

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N°10 - JULIO 2021

FNE RECHAZA REPOSICIÓN DE ODECU EN CONTRA DE RESOLUCIÓN QUE APROBÓ ADQUISICIÓN DE CGE POR PARTE DE STATE GRID



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

FNE rechaza reposición de ODECU en contra de resolución que aprobó adquisición de CGE por parte de State Grid

1. RESUMEN DEL CASO

I. Reposición presentada por ODECU contra la Resolución.

La reposición solicita dejar sin efecto, reemplazar o modificar la Resolución o dictar en su reemplazo una resolución ajustada a Derecho, alegando:

A. La FNE no justificó las razones por las que considera que la aplicación del art. 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos (“LGSE”) (1) es competencia exclusiva de la SEC. La Recurrente sostiene que aquella es una norma cuyo bien jurídico protegido sería la libre competencia, por lo que la omisión de su aplicación en la Resolución afectaría al mercado y al interés individual, colectivo y difuso de los consumidores de servicios eléctricos en Chile. La ODECU sostiene que la Resolución no cumple los requisitos mínimos exigidos por la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo (“LBPA”) a toda resolución, al no fundar la falta de competencia –o competencia concurrente de la Fiscalía con la SEC– de conformidad con el art. 41 de la LBPA.

B. La Resolución omite indicar los recursos que proceden en su contra de acuerdo al inciso cuarto del art. 41 de la LBPA.

C. La Resolución ha sido pronunciada en contravención al deber de coordinación administrativa del art. 37 bis de la misma norma, el cual demanda a la autoridad la remisión de antecedentes y el requerimiento de un informe para precaver conflictos de normas al dictar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en ámbitos de competencia de otro órgano.

La ODECU fundamenta detentar legitimidad activa para recurrir contra la Resolución atendida su calidad de interesada a la luz del numeral 2º del artículo 21 de la LBPA, toda vez que, a pesar de no haber iniciado el procedimiento, representaría derechos que pueden resultar afectados por la Resolución.

1 Artículo 7º.- Es servicio público eléctrico, el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros.

(...)

La participación individual de empresas que operan en cualquier otro segmento del sistema eléctrico, o de los usuarios no sometidos a fijación de precios en el sistema de transmisión nacional, no podrá exceder, directa o indirectamente, del ocho por ciento del valor de inversión total del sistema de transmisión nacional. La participación conjunta de empresas generadoras, distribuidoras y del conjunto de los usuarios no sometidos a fijación de precios, en el sistema de transmisión nacional, no podrá exceder del cuarenta por ciento del valor de inversión total del sistema nacional. Estas limitaciones a la propiedad se extienden a grupos empresariales o personas jurídicas o naturales que formen parte de empresas de transmisión o que tengan acuerdos de actuación conjunta con las empresas transmisoras, generadoras y distribuidoras.

Los propietarios de las instalaciones construidas con anterioridad a que sean definidas como pertenecientes al sistema nacional de acuerdo al artículo 74, podrán mantener la propiedad de dichas instalaciones. Respecto de ellos no se aplicarán los límites de propiedad establecidos en el inciso anterior, pudiendo sobrepasar los porcentajes del ocho y cuarenta ya señalados. Sin perjuicio de lo anterior, las instalaciones que se encuentren en esta situación deberán ser consideradas en el cómputo del límite del 40% señalado en el inciso anterior.

II. Improcedencia de la Reposición atendida la inconciliabilidad de la vía recursiva ordinaria de la LBPA con el procedimiento de control de operaciones de concentración del Título IV del DL 211

La FNE considera improcedente el recurso en virtud de las modificaciones que le fueron introducidas al Decreto Ley 211 (“DL 211”) por la Ley 20.945, su historia fidedigna, los principios subyacentes al procedimiento de control de operaciones de concentración y la naturaleza especial del procedimiento consagrado en el Título IV del DL 211, no siendo conciliable la vía recursiva ordinaria de la LBPA con el procedimiento administrativo que aprueba una operación de concentración.

Lo anterior, basado en el art. 1 de la LBPA, que determina el ámbito de aplicación de la misma ley, señalando que “[l]a presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”.

La FNE entiende que existirá siempre una aplicación preferente de la norma especial por sobre la regla común de la LBPA, siendo esta supletoriedad aplicable en la medida en que sea conciliable con los objetivos, características y finalidad del procedimiento especial en cuestión. Lo anterior, en concordancia con lo indicado por la jurisprudencia administrativa en diversas ocasiones.

En este sentido, explica que la reposición se interpone en contra de un acto de la FNE emanado de un procedimiento administrativo especial de competencia consagrado en el Título IV del DL 211, detallando las diversas etapas de dicho procedimiento.

Asimismo, se refiere a las diversas instancias de participación, tanto de las partes como de terceros durante la investigación y antes de la dictación de cualquiera de las resoluciones de término en Fase 1 y Fase 2. Sobre los terceros interesados, se indica que poseen un rol activo en el procedimiento, delimitado a aportar antecedentes o a dar su opinión, además de poder intervenir en razón de requerimientos de la FNE. Fuera de estas intervenciones, la norma o bien no contempla intervención de terceros, o bien, derechamente la prohíbe (art. 48 DL 211).

Sobre el régimen de recursos, se indica que el Procedimiento del Título IV contempla un régimen especial de impugnación contenido en el inciso final del art. 57 del DL 211 de titularidad exclusiva y excluyente de las Partes notificantes que procede únicamente en el caso que se prohíba la celebración de un determinado acto o contrato que constituya una operación de concentración.

Consecuentemente, se concluye que el régimen de control de operaciones de concentración se configura sobre la base de un procedimiento administrativo de carácter especial, regulado íntegramente en el Título IV desde su inicio a su término, y en el cual, específicamente respecto de su régimen recursivo, comprende un medio de impugnación concreto y específico, limitado y circunscrito, que no es conciliable con la vía impugnatoria general consagrada en la LBPA.

Al respecto, tanto la historia de la Ley 20.945, como las referencias tanto locales como comparadas, cuyos principios configuraron el control obligatorio de operaciones de concentración en Chile, son consistentes en determinar estrictamente cual es el rol de terceros en el procedimiento y limitan su intervención en la instancia recursiva.

La FNE afirma que el procedimiento en cuestión obedece a un diseño institucional que tiene por objeto determinar si una operación puede o no deteriorar de forma sustancial las condiciones competitivas del mercado analizado, debiendo el análisis, ser eficaz, veloz y predecible, manteniendo una necesaria celeridad, con tal de entregar la mayor certeza jurídica posible a las Partes.

De tal forma, la FNE concluye que, de darse procedencia a recursos de terceros dentro del procedimiento especial del Título IV, éstos podrían eventualmente paralizar el perfeccionamiento de una operación de concentración aprobada por ella, con el sólo hecho de su intervención, yendo más allá de lo prescrito en el art. 57 de la LBPA, que requiere petición fundada del interesado para dar lugar a la suspensión, en casos excepcionales, lo cual significaría un menoscabo a los objetivos y principios que fundan el mismo procedimiento, siendo en definitiva, inconciliable la aplicación supletoria del régimen recursivo ordinario de la LBPA respecto del mencionado procedimiento.

III. Improcedencia de la Reposición por falta de legitimación activa de ODECU

La FNE resuelve, además, que la ODECU no posee legitimación activa para la interposición del recurso. Esto en razón de que el art. 21 de la LBPA, artículo en el que se basa la legitimación de ODECU, exige, antes que nada, la existencia la acreditación de un derecho subjetivo, siendo insuficiente la referencia a meros intereses. Al respecto, la FNE afirma que ODECU no demuestra que sea titular de derechos subjetivos afectados por la Resolución ni acredita que represente a algún tercero que pueda ser titular de dichos derechos.

Sumado a este argumento, se indica que aun cuando ODECU tuviese una legitimación activa para interponer la Reposición, el recurso debe ser considerado extemporáneo, puesto que el mismo art. 21 legitima para intervenir en procedimientos administrativos, en tanto no haya recaído resolución definitiva.

IV. Improcedencia de fondo o sustantiva de la Reposición

La FNE también se refiere al fondo del Recurso de ODECU, primero que todo, negando la falta de fundamentación de la Resolución, por las que considera que la aplicación del artículo 7° de la LGSE es competencia exclusiva de la SEC.

Sobre este punto, se explaya sobre el principio de legalidad de los órganos del Estado, siendo determinada la validez de sus actuaciones por la misma esfera de su competencia. Así, para la FNE, su competencia esté entregada por el art. 2 del DL 211, regulación que si bien es de general aplicación a todos los mercados y agentes económicos, ello no implica –a diferencia de lo que sostiene la Reposición– que la aplicación de disposiciones cuyo objeto sea la defensa de la libre competencia contenidas en otra normativa sea, necesariamente, de competencia concurrente de la FNE, especialmente cuando está ejerciendo las atribuciones emanadas del Título IV del DL 211.

Que, por su parte, el régimen de operaciones de concentración está radicado en la FNE, quien efectúa un análisis técnico a la luz de estándares sustantivos determinados por la “reducción sustancial de la competencia”. Este estándar exige proyectar aquellos comportamientos que, de perfeccionarse la operación en particular, podrían tener la aptitud para deteriorar de forma sustancial la competencia en los mercados analizados. Al respecto, la existencia de ciertos umbrales de concentración no determina en forma absoluta las conclusiones a las cuales se puedan arribar, sino que constituye un punto de partida del análisis.

En este sentido, la FNE afirma que los umbrales de concentración contenidos en el art. 7 de la LGSE, –independiente de si éstos fueron establecidos sobre la base de consideraciones de competencia–, bajo ningún respecto pueden predeterminar el análisis sustantivo que debe realizar la FNE de una operación de concentración en el sector eléctrico, al tenor de las disposiciones del Título IV del DL 211.

Así, se concluye entonces que, la mera transgresión de una prohibición y/o de un umbral de concentración sectorial, y las consecuencias formales del mismo, son ajenas a la competencia que la ley entrega a la FNE en el marco del control preventivo de operaciones de concentración.

A continuación, la FNE se refiere a la alegación de que habría omitido indicar en la Resolución recurrida los recursos que proceden contra la misma. Al respecto, se señala que en virtud del principio de no formalización contenido en el art. 13 de la LBPA, la FNE descarta la existencia de un posible efecto invalidante al no haberse producido un perjuicio al interesado.

Finalmente, frente al reclamo de infracción al deber de coordinación del art. 37 bis de la LBPA, que demanda a la autoridad la remisión de antecedentes y el requerimiento de un informe para precaver conflictos de normas al dictar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en ámbitos de competencia de otro órgano, la FNE descarta su incumplimiento por ser improcedente su aplicación a este caso atendida la naturaleza del acto impugnado.

En específico, la obligación en la citada norma constituye un mecanismo de coordinación preventivo para regulaciones susceptibles de incidir en ámbitos sectoriales que sean de competencia de distintas autoridades, lo cual aplica respecto de actos administrativos de carácter general.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la resolución recurrida se trata de una autorización administrativa que declara que una operación notificada carece de aptitud para reducir sustancialmente la competencia y cuya dictación permite su perfeccionamiento, se entiende que es una resolución de un alcance particular, no estando obligada, por tanto, a la coordinación exigida en el mencionado art. 37 de la LBPA.

2. FICHA JURIPRUDENCIAL

ÓRGANO COMPETENTE	<ul style="list-style-type: none">• Fiscalía Nacional Económica
TIPO DE ACCIÓN	<ul style="list-style-type: none">• Recurso de Reposición Administrativo
CONDUCTA / CONTEXTO	<ul style="list-style-type: none">• Aprobación operación de concentración de concentración consistente en la adquisición de la participación accionaria de Naturgy Inversiones Internacionales S.A. Agencia en Chile en Compañía General de Electricidad S.A. y de todas las participaciones accionarias de NII Agencia y CGE Magallanes S.A.
PARTES	<ul style="list-style-type: none">• Organización de Consumidores y Usuarios de Chile ("ODECU") / FNE
ROL	<ul style="list-style-type: none">• Rol FNE 255-2020
N° SENTENCIA	<ul style="list-style-type: none">• N/A
FECHA	<ul style="list-style-type: none">• 28 de mayo de 2021
RESULTADO	<ul style="list-style-type: none">• Rechaza recurso de reposición administrativo

HECHOS

- Recurso de reposición administrativo presentado por la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (“ODECU”) en contra de la resolución que aprobó la operación de concentración consistente en la adquisición de la participación accionaria de Naturgy Inversiones Internacionales S.A. Agencia en Chile en Compañía General de Electricidad S.A. y de todas las participaciones accionarias de NII Agencia y CGE Magallanes S.A. en CGE Servicios S.A. por parte de State Grid International Development Limited.
- La reposición solicita dejar sin efecto, reemplazar o modificar la Resolución o dictar en su reemplazo una resolución ajustada a Derecho, alegando:
 - A. La FNE no justificó las razones por las que considera que la aplicación del art. 7 de la LGSE es competencia exclusiva de la SEC. La Recurrente sostiene que aquella es una norma cuyo bien jurídico protegido sería la libre competencia, por lo que la omisión de su aplicación en la Resolución afectaría al mercado y al interés individual, colectivo y difuso de los consumidores de servicios eléctricos en Chile. La ODECU sostiene que la Resolución no cumple los requisitos mínimos exigidos por la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo (“LBPA”) a toda resolución, al no fundar la falta de competencia -o competencia concurrente de la Fiscalía con la SEC- de conformidad con el art. 41 de la LBPA.
 - B. La Resolución omite indicar los recursos que proceden en su contra de acuerdo al inciso cuarto del art. 41 de la LBPA.
 - C. La Resolución ha sido pronunciada en contravención al deber de coordinación administrativa del art. 37 bis de la misma norma, el cual demanda a la autoridad la remisión de antecedentes y el requerimiento de un informe para precaver conflictos de normas al dictar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en ámbitos de competencia de otro órgano.

MERCADO RELEVANTE

- Distribución de energía eléctrica.

TEORÍA DE DAÑO APLICADA POR LA AUTORIDAD

- N/A

REFERENCIAS

https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/inic_F255_2020.pdf