus* otras industrias reguladas en las que no existe esta función de monitoreo de la competencia.

De acuerdo con información pública de la FNE, referida al número de oficios enviados por ésta a distintas ARI y ministerios, tomando el número de oficios como *proxy* de la iteración o coordinación entre éstas,⁴² si bien se observa que ha existido actividad en materia de energía, con oficios enviados por la FNE al Ministerio de Energía, la CNE, la SEC y el CEN, lo cierto es que los datos no muestran una mayor intensidad en la actividad respecto del CEN ni de las ARI en materia eléctrica en general, al compararlo con otras industrias reguladas en donde no existe esa función de monitoreo.

En efecto, tomando datos de la FNE del año 2021, puede observarse que el mayor número de oficios enviados por la FNE a otras entidades vinculadas a industrias reguladas, se dio respecto de autoridades del ámbito de transportes y telecomunicaciones, como el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), sector en el cual no sólo no existe expresamente una función de monitoreo de la competencia, sino que además, se observa un diseño institucional bajo el cual la Subtel no cumple necesariamente con el estándar de independencia que caracterizaría a las ARI.

Las entidades vinculadas a los sectores de transportes y telecomunicaciones sólo fueron superadas como destinatarias individualmente consideradas según número de oficios por la Dirección de Presupuestos y el Consejo General de Auditoría Interna General de Gobierno, los que -muy probablemente- no hayan estado vinculados a investigaciones en curso de la FNE sino con aspectos internos de su propio funcionamiento y presupuesto.⁴³

V. CONCLUSIONES Y DESAFÍOS RESPECTO DE LA COORDINACIÓN REGULATORIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO

La función de monitoreo de la competencia otorgada al Coordinador configura un caso especial de *coordinación regulatoria* dentro del diseño institucional de protección y promoción de la libre competencia en Chile.

En términos de diseño institucional, se observa que, si bien la independencia del Coordinador es relevante por su carácter técnico, esto también representa un desafío en términos de *coordinación regulatoria* con las distintas ARI, atendido que no forma parte de la Administración del Estado.

42 Sin perjuicio del desafío en términos metodológicos que esto puede suponer.

43 Al respecto, véase la cuenta pública participativa de mayo 2022, en la cual el entonces Fiscal Nacional Económico señor Ricardo Riesco, señaló respecto del estado actual de la aplicación del DL 211 por parte del organismo, que se realizaba “con más inteligencia y compromiso que presupuesto, que es bien escaso” (p. 2) y que el “presupuesto anual de alrededor de US\$8 millones, como el que tenemos actualmente, no solo implica una disminución de más del 5% respecto de nuestro presupuesto de hace dos años, no solo no es siquiera remotamente proporcional a los ahorros para las personas y para el Estado que generan las actuaciones de la Fiscalía, sino que es absolutamente insuficiente considerando la importancia y alcance de su labor respecto de los mercados de nuestro país” (p.10). Documento disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/Discurso-Cuenta-Publica-FNE-2022.pdf>

Con todo, incluso entre distintas ARI vinculadas al sector eléctrico y que forman parte de la Administración del Estado, se observa que la coordinación regulatoria no sería necesariamente más intensa. Un ejemplo de la anterior, son las resoluciones de archivo de la FNE en donde remite los antecedentes a la SEC una vez finalizado su análisis desde la perspectiva de la libre competencia.

Durante los primeros años de funcionamiento de este diseño institucional, sólo se ha conocido de un caso derivado desde el CEN a la FNE en el año 2019, el cual fue luego archivado por ésta en el año 2020, resolviendo no iniciar una investigación conforme al artículo 39 letra a) del DL 211.

Por otro lado, cuando el CEN ha querido formular recomendaciones a la SEC o la CNE, lo ha hecho por medio de recomendaciones contenidas en sus Informes Monitoreo, sin que exista información pública acerca de si esas recomendaciones han dado lugar o no a una coordinación más directa entre las distintas entidades.

De acuerdo a la información pública de materias analizadas por la UMC y el Consejo Directivo del Coordinador, se observa que -en términos estadísticos- son muy excepcionales las materias que son derivadas a la FNE por considerar que existen indicios de conductas que podrían ser contrarias al DL 211.

Finalmente, en base a datos referidos al número de oficios enviados por la FNE al CEN, la SEC, la CNE y en general a las distintas ARI y entidades de la Administración del Estado, se observó que no necesariamente la existencia de una función de monitoreo de la competencia respecto del Coordinador ha implicado un mayor nivel de coordinación regulatoria. Esto al comparar el ámbito eléctrico con otros sectores regulados en donde no existe esa función de monitoreo de la competencia por parte de la ARI expresamente establecida en la legislación vigente.

REFERENCIAS

Baldwin, R., Cave, M. and Lodge, M. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press, Oxford (2012).

Carlos Barría y María Paz Cerda, "Alcances del monitoreo de competencia del Coordinador Independiente del sistema Eléctrico" en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 26, pp. 131-161 (enero-julio 2018).

Fabrizio Gilardi "The formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 countries and 7 sectors", *Swiss Political Science Review*, 11:4, 139-167 (2005).

Christel Koop y Martin Lodge "Exploring the co-ordination of economic regulation", *Journal of European Public Policy*, 21:9, 1311-1329, (2014).

Martino Maggeti "The role of independent regulatory agencies in policy-making: a comparative analysis", *Journal of European Public Policy*, 16:3, 450-470 (2009).

Giandomenico Majone "Paradoxes of privatization and deregulation", *Journal of European Public Policy*, 1:1, 1350-1763 (1994).

Giandomenico Majone "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance", *Journal of Public Policy*, 17:2, 139-167 (1997).

Diego Pardow "¿Técnicos o políticos? Radiografía del sistema de nombramiento de directivos en agencias regulatorias independientes" *Revista Chilena Derecho* (Santiago) vol. 45, N°3, pp. 745-769 (2018).

Diego Pardow "¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes" *Revista de Derecho* (Valdivia) vol. 31, N°2, pp. 193-209 (2018).

Jorge Quintanilla Hernández, "El Coordinador Independiente y su función de monitoreo de las condiciones de competencia en el mercado eléctrico", en *Actas de Derecho de Energía*, Número 6, (2016) p. 89.

Mark Thatcher "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *West European Politics*, 25:1, 125-147 (2002).

Mark Thatcher y Alec Stone Sweet "Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions", *West European Politics*, Vol. 25, N°1, pp. 1-22 (2002).



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Andrea Von Chrismar Medina, "Coordinación regulatoria en el sector eléctrico chileno y función de monitoreo de la competencia", *Investigaciones CeCo* (junio, 2023),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile