



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

MERCADO ELÉCTRICO CHILENO Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de Chile

Autor: Nelson Eduardo Parra Vásquez

Prof. Guía: Jaime Jara Schnettler.

Santiago, Chile.

2021

A Patricia, María y Nelson, por su amor y apoyo incondicionales.

A Wilson, por escucharme y creer siempre en mí.

*-Abarataremos tanto la electricidad,
que solo los ricos querrán usar velas. -*

Thomas Alva Edison.

Tabla de Contenidos

Palabras claves.....	5
Resumen	6
Introducción.....	7

Capítulo 1: El derecho Eléctrico en Chile y su vinculación con el derecho administrativo sancionador.

1.1. El Derecho de Energía en Chile	10
1.2 El Mercado Eléctrico en Chile	19
1.3 Cambios que introdujo la ley de transmisión de 2016	20
1.4 Los antiguos centros económicos de despacho de carga (CDEC).....	23
1.5 El Coordinador Eléctrico Nacional	25
1.6 El Derecho Administrativo Sancionador aplicado al derecho eléctrico	31
1.7 Principales características de la Superintendencia de Electricidad y Combustible	39

Capítulo 2. Las Sanciones administrativas en general, y en particular las contenidas en la ley general de servicios eléctricos.

2.1 La Potestad Sancionatoria de la Administración.....	46
2.2 El Debate acerca de la constitucionalidad de la Potestad Sancionatoria Administrativa.....	48
2.3¿Qué es una Sanción Administrativa?.....	55
2.4¿Cuál es el fundamento de una sanción administrativa?	58
2.5 ¿Cuál es el fundamento de establecer sanciones administrativas en el mercado eléctrico?	59
2.6 El riesgo de la <i>Burorepresión</i> presente en la tutela efectiva de los intereses colectivos o generales.....	63

2.7 Sanciones Administrativas contempladas en la ley eléctrica.....	64
2.8 Caso Black-Out 2011.....	83
2.9 Caso Central Guacolda (2019).....	85

Capítulo 3. Propuesta de procedimiento administrativo Sancionador para el mercado eléctrico.

3.1 El Procedimiento Administrativo Sancionador.....	87
3.2 ¿Existe actualmente un procedimiento administrativo sancionador aplicable al mercado eléctrico?	89
3.3 El procedimiento administrativo sancionador puede crearse a través de la ley de bases de procedimiento administrativo. Problemas	106
3.4 Un Procedimiento Administrativo Sancionador especial para el mercado eléctrico	108
3.5 La figura del Fiscal Instructor	112
3.6 Salidas alternativas en este procedimiento Administrativo Sancionador y la posibilidad de Autodenuncia.....	113
4.- Conclusiones.	116
5.- Bibliografía	119

PALABRAS CLAVES

Mercado Eléctrico - Coordinador Eléctrico Nacional - Potestad Administrativa Sancionatoria - Derecho Administrativo Sancionador- Fiscalización - Superintendencia de Electricidad y Combustibles - Sanciones Administrativas - Procedimiento Administrativo Sancionador - Ley de Bases de Procedimiento Administrativo - Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles - Ley de Bases de la Administración del Estado.

Resumen

El presente trabajo pretende otorgar al lector una amplia visión acerca del panorama de las principales instituciones y actores del mercado eléctrico y como estas se relacionan con la Administración del Estado, particularmente con aquellas instituciones a las que la ley les ha otorgado la denominada potestad sancionatoria; examen que se extiende tanto al ámbito sustantivo como procedimental. De esta forma, se revisan las principales discusiones doctrinales en torno a la potestad sancionatoria en manos de la administración, se analizan las sanciones administrativas contenidas en la legislación chilena en materia de energía y finalmente se hace una revisión crítica de la situación actual de los procedimientos administrativos sancionadores en materia de energía.

Introducción

El presente trabajo nace producto del interés del autor por el Derecho de Energía que naciera en los años últimos de pregrado en la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, particularmente luego de cursar la cátedra de Derecho Eléctrico, y los talleres de memoria “El mercado Eléctrico” y “El Derecho Sancionatorio de las Superintendencias: casos prácticos de la SVS y la SEC”.

Durante los últimos años, la institucionalidad en materia de Derecho de Energía ha sufrido profundos cambios producto de las modificaciones sustantivas en las instalaciones del sistema eléctrico nacional, los progresos tecnológicos y la aparición de nuevas fuentes de energía que se han incorporado a la matriz energética del país. Frente a estos hechos el Estado ha cambiado ostensiblemente su actitud respecto de los regulados, teniendo de esta forma un rol más fuerte en cuanto a lo que respecta la fiscalización y sanción en aras de lograr los objetivos que por ley se ha propuesto en el largo plazo.

En el primer capítulo de este trabajo se hace una revisión de los principales actores que componen el denominado mercado de la electricidad en Chile y respectivamente, el marco jurídico que regula esta actividad económica. De esta manera, analizaremos las empresas que componen las distintas etapas productivas de la industria de la energía, describiremos el funcionamiento del mercado spot y sus organismos coordinadores. Por su parte, haré un análisis de los principios jurídicos que rigen esta industria regulada, las principales leyes, reglamentos e instituciones que configuran lo

que se conoce como el derecho eléctrico en Chile y como han cambiado en los últimos años a raíz de las grandes reformas legales y políticas propias de este sector.

Luego, se examina la relación que existe entre el Derecho Administrativo Sancionador y el derecho eléctrico, haciendo un análisis de sus principios formativos y cómo estos se aplican al derecho de energía. Para finalizar este primer capítulo, se analiza una institución fundamental para el funcionamiento del derecho administrativo sancionador en el área de energía: la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. En este se examinarán sus principales funciones y características, haciendo hincapié en su labor fiscalizadora y sancionatoria del mercado de la electricidad en nuestro país.

En el capítulo segundo de este trabajo se realiza una exposición de las principales posturas dogmáticas acerca de la potestad sancionatoria en manos de la administración, pasando desde las distintas concepciones acerca de la constitucionalidad de la misma hasta las elaboraciones dogmáticas reciente por parte de cierta doctrina nacional. Con posterioridad se realizará un análisis de los conceptos de infracción y sanción administrativa; una vez concluido lo anterior, se seguirá con un examen en particular de las infracciones y sanciones administrativas para el mercado de la energía contenidas en las leyes chilenas y sus reglamentos respectivos. Finalmente, y a modo de cierre del capítulo, se analizarán dos casos donde se ha materializado la potestad sancionatoria en manos de la administración en el mercado eléctrico nacional.

El tercer y último capítulo de este trabajo es referente a los procedimientos que permiten materializar el derecho administrativo

sancionador, y en particular aquel procedimiento que regula esta actividad en materia de derecho de energía. Atendida la situación actual de los procedimientos en esta materia es que el autor propone la creación de un nuevo procedimiento administrativo sancionador. De esta forma, se formula una propuesta acerca de sus etapas, actos tramites, principios inspiradores y actores y otras instituciones que forman parte de él.

Capítulo 1: El derecho Eléctrico en Chile y su vinculación con el derecho administrativo sancionador.

1.1. El derecho de energía en Chile

El desarrollo del derecho de energía en nuestro país comienza con la entrada en vigencia de la primera Ley General de Servicios Eléctricos el año 1925. En ella, por primera vez se dotaba de una orgánica al sector, estableciéndose una serie de actores y modelos de mercado. La vigencia de esta ley fue bastante prolongada, y solo a mediados de los años cuarentena, fue derogada y remplazada por una nueva ley general, acorde a los principios económicos y políticos de la época¹. Esta ley gozó al igual que su predecesora de una larga vida, la cual vino a culminar con publicación en el año 1982 del Decreto Ley N° 1 del Ministerio de Minería que contenía los principios liberalizadores del mercado introducidos en nuestro país en dicha década y nos dotó de una institucionalidad que en parte se mantiene hasta nuestros días, a pesar de la entrada en vigencia de la ley 20.936 que modificó sustancialmente la última Ley General de Servicios Eléctricos de 2006, la cual mantuvo gran parte de las instituciones creadas en los años ochenta, no obstante suprimió instituciones trascendentales para el funcionamiento de la industria, reemplazándolas por otras que estudiaremos más adelante.

¹Uno de los principales cambios que introdujo esta ley fue el traspaso de una serie de empresas eléctricas de alta capacidad productiva ya sea en el ámbito de la generación y distribución, que se encontraban en manos del Estado por ese entonces, hacia los particulares, materializando de esta manera uno de los postulados de la incipiente teoría económica neoliberal, propulsada por el gobierno militar.

En la actualidad conviven en nuestro ordenamiento jurídico una serie de leyes, instituciones, principios y reglamentos que configuran lo que debemos entender por el *Derecho de Energía*. Tradicionalmente el estudio del derecho de energía se ha dividido en tres áreas, que corresponden respectivamente a cada uno de los segmentos que componen esta actividad productiva: la generación, la transmisión y la distribución de la energía.

La generación de la energía dice relación con aquella actividad industrial mediante la cual se transforma una fuente energética primaria proveniente de diversas matrices en *electricidad y potencia*. Por su parte, la transmisión consiste en la segunda parte del proceso productivo en que se transporta el producto de la generación desde una generadora a través de una línea de transmisión troncal hasta una subestación de transmisión eléctrica. Finalmente, la distribución, que es la etapa final, es aquella en la cual se transporta la energía desde las subestaciones hasta los clientes finales regulados, etapa en la cual se realiza el cobro por el consumo de la energía a los mismos.

La actual ley general de servicios eléctricos se divide justamente en capítulos relacionados con los distintos sectores. El primero de ellos trata acerca del mercado eléctrico, el segundo trata el tema de la distribución de la energía y el tercero acerca de la comercialización.

Entre las principales instituciones y actores que participan en el derecho de energía y que será de gran importancia en este trabajo, debemos mencionar, en primer lugar, a las grandes empresas generadoras, luego a las empresas de distribución, a las comercializadora a las distintas instituciones administrativas como lo son el *Ministerio de Energía, La Superintendencia de*

Electricidad y Combustibles, La Comisión Nacional de Energía, El Panel de expertos y El Coordinador eléctrico Nacional, que pasaremos a estudiar más adelante con detalle.

Las Generadoras de Electricidad

Son los grandes conglomerados económicos, que generalmente adoptan el modelo jurídico de Sociedad Anónima, que realizan la labor de producir el bien mueble no almacenable que es la electricidad. Son los vendedores de energía y potencia que se inyectan diariamente, minuto a minuto, al sistema eléctrico nacional interconectado; son los oferentes de estos dos productos en el Mercado Spot, modelo de mercado que adopta el mercado eléctrico en Chile. En nuestro país, la matriz energética se encuentra constituida principalmente por las generadoras hidroeléctricas, que son las más eficientes, y las cuestionadas y en franca retirada centrales a carbón, en mucho menor medida dependemos de los parques las eólicas y plantas fotovoltaicas en la producción de la electricidad, los cuales constituyen en la actualidad los denominado *pequeños medios de generación distribuida*, señalados en el artículo 72 inciso segundo y 149 de la ley 20.936.

Empresas de Transmisión

Son aquellas sociedades que participan en la segunda etapa de la industria de la electricidad, la transmisión a través de los sistemas troncales y subsistemas la electricidad y potencia producida e inyectada a los mismos por las empresas generadoras. Igualmente son grandes capitales que generalmente se estructuran jurídicamente como Sociedades Anónimas; en

nuestro país la principal empresa de distribución es Transelec S.A.² Es importante destacar que por la naturaleza de las instalaciones, la actividad de transmisión en nuestro país se configura como un verdadero *Monopolio Natural*, es decir, resuelta más rentable para el mercado que el desarrollo de esta actividad se encuentre en manos de un solo actor a que sea llevado a cabo por varias empresas.

Empresas de distribución

Para partir este acápite es necesario ahondar en que es la electricidad y que clase de bien es. Existe consenso en el mundo ingenieril que la electricidad, o más precisamente la *Carga Eléctrica* ha sido definida como *un flujo de electrones a través de una distancia determinada en un tiempo determinado*. La doctrina jurídica nacional la ha clasificado como un bien mueble que presenta una característica: no puede ser almacenada; de ahí que haya surgido todo un modelo de mercado especial para su comercialización, el Mercado Spot. Resulta importante destacar que en que en este mercado no solo se comercializa energía, si no también *Potencia*, la cual a diferencia de la energía sí puede ser almacenada y se precio se encuentra regulado latamente por la autoridad mediante tarifas.

La distribución de la energía es la tercera y última etapa productiva de esta industria y consiste en la trasmisión que hacen las empresas de distribución desde las subestaciones eléctricas hasta los domicilios de los denominados *clientes regulados*, quienes no son más que los consumidores

²Transalec S. A es una sociedad anónima abierta formada el año 1943. A su cargo se encuentra la transmisión de la energía producida e inyectada al sistema interconectado correspondiente a prácticamente la producción nacional (98%). Sus operaciones se extienden en la actualidad desde el extremo norte del país en las cercanías de Arica hasta la isla de Chiloé, en la décima región. Fuente: <https://www.transelec.cl>.

que reciben una potencia inferior a 5000 Kilowatts y que se encuentran sometidos al régimen de tarifas establecidas por la ley eléctrica y los reglamentos emanados por la autoridad, más precisamente por la *Comisión Nacional de Energía* y el *Ministerio de Energía*. Adicionalmente a esta tarea de distribución de la energía antes descrita, las empresas de distribución tienen la importante labor de cobrar el consumo de energía y demás costos de mantención de las instalaciones y otras instituciones.

Importante es mencionar que la actividad de comercialización se encuentra a cargo de las empresas de generación y distribución, es decir que participan en estos dos segmentos del sistema eléctrico, así por ejemplo Enel Chile, participa tanto en la generación y comercialización de energía.

Clientes en el mercado de la energía nacional

Otros actores de gran relevancia por supuesto que son los clientes o consumidores finales de la energía, que, atendido su nivel de consumo, se clasifican en *clientes libres* y *clientes regulados*. Los primeros son aquellos que consumen una cantidad de energía superior a los 5000 kilowatts y se rigen por las normas comunes del derecho privado. Cabe destacar que principalmente son los grandes proyectos mineros del país, concentrados en su mayoría en el norte grande y que antes de la dictación de la Ley 20.936 se encontraban conectados al Sistema Interconectado del Norte Grande. Por su parte, los *clientes regulados*, son aquellos consumidores finales cuyo consumo es menor a los 5.000 kilowatts y se encuentran sometidos a un régimen de tarifas determinado por los distintos entes regulatorios del país, como ya lo mencionábamos, la Comisión Nacional de Energía y el Ministerio de Energía.

El Ministerio de Energía

Este joven ministerio creado el año 2010, con la entrada en vigencia de la ley 20.402, apartó definitivamente el ámbito energético del Ministerio de Minería y del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Dentro de sus principales funciones se encuentran las de elaborar planes y políticas públicas a corto y largo plazo (tales como la Política Energética 2050 del año 2014, creada por el ministro Máximo Pacheco), así como los distintos proyectos normativos formados por el ejecutivo. En tal orden de ideas, el artículo primero de su anteriormente menciona ley orgánica constitucional dispone lo siguiente:

Artículo 1º. Créase el Ministerio de Energía, el que será el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración del sector de energía.

Por su parte los artículos primero y segundo del Decreto Ley 2224 del año 1978, modificados por la Ley 20.402 del año 2010, establecen lo siguiente con relación al Ministerio de Energía:

Artículo 1º. El Ministerio de Energía es el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración del sector energía.

Artículo 2º. Corresponderá, en general, al Ministerio de Energía, elaborar y coordinar los planes, políticas y norhmas para el buen funcionamiento y

desarrollo del sector, velar por su cumplimiento y asesorar al Gobierno en todas aquellas materias relacionadas con la energía.

La Comisión Nacional de Energía.

Esta institución tiene su origen a fines de la década de los setenta mediante la dictación del anteriormente citado Decreto Ley 2.224 de 1978 en el marco de modernización institucional del sector eléctrico llevada a cabo en dicha época. Se trata de un órgano de la administración del Estado descentralizado y con patrimonio propio.

La Comisión es el principal órgano regulador del mercado eléctrico en nuestro país. Sus funciones son amplias y consisten en la dictación de normas técnicas para todos los segmentos de la industria, es decir, para la actividad de la generación, transmisión y distribución, incluyendo normas a las que deberán ceñir su actuación no solo los particulares propietarios o concesionarios de medios de producción si no también distintos órganos públicos, dentro los que destaca el Coordinador Eléctrico Nacional. Por otro lado, la Comisión tiene la labor de fijar de precios de los distintos productos del mercado y elaborar el régimen de tarifas a los cuales se encuentran sometidos los consumidores finales. Lo anterior se encuentra contenido en artículos sexto y séptimo del Decreto Ley 2.224 de 1978, Orgánica de la Comisión Nacional de Energía, que a continuación cito:

Artículo 6º. La Comisión será un organismo técnico encargado de analizar precios, tarifas y normas técnicas a las 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.

En cuanto a sus atribuciones, estas se encuentran contenidas en el Art. 7 del mismo precepto legal, que se expone a continuación.

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

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

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

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

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

Importante es mencionar que desde el año 2010 la Comisión se relaciona con la presidencia de la república a través del Ministerio de Energía.

El panel de expertos

El panel de expertos es un órgano colegiado y técnico de amplia erudición en materias de ingeniería civil, economía y derecho de energía, de naturaleza eminentemente jurisdiccional. Fue creado por la Ley Corta número 19.440 del año 2004 frente a la necesidad de contar con un órgano de jurisdicción especializado en materias eléctricas ante la carencia de conocimientos de estas materias por parte de la judicatura. Su función principal justamente consiste en conocer y resolver los conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica que surjan entre los miembros del mercado Spot, denominados *Discrepancias*, generándose así un amplio abanico de posibles litigantes entre los que se encuentran empresas generadoras, de transmisión y distribuidoras, el Coordinador Eléctrico Nacional, clientes libres, entre otros. Sus decisiones jurisdiccionales reciben el nombre de *dictámenes* y son vinculantes para las partes.

En cuanto a su composición, este se integra por siete profesionales, de los cuales, cinco deben ser ingenieros o licenciados en ciencias económicas y dos abogados; todos deben contar con una experiencia laboral mínima de tres años (Art. 209 LGSE. Inc.1º); Adicionalmente, se suma la figura del *Secretario Abogado*, quien no forma parte del panel y se encuentra a cargo de funciones ejecutivas (Art. 210 LGSE).

1.2 El Mercado eléctrico en Chile.

Atendida la cualidad esencial de la energía eléctrica como bien mueble que no puede ser almacenado, en nuestro país el mercado de la generación eléctrica ha adoptado el modelo de *Mercado Spot*. Es en este contexto que sus integrantes, las empresas de generación eléctrica de toda naturaleza (a carbón, geotérmicas, hidroeléctricas, solares, eólicas, por citar a las que conforman en mayor porción la matriz energética del país), por un lado, se encuentran obligados por ley a producir cada vez que el coordinador independiente del sistema se los requiera (Obligación de Interconexión), recibiendo como precio en la compraventa de energía el valor fijado por este coordinador que va a resultar el valor de la última unidad producida en un periodo de tiempo, que es el llamado costo marginal.

El coordinador independiente del mercado, que estudiaremos con mayor detalle más adelante, tiene la misión de elegir y determinar el orden de prelación de las generadoras que participaran en un lapso de producción utilizando el criterio eficiencia; de esta manera escogerá para satisfacer la demanda puntual del sistema eléctrico en un periodo determinado, ingresando primeramente la energía producida por la generadora que lo haga al menor costo posible, luego la que lo haga al segundo costo más barato y así sucesivamente hasta satisfacer la demanda. Esta es una labor ininterrumpida, llevada a cabo los trescientos sesenta y cinco días del año.

El costo de cada unidad energética producida e inyectada al sistema va a ser el de la última unidad producida por la generadora menos eficiente e

inyectada en último término al sistema, de manera tal, que todos los generadores recuperan sus costos de producción de la energía y las más eficientes obtienen amplias ganancias. Mas no solo las empresas de generación se encuentran obligadas por ley a la interconexión al sistema eléctrico interconectado nacional, siéndolo también las empresas del segmento de la transmisión quienes deben comprar la energía y la potencia al precio que determine el Coordinador Independiente, y se encuentran por supuesto obligados a recibir en sus instalaciones dicha energía y potencia según lo determine el ente antes aludido. Así mismo, se encuentra obligados a seguir las instrucciones del Coordinador, los *clientes libres* que se encuentren conectados actualmente al sistema interconectado nacional.

1.3 Cambios que introdujo la nueva ley de transmisión de 2016

La ley 20.936 General de Servicios eléctricos, titulada “ESTABLECE UN NUEVO SISTEMA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA Y CREA UN ORGANISMO COORDINADOR INDEPENDIENTE DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL”³ vino en palabras de su propio mensaje a dotar a Chile de una nueva institucionalidad acorde con los tiempos y desafíos que le depara a la industria en el siglo XXI, permitiendo alcanzar los grandes objetivos que se propuso el Estado en materia energética en el corto, y también en el largo plazo de 30 años, que se encuentran consignados en la llamada *Agenda Energética 2050 lanzada* en mayo del año 2014 durante el segundo gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet. Estos objetivos no son más que aumentar la confiabilidad del sistema, hacerlo más sustentable desde el punto de vista

³LA promulgación de esta ley habría de efectuarse el día 11 de julio de 2016, siendo finalmente publicada el 20 de julio del mismo año, entrando en vigencia el 2 de febrero del año siguiente. Importante es señalar que la ley sus artículos transitorios fijó un procedimiento para determinar la interconexión del sistema que tuvo como resultado la interconexión de los sistemas el día 21 de noviembre de 2017, hecho que aconteció exitosamente.

medio ambiental, generar una mayor inclusión social del mismo y por último aumentar la competencia económica entre sus actores.

La ley Introdujo dos grandes innovaciones en dos sectores de la industria. En primer lugar, establece, por primera vez en historia de Chile, la interconexión de los sistemas más importantes de nuestro país, creándose un nuevo sistema con una capacidad de generación y transmisión que corresponde en la actualidad al noventa por ciento de la industria nacional y, en segundo lugar, se sustituyeron los antiguos Centros económicos de despacho de carga, por un nuevo Coordinador Independiente del sistema eléctrico nacional a cargo de la coordinación de este nuevo sistema antes mencionado. Por otra parte, la nueva ley vino a dotar de mayores atribuciones al principal órgano regulador, así como también aumentar la esfera de atribuciones del órgano fiscalizador del mercado eléctrico, la Superintendencia de electricidad y combustibles, con vistas a fortalecer el control del Estado sobre el mercado Spot.

Antes de la entrada en vigencia en 2016 de la ley 20.936, en nuestro país convivían una serie de sistemas eléctricos de transmisión de energía independientes entre sí que satisfacían la demanda de energía de diversos clientes a lo largo de nuestro país. En el norte grande de nuestro país, para ser más precisos, en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta esta labor era llevada a cabo por el *Sistema Interconectado del Norte Grande*, encargado de satisfacer los requerimientos energéticos de los clientes domiciliarios de dichas regiones, así como de los grandes proyectos de la minería nacional ubicados en la zona, tales como Coyahuasi, Chuquicamata, entre otros.

Desde Taltal hasta el seno de Reloncaví se extendía el *Sistema Interconectado Central*, que poseía por cierto la mayor capacidad de producción de energía y potencia a nivel nacional y satisfacía la demanda de aproximadamente el 75 por ciento de la población; más al sur encontramos los denominados *sistemas medianos* de Chiloé y Aysén, y en el extremo austral el *Sistema de Magallanes*, quienes por cierto perduran hasta nuestros días. La ley 20.936 vino a acabar con esta multiplicidad de sistemas (pero no totalmente pues aún subsisten los sistemas medianos), estableciendo por primera vez en la historia de nuestro país, la interconexión los sistemas del Norte Grande y el Sistema Interconectado Central que juntos comprenden cerca del noventa por ciento de la energía producida en Chile.

La ley no solo introdujo cambios en el segmento de la transmisión, si no que también estableció profundos cambios en el segmento de la generación. Es así como tenemos que antes de su entrada en vigencia, este Mercado Spot se encontraba coordinado por entes bastantes particulares desde el punto de vista jurídico, los *Centros Económicos de Despacho de Carga (CDEC)*, que fueron reemplazados por el actual *Coordinador Eléctrico Nacional*, un órgano publico dotado de amplias atribuciones que estudiaremos más adelante.

1.4 Los antiguos Centros Económicos de Despacho de Carga (CDEC).

Para poder entender la forma en que se llevaba a cabo la fiscalización y sanción del mercado eléctrico antes de la entrada en vigencia de la nueva ley de 20.936 que modificó el sistema de transmisión en nuestro país y estableció la interconexión del SING y SIC, es necesario estudiar a los ya extintos actores del Mercado Spot encargados de la coordinación de la interconexión obligatoria de las grandes empresas de generación, las empresas del segmento de la transmisión troncal, así como los clientes libres, los *Centros Económicos de Despacho de Carga*.⁴

Los *Centros Económicos de Despacho de Carga (CDEC)*, creados a fines de la década los setenta mediante el Decreto Ley que creaba la Ley General de Servicios Eléctricos y perfeccionados en las décadas siguientes mediante la fórmula reglamentaria, más precisamente mediante la promulgación en el año 1985 del Decreto Supremo N° 6 del Ministerio de Energía y posteriormente en el año 1997 a través del Decreto 327 del Ministerio de Minería que establecía el reglamento de la Ley General de Servicios Eléctrico, e igualmente perfeccionados por la denominada Ley Corta II del año 2007, fueron curiosas, desde el punto de vista jurídico, entidades que no se encontraban dotadas de personalidad jurídica, y por ende no tenían patrimonio propio ni podían contraer obligaciones. Existe un amplio consenso en la doctrina respecto de lo anterior, no obstante, el Prof. Vergara Blanco⁵, sostiene que pesar de no encontrarse señalado en la ley, los Centros Económicos de Carga fueron personas jurídicas de derecho público. Consecuencia de lo anterior y atendida la naturaleza de sus funciones podría

⁴ Es importante mencionar que las empresas de distribución no forman parte del mercado Spot.

⁵ Vergara Blanco, Alejandro. En Derecho Eléctrico. 2004. Editorial Jurídica de Chile.

sostenerse que se constituían en verdaderos Servicios Públicos (a pesar de no encontrarse expresamente definidos en la ley como tales), con las importantes consecuencias que ello implica, entre las más importantes, que se encontraban sujetos a los distintos principios que rigen a estas instituciones, a saber, los de *regularidad, obligatoriedad, seguridad, confiabilidad y continuidad*. Su integración se conformaba representantes de los distintos actores del mercado eléctrico, vale decir, por empresas de generación, empresas de transmisión y clientes libres.

Como adelantábamos, su labor consistía en coordinar el mercado eléctrico de manera dar cumplimiento a los tres principios y a la vez bienes jurídicos, rectores del ordenamiento jurídico energético: producir energía al menor costo posible (Principio de eficiencia) y asegurar el suministro de energía en todo momento (Principio de seguridad), y con ello dotar al sistema de una amplia confiabilidad; asegurar el libre acceso a las instalaciones a todo aquel que cumpla con los requisitos técnicos establecidos por la ley.

Se trataba de entes técnicos de reconocida calidad en su gestión, la cual se encontraba regulada por una serie de reglamentos técnicos elaborados por la Comisión Nacional de Energía y el Ministerio de Energía, sin perjuicio de contar con sus propios reglamentos internos, que fijaban sus actuaciones cotidianas.

Se encontraban sujetos la fiscalización y supervigilancia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. En nuestro país existieron cuatro Centros Económicos de Despacho de Carga; uno por cada sistema interconectado.

Es importante mencionar que, al no poseer persona jurídica, estos entes no eran responsables por incumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley ni tampoco responsables por los delitos y cuasidelitos que cometían. Ante eventuales delitos o cuasidelitos civiles cometidos por estas entidades quienes eran responsables, eran los anteriormente mencionados miembros de los Centros económicos de Carga, y lo hacían de manera solidaria, por expresa disposición de la ley.

1.5 El Coordinador Eléctrico Nacional

Junto con establecer la interconexión de los dos sistemas eléctricos más importantes de nuestro país en uno que abarca el noventa por ciento de la energía producida por la industria nacional (superior a los 200 Mega watts), cuya línea de transmisión troncal se extiende por más de 3000 kilómetros de distancia desde la región de Arica y Parinacota hasta la provincia de Chiloé, la ley 20.936 promulgada en septiembre de 2016, vino a crear una nueva institución que hiciera frente a la labor de coordinar el funcionamiento de este gran sistema. El Coordinador Eléctrico Nacional, sustituto o más bien continuador legal de los Centros Económicos de Despacho de Carga, es como lo definía la antigua ley General de Servicios Eléctricos en su artículo 222, una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio. Importante es mencionar que, como consecuencia de lo anterior, es plenamente responsable por los delitos y cuasidelitos civiles que cometa en el ejercicio de sus funciones, a diferencia de los antiguos CDECs que al no poseer personalidad jurídica no podían ser responsables por sus delitos y cuasidelitos civiles, así como por el incumplimiento de las obligaciones que

le establecía la ley, en cuyo caso la responsabilidad civil recaía de manera solidaria entre sus miembros.

Esta institución se encuentra dirigida por un directorio conformado por profesionales de vasta experiencia elegidos mediante sistema de concurso público de oposición de antecedentes materializado por empresas de selección de personal (a diferencia de los CEDCs, donde su directorio lo integraban representantes de cada uno de los sectores del sistema eléctrico, en prorrata de su capacidad instalada).

Importante es destacar que no forma parte de la Administración del Estado y sus funcionarios no ostentan la calidad de funcionarios públicos, con una determinada excepción⁶. Goza de una total independencia respecto de los coordinados, vale decir de las empresas de la generación, transmisión y los clientes libres. Esto último es una importantísima diferencia ya que como hemos estudiado, antes de 2017, año de la interconexión y entrada en funcionamiento del Coordinador, específicamente primero de febrero de dicho año) las empresas tenían una importante injerencia en las decisiones de los CDECs pues formaban parte de su directorio, a pesar de que el reglamento del año 1997 los define como entes técnicos en su artículo primero, lo que

⁶Esta excepción es la siguiente: se consideraran como empleados públicos a los miembros que componen el directorio del Coordinador para eventuales responsabilidades penales derivadas de la comisión en todos sus grados, de los crímenes y simples delitos asociados al fenómeno de la corrupción, consagrados en el título V del Código Penal (Anticipación y prolongación indebida de funciones públicas, nombramientos ilegales, usurpación de atribuciones, Malversación de caudales públicos Fraudes y exacciones legales, entre otros) , El Artículo 260 dispone lo siguiente: “ Para los efectos de este título y del párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo aquel que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u Organismos Creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

llevaba a la idea de independencia respecto a sus integrantes, lo cual en la práctica jamás aconteció.

Aplicando la tendencia internacional, El Coordinador Eléctrico Nacional sigue el modelo de los denominados ISO (*Independent System Operator*) y desde el punto de vista de derecho administrativo, se constituye como una de las denominadas *Agencias Independientes*, lo que trae una serie de ventajas para el sistema eléctrico nacional, que son las siguientes, como describe el profesor Luis Cordero Vega⁷: *Especialización técnica, Eficacia, y neutralidad política*. Como toda agencia independiente cumple con los tres elementos que la configuran, que son respectivamente el *elemento funcional*, dado por la potestad del coordinador de dotarse vía reglamentación interna de determinados procedimientos internos en su funcionamiento; por otro lado tenemos que cumplen con el segundo elemento, o *elemento humano o de personal*, pues como mencionamos sus directores son electos de a través del sistema de concurso público de oposición de antecedentes desarrollado por una empresa externa.

No obstante, estas modernas instituciones del derecho administrativo presentan relevantes inconvenientes, tales como ser verdaderos entes que escapan de las políticas públicas del gobierno central y del control público ejercido por la Contraloría General de la República.

Sin embargo, esta bullada independencia, tan ampliamente reconocida en la ley para un sector mayoritario de la doctrina nacional no es tal, toda vez

⁷ Cordero Vega, Luis. En *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2015. Ed. Thomson Reuters. Pp. 214 y ss.

que, aunque el coordinador es independiente de los coordinados, que por cierto constituyen grandes grupos económicos configurados en verdades oligopolios⁸, éste no lo es el del gobierno de turno, ya que toca a este le determinar su presupuesto anual, y dictar una serie de instrucciones a este organismo vía reglamentaria, los cuales son resoluciones exentas y por tanto escapan al control de legalidad realizado por la Contraloría General de la Republica.

La gran pregunta es entonces determinar si lo anterior es algo efectivamente negativo o es algo positivo. A juicio de este autor, el control estatal respecto del coordinador se encuentra justificado, toda vez que el Estado necesita encaminar su actuación a las políticas energéticas vigentes y que se proyectan en el largo plazo. Es decir, debe tratarse de una entidad independiente, no obstante, que cumpla los objetivos que el estado, por ley, ha establecido.

Funciones de Coordinador Eléctrico Nacional

Al igual que los extintos Centros económicos de despacho de carga, en primer lugar, tiene la función de determinar el orden de prelación de las empresas de generación en el mercado eléctrico, inyectar la energía producida a los sistemas de transmisión y determinar los precios que se pagarán a los actores. Por su parte deben igualmente velar por el libre acceso al mercado eléctrico a todo quien cumpla con los requisitos establecidos en la ley. No obstante, la ley ha entregados a esta institución otras labores que anteriormente no se entregaron a los Centros Económicos de Carga, a saber,

⁸ Según Gregory Mankiw “Un oligopolio es un mercado en que el número de empresas es pequeño, donde las acciones de una empresa afectan a las empresas rivales en el mercado, es decir, en un oligopolio existe interdependencia entre las empresas “. MANKIW, N. GREGORY. Principios de Economía. 6ta Edición, Capitulo 16 “Oligopolios”.

asegurar la continuidad en la cadena de pagos y desarrollar investigación en materia de sistemas eléctricos. Adicionalmente, el Coordinador se encuentra a cargo de monitorear que se cumplan en el mercado las condiciones de libre competencia entre sus miembros, actuando como un verdadero coadyuvante de la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de la Libre Competencia en esta materia⁹ Todas estas atribuciones se encuentran señaladas en el artículo 72 de la ley 20.936.

Con respecto a los actores que se encuentran sujetos a la interconexión obligatoria al sistema nacional, así como a la coordinación de este órgano, estos son los siguientes, mencionados en el artículo 72- numeral segundo de la ley 20.936:

1.- Todo propietario, arrendatario, usufructuario, o quien opere a cualquier título, centrales generadoras.

2.- Todo propietario, arrendatario, usufructuario, o quien opere a cualquier título, sistemas de transporte.

3.- Todo propietario, arrendatario, usufructuario, o quien opere a cualquier título, instalaciones para la prestación de servicios complementarios.

⁹Quintanilla Hernández, Jorge. *El Coordinador Independiente y su función de monitoreo de las condiciones de competencia en el mercado eléctrico*. Publicado En *Actas de Derecho de Energía*. Nº 6. 2016. Pp 75-91.

4.-Todo propietario, arrendatario, usufructuario, o quien opere a cualquier título, sistemas de almacenamiento de energía.

5.-Todo propietario, arrendatario, usufructuario, o quien opere a cualquier título, Instalaciones de distribución.

6. - Todo propietario, arrendatario, usufructuario, o quien opere a cualquier título, instalaciones de clientes libres.

Es importante mencionar que el artículo 72 numeral segundo en su inciso segundo señala que también se encuentran sujetos a la coordinación los *pequeños medios de generación*, que no es más que un proyecto de generación cuya capacidad instalada es inferior a los 9 mega watts.

A pesar de no formar parte de la Administración del Estado, estimamos que igualmente la labor de esta institución reviste la cualidad de ser un verdadero Servicio Público, dado que su labor es fundamental para el funcionamiento de la industria nacional y la sociedad en general, siéndole aplicable por ende los principios que rigen a los servicios públicos a nuestro país, de la misma manera que a los Centros Económicos de Despacho de Carga, que ya revisamos. Quisiera reiterar que estos principios son los de *regularidad, obligatoriedad, seguridad, confiabilidad y continuidad*. Este es uno de los motivos que justifican el control que el Estado realiza para con el Coordinador, y que, para muchos autores, mina la independencia de este.

1.6 El derecho administrativo sancionador aplicado al derecho eléctrico.

El derecho administrativo Sancionador, aquella rama del Derecho Administrativo donde la Administración ejerce el *Ius Puniendi único*, o en términos prácticos, la actividad policial de la administración respecto de los administrados mediante la cual la misma asume un rol de fiscalizador y sancionador respecto del cumplimiento de las obligaciones y estándares de conducta que establecen la ley y los reglamentos respecto de un determinado conjunto de individuos que desarrollan una actividad generalmente económica, se expande a los tres segmentos de la industria eléctrica; sin embargo, su mayor desarrollo e importancia se encuentra justamente en el mercado de la electricidad.

En nuestro país, el mercado y el sistema eléctrico se encuentran sometidos a un amplio régimen regulatorio, robustecido ampliamente durante las últimas dos décadas¹¹. Encontramos en nuestra legislación un prolífico abanico de normas dictadas por la autoridad administrativa y la propia ley para asegurar sus fines, principios y la protección de determinados bienes jurídicos y el patrimonio de sujetos de derecho de toda clase, ya sea desde el gran generador hasta el cliente regulado consumidor doméstico, incluyéndose en este conjunto a los nuevos generadores de energía sustentable, clientes libres, entre muchos otros. En primer término, debemos citar la propia ley de servicios eléctricos, que establece un número importante

¹¹Las principales normas que han otorgado mayores facultades al órgano fiscalizador por antonomasia son por orden temporal el DFL 321 del Ministerio de Minería del año 1997 (Reglamento del Ley General de Servicios Eléctricos) y la Ley Corta de 2004.

de obligaciones para los interconectados, luego tenemos las distintas normativas emanadas de la Comisión Nacional de Energía.

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y deberes de conductas antes mencionadas, el legislador ha creado toda una institucionalidad dedicada a la fiscalización y sanción de los participantes del mercado eléctrico. Esta labor recae casi exclusivamente sobre la Superintendencia de Electricidad y combustibles.

En materia de Derecho Administrativo Sancionador del sector energía se han aplicado de manera sostenida a lo largo de las últimas tres décadas los principios clásicos del derecho penal, aunque matizados, siguiendo la doctrina elaborada principalmente por el Tribunal Constitucional.

La justificación de esta teoría de los matices en la aplicación de las garantías penal se encuentra en lo siguiente. Por un lado tenemos la naturaleza misma del derecho administrativo sancionar, que entre sus fines la protección de los intereses de la administración, más precisamente, lograr que se cumpla de manera eficiente con la regulación económica vigente, y permitir así que se consigan materializar los fines más amplios del Estado que dicen relación con intereses generales o colectivos; a diferencia del derecho penal donde se busca reprimir todas aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos a través de sanciones que restringen derechos fundamentales como la libertad de tránsito y los derechos políticos, donde sus principios formativo cobran gran importancia dado que deben garantizar a los imputados la mayor de las protecciones.

El legislador ha optado por entregar al derecho administrativo sancionador y no al derecho penal, la sanción de determinadas conductas no porque se trate de conductas de bagatelas o insignificantes, si no porque al momento de establecer las infracciones y sus correspondientes sanciones, tenía como fines proteger intereses colectivos o generales, y no proteger bienes jurídicos.

En la actualidad, parte importante de la doctrina administrativista de nuestro país sostiene enérgicamente la necesidad de que el Derecho Administrativo Sancionador, adquiriera una autonomía plena y esto debe lograrse a través de la elaboración y posterior reconocimiento por parte de la judicatura de principios formativos propios, que permitan a la administración conseguir los fines que persigue a través de la fiscalización y sanción de los administrados. Estos principios debiesen extenderse tanto a la actividad sustancial del derecho administrativo, e igualmente a la parte procedimental, cuestión que abordaré en profundidad en el capítulo cuarto del presente trabajo.

Lo cierto es que en la actualidad no contamos con principios formativos propios del Derecho Administrativo Sancionador, por lo que debemos utilizar los principios propios del derecho penal, pero de manera matizada. Estos principios clásicos del *Ius Puniendi* son los de *legalidad, tipicidad, culpabilidad, non bis ídem y proporcionalidad*. Estos principios tienen como fundamento garantizar a los administrados protección antes las actuaciones de la Administración, de igual manera que protegen al procesado por un eventual delito ante la actividad de la judicatura y que vienen a materializar el derecho fundamental a un debido proceso consagrado en el artículo 19 numeral tercero de la Constitución Política de la República.

Como mencionaba anteriormente, las garantías del derecho penal deben aplicarse de manera matizada en materia de derecho administrativo sancionador toda vez a diferencia del primero, este último busca proteger los intereses generales o colectivos en vez de dar garantías al imputado.

Recientemente la excelentísima corte Suprema se ha pronunciado siguiendo los lineamientos anteriormente esbozados, reconociendo la aplicación matizada de los principios penales al ámbito administrativo sancionador y reconociendo una diferencia sustancia sustancial entre ambas ramas del derecho. De esta manera, tenemos el fallo del Recurso de Casación en Rol N° 21.176- 2020 pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 10 de diciembre de 2020, que en su considerando número XX señala lo siguiente a propósito de los efectos de la sanción administrativa:

Aun cuando no exista una normativa general en ámbito sancionatorio administrativo, dicha carencia no autoriza para aplicar de manera automática las normas y principios propios del derecho penal al derecho administrativo sancionador. Tal aplicación debe hacerse dentro de los márgenes del procedimiento administrativo, ya que el recurso a los principios del derecho penal no debe llevar a desnaturalización de la potestad administrativa sancionatoria. La responsabilidad por la comisión de un ilícito administrativo se materializa con el acto administrativo sancionatorio- el que constituye un instrumento concreto para la satisfacción del interés general y determinados bienes jurídicos, sin necesidad de recurrir a otra autoridad para que este se perfeccione. Por consiguiente, produce sus efectos de manera inmediata, sus consecuencias jurídicas y materiales

se radican en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de su notificación y, una vez notificado, la Administración puede exigir su cumplimiento.

A continuación, se hace una descripción de los principios más importantes que rigen la potestad sancionatoria de la administración, que como hemos dicho, deben aplicarse de manera matizada, y de manera provisoria dado que en la actualidad la doctrina nacional no ha elaborado los principios propios de esta rama autónoma del derecho, más se encuentra en serio trabajo por lograrlo.

1.- Principios de legalidad y tipicidad matizadas en materia de Derecho Administrativo Sancionador.

En cuanto al *principio de legalidad de la sanción administrativa*, éste dice relación con que tanto la infracción (incumplimiento de la obligación que tiene su fuente en la ley) como la sanción que se confiere, se encuentren previamente señalados en la ley, lo cual constituye una necesidad para el ordenamiento en aras a conseguir uno de los fines del derecho que es la seguridad jurídica. Por su parte, la *Tipicidad* en materia de derecho administrativo sancionador es menos exigente que en derecho penal, donde se exige que la conducta tipificada se encuentre precisamente detallada, así como su pena. Es común que la ley establezca infracciones del tipo clausula general y se otorguen sanciones amplias donde se entrega al funcionario a cargo de establecer la Sanción una amplia discrecionalidad. Por otra parte, es común igualmente que las infracciones puedan crearse por vía reglamentaria, es decir no cabe la *reserva legal*; de hecho, muchas sanciones en materia de

energía han sido creado justamente por medio de reglamentos, lo cual estudiaremos con más detalle en el siguiente capítulo.

Solo por citar un ejemplo, podemos ver que en el artículo 16- B de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Electricidad 18.410 y combustibles establece la siguiente Sanción Administrativa:

Art. 16 B: Sin perjuicio de las sanciones que corresponden, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a la una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento.

Es importante recordar que, en materia penal, el *principio de tipicidad* exige que la conducta penalizada se encuentre previa y exhaustivamente detallada, es decir que se cree una verdadera figura típica, mientras que, en materia administrativa sancionatoria, esta situación es más laxa, dándole un importante rol complementario al reglamento.

2.- Principio de non bis in ídem.

En cuanto al *principio de non bis In ídem*, este dice relación con la imposibilidad por parte del órgano de la administración que ejerza sus facultades sancionadoras dos o más veces respecto de un hecho que revista

las características de una infracción, de manera similar que en materia penal, los jueces deben verse imposibilitados de conocer hechos que revisten el carácter de delito que ya han sido objeto de juicios anteriores o en curso.

Actualmente, se encuentra proliferando el debate en nuestra doctrina acerca de si una misma conducta que reviste los caracteres de Infracción administrativa y a la vez de delito, puede ser perseguida y sancionada tanto en sede administrativa y penal. Se menciona por un sector importante de la doctrina que, si existe previamente una sentencia u acto administrativo terminal, volver a sancionar la conducta controvertiría este principio.

3.- Principio de culpabilidad matizada.

Por su parte, el *principio de culpabilidad* se relaciona íntimamente con el concepto de *culpa infraccional*. En la doctrina nacional muy extendida se encuentra la idea que de que el sistema de derecho administrativo sancionatorio no puede construirse en base al modelo de la responsabilidad objetiva, donde se prescinde del elemento subjetivo, vale decir, la culpa o dolo, para determinar la existencia de responsabilidad. Muy por el contrario, se ha sostenido fuertemente, que la *culpa* es un elemento que se debe estar presente para establecer una sanción; es por esto que se ha introducido el concepto de culpa infraccional, donde una conducta culpable, es decir que incumple el estándar de cuidado exigido a una determinada persona en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (culpa contractual, que por cierto admite graduación en culpa leve, lata o levísima) o el deber general de cuidado en las relaciones con los demás (culpa extracontractual, advirtiendo que en este trabajo se adhiere a la tesis que no admite graduación, siendo equiparable a la culpa leve o cuidado que una persona medianamente

cuidadosa tendría en la ejecución de sus negocios), es tal por el solo hecho de incumplir la ley. Así por citar un ejemplo en materia de derecho de energía, el hecho de negar por parte del Coordinador el acceso al sistema de generación de un pequeño generador, constituye un incumplimiento de una obligación cuya fuente es la ley y a su vez es una conducta culposa.

4.- Principio de proporcionalidad.

Finalmente, el *Principio de Proporcionalidad*, debe entenderse desde dos dimensiones. La primera de ella dice relación con la proporcionalidad o equilibrio que debe existir entre las infracciones y sanciones administrativas tipificadas en la ley o el reglamento, de la misma manera que existe una proporción en las conductas tipificadas como faltas, simples delitos y crímenes y las penas que se le asocian. En cuanto a esta segunda dimensión, dice relación con que el órgano sancionador de la administración posee una amplia discrecionalidad para determinar una sanción administrativa, teniendo como límites los márgenes establecidos en la ley, de manera similar a la forma en que un juez penal puede determinar los grados de una pena.

Resulta relevante señalar que es muy recurrente encontrar en nuestra legislación fórmulas de determinación amplia de las sanciones, es decir infracciones que tienen asociadas sanciones de amplios márgenes de determinación.

1.7 Principales características de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles

El surgimiento de la Superintendencia de electricidad y combustibles se remonta al año 1985 con la promulgación y posterior publicación de la ley 18.410. El espíritu de esta ley fue crear un órgano encargado de velar por el cumplimiento de la normativa sectorial y supervigilar en terreno, el funcionamiento de los distintos sistemas eléctricos independientes establecidos en nuestro país en ese entonces, a través de una escueta rama de facultades y obligaciones de fiscalización y multas de insignificante poder disuasivo y que por lo tanto hacían ilusoria por aquel entonces la protección de los principios del derecho de energía¹².

Con el pasar de los años y la aparición de nuevos actores en el mercado, particularmente en el segmento de la generación, así como los avances técnicos en los distintos segmentos de la industria, y el surgimiento de nuevos y grandes problemas técnicos en la operación¹⁴, hicieron que

¹²En la primigenia ley 18.410 del año 1985 estas atribuciones se encuentran contenidas en el título primero artículo tercero. Con respecto a las Sanciones administrativas, la misma ley las establece en su título cuarto.

¹³Estos nuevos actores son las empresas generadoras de las denominadas *fuentes no convencionales de energía* como los parques eólicos y generadores fotovoltaicos, que por cierto en la actualidad representan un no despreciable X% de la capacidad instalada y se proyecta que en unos pocos años, dicha capacidad llegue un X5 de la matriz energética nacional. Por su parte encontramos el surgimiento de nuevos proyectos mineros que se configuraron como clientes libres. Adicionalmente, no hay que olvidar el surgimiento de denominados *Servicios Complementarios*.

¹⁴Con esto me refiero a los *Back-Out* o caídas del sistema acontecidos en los años 1997 y 1998 producto de las malas gestiones de los interconectados en aquel entonces Sistema interconectado Central, que hicieron necesarios famosos Decretos de Razonamiento Energético. Estos hechos fueron verdaderas fuentes materiales del derecho que motivaron la dictación de numerosos cuerpos normativos durante la década siguiente, como por ejemplos las leyes cortas I y II.

autoridad progresivamente fuera aumentando las atribuciones de esta institución y con ello aumentara la fiscalización del Estado respecto del mercado y los sistemas eléctricos. Así tenemos que la ley que crea a esta institución fue robustecida el año 1999 por la ley 19.613, que introdujo una serie de atribuciones fiscalizadoras y amplió considerablemente las multas que puede cursar a los infractores de la normativa. Luego en el año 2005 se dicta la ley Corta 2 número 20.018, que en su artículo segundo le permite, indirectamente, sancionar a los actores del mercado por fallas en la continuidad del suministro derivadas de problemas en las centrales por falta de combustibles (Gas natural) provenientes del extranjero.¹⁵ Lo anterior demuestra que el Estado desde ya unos años y en la actualidad desea tener un amplio poder fiscalizador respecto de la industria en aras a proteger los bienes jurídicos que se encuentran presentes en el sistema, como ya hemos mencionado, la seguridad del sistema, íntimamente vinculado con la confiabilidad de este, la eficiencia y el libre acceso.

La Superintendencia de Electricidad y Combustible es un órgano de la Administración del Estado descentralizado, relacionado con la presidencia a través del ministerio de Energía. Posee personalidad jurídica de derecho público y, por ende, patrimonio propio. Se encuentra regida por los principios de Legalidad y Servicialidad del Estado consagrados respectivamente en los artículos 6 y 7 de la Constitución de la República. Su labor como lo hemos mencionado anteriormente consiste en la fiscalización, sanción y supervigilancia de los actores que componen el sistema eléctrico nacional,

15: "Para los efectos del artículo 16B, las faltas de seguridad y calidad del servicio provocadas por la indisponibilidad de centrales a consecuencia de restricciones totales o parciales de gas natural proveniente de gasoductos internacionales no serán calificadas como caso fortuito o fuerza mayor.

que corresponden a las empresas de generación, transmisión, distribución, así como los servicios complementarios, concesionarios de líneas, el Coordinador Nacional Eléctrico, entre otros; así lo dispone el artículo segundo de la ley 18.410, que a continuación cito.

Artículo 2º. El Objeto de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles será fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas.

En cuanto a su orgánica, esta se compone de la siguiente manera. A la cabeza de la institución se encuentra el Superintendente de Electricidad y Combustible, cargo al cual se accede a través del sistema contenido en la ley 19.882 de Alta Dirección Pública, quien tiene a su disposición una

En cuanto a poder-deber que la ley le atribuye de fiscalizar a los actores del sistema, debemos estarnos a lo dispuesto en el artículo tercero de la ley que contiene un extenso catálogo de atribuciones, en particular los numerales 23 y 24 y por su parte el numeral 36, el cual le otorga amplias facultades correctivas respecto de las entidades supervigiladas (y también fiscalizadas) los numerales antes citados rezan de la siguiente manera. Art. 3 Ley 18.410:

23.- Sancionar el cumplimiento el incumplimiento de las normas técnicas y reglamentarias vigentes o que se establezcan en virtud de la

legislación eléctrica, de gas y combustibles líquidos relativas a las instalaciones correspondientes, con desconexión de estas, multas o ambas medidas (inciso primero).

24.- Fiscalizar el cumplimiento de los requisitos de seguridad de para las personas y bienes, en las instalaciones destinadas al almacenamiento, refinación, transporte y expendio de recursos energéticos, cualquiera sea su origen o destino, conforme se establezca en los reglamentos respectivos y en las normas técnicas complementarias.

Otra importantísima y amplia facultad de fiscalización es aquella que recae sobre el Coordinador Eléctrico Nacional y que se encuentra contenida en el artículo 72 numeral 16 de la Ley 20.936, el cual reza de la siguiente manera:

Artículo 72º- 16. Fiscalización de las funciones y obligaciones del Coordinador. Le corresponderá a la Superintendencia la fiscalización del cumplimiento de las funciones y obligaciones que la ley le asigna al coordinador y a los concejeros de dicho organismo, pudiendo ordenarle las modificaciones y rectificaciones que correspondan y/o aplicar las sanciones que correspondan.

Es importante destacar que la ley establece que la Superintendencia tendrá poder para fiscalizar no solo al Coordinador como persona jurídica, si no también a sus directores, quienes son responsables tanto civil, como penal y administrativamente por sus actos en el desempeño de sus funciones. Adicionalmente, hay que destacar el amplio poder que ejerce sobre el Coordinador dado a que puede ordenarle modificar sus decisiones.

Mas la fiscalización que lleva a cabo no solo se circunscribe al Coordinador Nacional, sino que también se extiende a todos los coordinados o miembros del sistema eléctrico, que como ya hemos mencionado, se trata de las generadoras, empresas de transmisión, servicios complementarios, empresas de distribución y pequeños medios de generación. Es importante destacar que no solo la actividad fiscalizadora se extiende igualmente a los sistemas medianos del extremo sur del país.

Finalmente, quisiera destacar el numeral 36 del artículo tercero que es un verdadero número abierto en cuanto a facultades correctivas de la Superintendencia.

36.- Adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare, con relación al cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas cuya supervigilancia corresponda.

La voz fiscalizar en términos amplios, evoca la idea de indagar por medio de procedimientos preestablecidos la actuación de determinadas personas durante un periodo determinado, con el fin de saber si es que éstas han cumplido una norma determinada. En este orden de ideas el Prof. Evans Espiñeira lo ha definido de la siguiente manera¹⁶: “Fiscalizar implica tener la potestad de intervenir en una determinada actividad, de manera de constatar el cumplimiento del ordenamiento jurídico que le sirve de sustento (por lo general, normas de orden público), con la posibilidad de sancionar su eventual incumplimiento o contravención”. En cuanto a la actividad de Supervigilancia,

¹⁶EVANS ESPIÑEIRA, EUGENIO y YAÑEZ REBOLLEDO, EDUARDO. Derecho y regulación económica de la energía eléctrica. 2018. Ed. Thomson Reuters. Página 470.

el mismo jurista se refiere a ella como “ejercer la inspección superior de los trabajos realizados por los sujetos fiscalizados”¹⁷.

Complementando lo anterior, el profesor Jorge Bermúdez Soto ha definido esta función de determinados órganos públicos en los siguientes términos: “La fiscalización se traduce la ejecución de labores de inspección, control, medición y análisis”¹⁸. Siguiendo con esa idea sostiene que “lo esencial de la misma radica en la inspección apuntada a un fin de verificación del cumplimiento de normativa o condiciones de operación”¹⁹

Señalan los profesores Evans y Yáñez queⁱ las facultades Fiscalizadoras de la Superintendencia de electricidad y combustibles se dividen en dos. Por un lado, se encuentra la *fiscalización Preventiva* y por otro lado la *Fiscalización sancionadora*, que es la que más nos importa en este trabajo.

Para ambos profesores la *Fiscalización preventiva* es aquella cuya con finalidad consiste en evitar que los sujetos miembros del sistema eléctrico, es decir empresas de generación, empresas de transmisión, distribuidores, servicios complementarios, pequeños medios de generación, entre otros, incumplan la normativa vigente, ya sea la contenida en la ley o en los reglamentos del área.

Lo anterior se lleva a cabo a través de cinco formas distintas. La primera de ellas es el control de calidad de los servicios prestados y la calidad

¹⁷ Idem.

¹⁸ BERMUDEZ SOTO, JORGE. *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*. 2013, 1er Semestre. Páginas 433 y 434.

¹⁹ Idem

de las instalaciones. La segunda dice relación con la dictación de medidas que deberá cumplir un fiscalizado tendientes a que éste dé cumplimiento a una norma en particular. La tercera manera en que ejerce esta fiscalización preventiva es mediante el escrutinio del proceso de constitución de un concesionario eléctrico. Como cuarta forma de ejercerla se encuentra la dictación de determinadas tarifas y asesoramiento a los órganos reguladores sobre el valor de determinados productos de la industria. Finalmente, y no menos importante, a través del requerimiento de información a los fiscalizados.

Por su parte, la *fiscalización sancionatoria*, se desarrolla de manera ex post a la infracción administrativa, y se compone de dos fases. La primera de ella es la labor de detección de un incumplimiento por parte de un miembro del sistema eléctrico a las prolíficas normas contenidas en la ley, mientras que la segunda fase corresponda a la dictación de una sanción administrativa con el fin de reestablecer el orden jurídico y otros adicionales que estudiaremos en el próximo capítulo. La Superintendencia posee muchas prerrogativas en el ámbito de la fiscalización sancionatoria, que igualmente desarrollaremos extensamente más adelante.

Esta actividad de fiscalización, tanto preventiva como sancionatoria, es desarrollada por medio de los procedimientos internos que han sido elaborado por la propia institución, sin perjuicio de ello, las sanciones administrativas que son cursadas se realizan por medio de un determinado procedimiento administrativo sancionador creado en base a las normas contenidas en la ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo sin perjuicio de los procedimientos especiales existentes. Esta materia será estudiada más profundamente en el capítulo cuarto de este trabajo.

Capítulo 2. Las Sanciones administrativas en general, y en particular las contenidas en la legislación del sector energía.

2.1 La potestad Sancionatoria de la Administración

Luego de habernos adentrado al estudio del Derecho Administrativo Sancionador, entregando en primer lugar una definición de éste y haciendo luego una sucinta revisión de sus principios rectores más importantes, con la expresa mención de necesidad de dotar a esta rama del derecho de sus propios principios, dejando de lado la teoría esbozada por el Tribunal Constitucional de la aplicación matizada de los principios del derecho penal, es necesario estudiar acerca de la potestad sancionatoria en manos de la Administración y del vehículo de su materialización, la *Sanción Administrativa*, como acto administrativo terminal.

En términos amplios la potestad sancionatoria de la administración del Estado es aquella facultad que recae sobre determinados órganos del Estado, investidos legalmente, para establecer un conjunto de sanciones a los administrados, ya sea personas naturales como jurídicas, que incumplan con determinadas obligaciones y estándares de conducta establecidas previamente en la ley o en los reglamentos. Estas conductas, denominadas *infracciones*, corresponden a hechos de una gravedad menor que los simples delitos y crímenes, toda vez que no lesionan bienes jurídicos; el infractor contraviene los intereses de la propia administración, que corresponden a los intereses colectivos o generales de la nación; así tenemos que la Administración ejerce la potestad sancionatoria para proteger intereses tan diversos como el orden público en materia sanitaria, la confianza de los

participantes en el mercado de valores, la preservación del medio ambiente, y en lo que concierne a nuestro trabajo, la seguridad del sistema eléctrico y el libre acceso al mismo. Mas la administración también posee intereses propios. La administración utiliza la potestad sancionatoria para efectos de hacer cumplir la regulación de distintos mercados, siendo los más importantes, el mercado de valores y el mercado eléctrico.

La doctrina nacional se encuentra conteste en que el legislador ha optado entregar la represión de las conductas que controviertan estos intereses generales, a la Administración dado que, si bien se trata de hechos que revisten en muchos casos de alta gravedad, no lesionan bienes jurídicos tales como la integridad física de las personas, el patrimonio o la seguridad nacional solo por citar algunos de los más importantes. El legislador se encuentra consciente que entregar la fiscalización y sanción de determinados temas a la administración resulta conveniente por bastantes razones, una de ellas es la celeridad con que esta puede actuar, a diferencia de los tribunales quienes se encuentran en la actualidad sobrecargados de trabajo. Por otro lado, entregar el conocimiento de las infracciones a funcionarios especializados en distintas materias (Derecho de Energía, Mercado de Valores, materias medio ambientales), resuelta más pertinente que otorgarlo a judicaturas eruditas en materias propias del Derecho Civil, Laboral y Penal.

2.2 El debate acerca de la constitucionalidad de la Potestad Sancionatoria Administrativa.

Durante los últimos cuarenta años ha existido un importante debate en nuestro país acerca de la constitucionalidad de la potestad que posee la Administración para fiscalizar y sancionar diversas conductas calificadas de infracciones. Este debate motivado por el riesgo de la *buorepresión* siempre latente, es decir, por el riesgo de que la Administración en el ejercicio de esta potestad, lesione los derechos de los administrados, siendo dos las principales posturas que más adelante se darán a conocer.

El debate acerca de la constitucionalidad de esta potestad se ha extendido por todo el continente americano y tuvo su origen en la Europa de a fines del siglo XX. Particularmente en España, el debate cobro gran importancia luego de la entrada en vigencia de la Constitución del año 1978. Lo cierto es que en España la potestad administrativa sancionatoria existió desde siempre, lo mismo que en resto de la Europa continental. La Constitución del 78 vino tan solo a reconocer esta situación mediante lo que establece en su artículo 25, que reza de la siguiente manera:

Art.25.1: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

A su vez, el artículo 25.3 de la carta fundamental española dispone lo siguiente (Que, por cierto, es lo que la doctrina ha interpretado como uno de los límites más importantes de la potestad sancionatoria)

Art. 25.3: La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

No obstante lo que podría pensarse, el hecho de que la Carta Fundamental reconociera por primera vez la potestad en estudio, no acabó el debate, por el contrario, lo volvió más acalorado. En dicha época fueron muchas las voces de académicos peninsulares que se tomaron en serio el tema de la constitucionalidad de la potestad sancionatoria de la administración. En este trabajo haremos un pequeño análisis de lo sostenido por dos de ellos: Eduardo García de Enterría y Alejandro Nieto, quienes se encontraban en posiciones contrarias, por cierto.

Inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria.

Para los profesores Parada y García de Enterría, la Constitución Española de 1978 ha cometido un considerable error en reconocer a la administración expresas facultades para conocer de determinadas conductas que previamente tipificadas se constituyan como infracciones y sus autores sean sancionados con consecuencias que hayan de insertarse en su patrimonio, pues sostienen que la facultad de conocer de tales hechos corresponde exclusivamente a los tribunales que conforman el poder judicial de la nación. Sostienen autores que jamás la administración podrá considerarse como un tribunal dado que al ser el poder ejecutivo en sí mismo, carece de dos características fundamentales de los tribunales de justicia: La

imparcialidad, independencia y garantías mínimas de un debido proceso. Esta doctrina moderna, contraria a la tradicional del derecho Administrativo peninsular, adicionalmente sostiene que la Potestad Sancionatoria en manos de la Administración sería una potestad secundaria, complementaria del derecho penal y hasta incluso auxiliar de la misma.

Resulta importante destacar que el Tribunal Constitucional Español y los Altos tribunales de la península en los albores de la Constitución respaldaron ampliamente estas concepciones; mas durante la última década ha existido un giro jurisprudencial importante, pasando a sostener las concepciones que más adelante se señalaran.

Los postulados de García de Enterría así como de Parada, y las decisiones del Tribunal Constitucional Español fueron, hace un par de décadas ampliamente reconocidas en nuestro país, siendo sus principales seguidores los profesores Eduardo Soto Kloss e Iván Oróstica, quienes adhirieron de manera prácticamente integra a las ideas de inconstitucionalidad del derecho administrativo sancionador, en base a, como decíamos, una falta de imparcialidad y una supuesta configuración normativa *prebeccariana* de esta rama del derecho; Mas afortunadamente para nuestro país estos postulados han sido progresivamente dejados de lado.

Posturas a favor de la constitucionalidad de la potestad sancionatoria.

Tanto en España como en Chile, en la actualidad, fuertes y numerosas son las voces que aseveran que la potestad sancionatoria resulta del todo constitucional, y que la misma se trata de una potestad *originaria, paralela a la potestad penal, y por ende situada jerárquicamente al mismo nivel de esta*

última, toda vez que ambas constituyen emanaciones del Ius puniendi único del Estado. Esta es la postura defendida por autores como el Profesor Alejandro Nieto en España y por Jorge Bermúdez Soto en nuestro país.

Estos autores plantean que la imposición de sanciones administrativas se encuentra justificada, toda vez que los órganos que las cursan se encuentran legal y constitucionalmente habilitados para ello, siempre y cuando respeten las garantías de un debido proceso contenidas respectivamente en los artículos 25.1 y 25.3 de la Constitución Española, y en el inciso 5to del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile.

Lo cierto es que tanto como en España como en Chile el derecho administrativo sancionador ha existido desde siempre; las constituciones de ambos países solo han venido a reconocerla. Pareciera ser que un debate más fructífero estribaría en determinar los límites de la misma, entendiendo que en ambos países ha existido y existirá el riesgo de la *burorepresión*, o el riesgo de que la administración en ejercicio de potestades poco claras o por motivos políticos vulnere los derechos de los particulares que desarrollen determinadas actividades económicas.

¿Qué han dicho los tribunales superiores de Justicia de nuestro país al respecto?

Situándonos derechamente en el contexto nacional, los altos tribunales de justicia de nuestro país no han quedado ajenos a esta discusión, por supuesto. El estudio de la jurisprudencia de la última década nos hace pensar que se han inclinado por la segunda postura, lo cual, al igual que en España

constituye un giro jurisprudencial positivo. No obstante, en la actualidad, el Tribunal Constitucional se encuentra bastante reticente a considerar al Derecho Administrativo Sancionador como una rama independiente del derecho, con lo que ello implica: sus propios principios formativos e instituciones procesales. Por su parte, afortunadamente, la Corte Suprema parece dar atisbos incipientes de un cambio de mentalidad en sus últimos fallos, reconociendo al derecho administrativo sancionador una incipiente autonomía. Es importante lo que ha dicho a fines del año 2020, en el fallo del recurso de Casación en el Fondo de la causa ROL 21.176-2020 caratulada *Forestal Santa Blanca S.A. con Fisco de Chile* (donde se discutía prescripción extintiva de una multa cursada por la autoridad sanitaria), particularmente en los considerandos Quinto y Sexto, que rezan respetivamente de la siguiente manera:

QUINTO: “ ...En efecto, siendo numerosos los casos en que la ley recurre a la potestad sancionadora de la Administración para garantizar, de un modo más eficaz, los intereses sociales en juego en ciertos ámbitos, el recurso a los principios del derecho penal no debe llevar a la desnaturalización de la potestad administrativa sancionatoria, de tal manera que con ello se desconozca la intención y fines que el legislador tuvo en consideración al momento de recurrir a ella para dotar de eficacia a las instituciones jurídicas que establece con ocasión de la regulación de las distintas materias.

SEXTO: Que el matiz que se debe efectuar en la aplicación de los principios del derecho penal a la sanción administrativa -y al que se aludió anteriormente- se advierte, verbi gratia, en la determinación de la responsabilidad por la comisión de un ilícito penal y de uno

administrativo; así, la primera se hace efectiva con la sentencia condenatoria ejecutoriada dictada por un órgano jurisdiccional, mientras que la segunda se materializa con el acto administrativo dictado por aquel órgano de la Administración al que el ordenamiento jurídico reconoce y autoriza para ejercer un poder punitivo y coercitivo de modo directo, como un instrumento concreto y eficaz para la satisfacción del interés general y la protección de ciertos bienes jurídicos que en determinados casos deben prevalecer sobre intereses particulares o privados, lo que en ningún caso es óbice para el control que de su ejercicio puedan hacer los tribunales de justicia.

En otras palabras, de la identidad ontológica entre la sanción penal y administrativa no se sigue la correlativa identidad de régimen jurídico, pues ello implicaría aceptar todas las consecuencias jurídicas del primero en el segundo, (Niето, Alejandro, Derecho Administrativo sancionador, Cuarta edición, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 161 y SS), lo que llevaría a desconocer las normas y principios de este último, como forma de lograr una artificial armonía que de dicha identidad se derivaría”.²⁰

A juicio de este autor, nos encontramos en un momento clave para zanjar esta discusión, atendido el inminente cambio constitucional. El poder sancionatorio en manos de la administración es una realidad y por lo mismo debiese reconocerse de manera expresa en la Constitución de la Republica, optándose por dejar sentado en ella cuales son los principios formativos que la rigen, así como las garantías mínimas de un debido proceso que debiesen

²⁰Extracto de la Sentencia de Recurso Casación en el fondo causa ROL 21.176, pronunciada el día 10 de diciembre de 2020, por la Tercera Sala Constitucional de la Excelentísima Corte Suprema; folio 25.

estar presente en todo procedimiento administrativo sancionador, siendo esta descripción incluso más elaborada que aquella fórmula que optó España en su constitución y que ya hemos revisado.

2.3 ¿Qué es una Sanción Administrativa?

Al igual que el tema anteriormente analizado, la discusión acerca del concepto de Sanción Administrativa ha cobrado amplia importancia en los últimos años en nuestro país, motivado por la expansión sostenida que ha experimentado el Derecho Administrativo Sancionador, lo cual ha llevado a la doctrina nacional a delimitar los alcances de las sanciones que cursa la Administración en el ejercicio de la potestad sancionatoria. De esta manera, se han elaborado conceptos por parte de destacados autores nacionales que han hecho un esfuerzo importante por describir su esencia y demás elementos de su naturaleza. En la misma tarea se han abocado los altos tribunales de la República, el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República.

El profesor Eduardo Cordero en su trabajo titulado “*Concepto y naturaleza de las Sanciones Administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena*” ha reconocido la existencia de dos conceptos de Sanciones Administrativas formulados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, principalmente por el tribunal Constitucional. El profesor de derecho administrativo nos ilustra acerca de la existencia de una *teoría amplia* de sanción administrativa y una *teoría estricta* de la misma.

Esta concepción amplia tiene su origen en España, siendo el profesor español José Suay Rincón, es uno de sus principales exponentes. Según esta teoría, una sanción administrativa “(Es) todo gravamen o decisión

*desfavorable impuesta por la Administración a un administrado, por ejemplo, la revocación de un acto favorable (así, la caducidad de una ayuda o una subvención estatal), la imposición de medida de coacción directa o la adopción de medidas cautelares*²¹

La *teoría de amplia* de sanción administrativa fue seguida por el Tribunal Constitucional durante las dos décadas pasadas en relevantes fallos, no obstante, es importante el cambio jurisprudencial de la última década donde ha decantado por un concepto más restringido. Igualmente, *la teoría amplia* ha sido otrora fuertemente seguida por la Contraloría General de La República, no obstante que durante los últimos años ha existido un importante y progresivo cambio jurisprudencial en aquella sede administrativa.

Por su parte, lo que puede considerarse como *la teoría estricta de la sanción administrativa* ha sido fruto del trabajo casi exclusivo del profesor Bermúdez, quien las ha definido de la siguiente manera:

*“(Una Sanción Administrativa es) Aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por la Administración Pública, por la comisión de una infracción administrativa”.*²²

El Contralor General de la República ha reconocido cuatro características que definen a una sanción administrativa, que a continuación paso a exponer.

²¹ Bermúdez Soto, Jorge. Elementos para definir las Sanciones Administrativas. Publicado en Revista Chilena de Derecho, número especial (1998) página 323. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650036>.

²² Bermudez Soto Jorge. Elementos para definir las Sanciones Administrativas. Publicado en Revista Chilena de Derecho, Número especial (1998). Página 236. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650036>

1.- En primer lugar, se encuentra la vinculación estricta entre una Infracción Administrativa y una Sanción Administrativa.

2.-Luego, como segundo elemento, tenemos que las Sanciones Administrativas deben encontrarse consagradas en el Ordenamiento Jurídico, lo cual es una manifestación del principio de legalidad- juridicidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

3.- En tercer lugar, sostiene el Sr. Bermúdez que toda Sanción Administrativa debe ser fruto de un procedimiento administrativo sancionador; de lo cual se infiere la imposibilidad de que la Administración curse de plano sanciones. En nuestro país, en la actualidad los procedimientos administrativos sancionadores se construyen en base a las normas y principios contenidos en la Ley General de Bases de Procedimiento Administrativo 19.880, tema que estudiaremos más profundamente en el último capítulo de este trabajo.

4.- Finalmente, reconoce el Sr. Contralor como un cuarto elemento de las Sanciones Administrativas a la *Responsabilidad*, es decir, que la norma que establece la Sanción señale quienes son responsables de la misma, destacando que no necesariamente sean culpables de la misma, como en el caso de las personas jurídicas.

Luego de revisar estos cuatro elementos, importante es destacar que la sanción administrativa como acto administrativo terminal goza de presunción de eficacia y, asimismo, de ejecutoriedad. Lo primero dice relación, con que produce todos sus efectos jurídicos, y la segunda, que puede

hacerse cumplir compulsivamente sin la necesidad de recurrir para ello a los tribunales de justicia.

Cabe mencionar que en este trabajo se siguen íntegramente los postulados del Profesor Jorge Bermúdez, toda vez que realiza un concepto depurado y preciso de lo que debemos entender una sanción administrativa, donde se establece claramente que las sanciones administrativas pueden cursarse únicamente respecto de aquellas conductas previamente tipificadas como *infracciones administrativas*.

Generalmente, en nuestro ordenamiento jurídico las sanciones administrativas constituyen multas, las cuales son fijadas por la ley o la vía la reglamentaria.

Importante es la pregunta acerca de si la administración puede establecer sanciones privativas de libertad. Es curioso que nuestra Constitución en ningún lado lo prohíbe, a diferencia de la española, por cierto.

Existen autores que plantean que dado que no solo los jueces que integran el Poder Judicial de la República están facultados para establecer restricciones a la libertad personal, perfectamente la administración podría hacerlo, eso si cuando la ley expresamente se lo permita y que jamás la propia administración a través de la vía reglamentaria pueda atribuirse tal potestad, y siempre y cuando la imposición de una sanción privativa de libertad se lleve a cabo como un acto terminal de un justo y racional procedimiento, es decir que otorgue garantías mínimas al administrado, que no son más que el derecho a la defensa, la presentación de pruebas, la motivación del acto administrativo terminal y la posibilidad de recurrir ante un órgano jurisdiccional imparcial.

2.4 ¿Cuál es el fundamento de una sanción administrativa?

Como habíamos adelantado, las Sanciones Administrativas tienen como fin materializar los intereses de la administración, que no son más que los intereses generales o colectivos. Estos intereses de la administración pueden ser muy amplios, y se extienden por todo un abanico de actividades de la sociedad contemporánea, pasando desde el sector sanitario (tan en boga el presente año), la regulación de los diversos mercados, el sistema de pensiones, y en lo que nos concierne en el presente trabajo, el mercado de la electricidad.

Puntualmente, las sanciones administrativas, se establecen con la finalidad de hacer cumplir la regulación de una determinada actividad humana o actividad económica, y con ello lograr alcanzar los objetivos o intereses propios de la administración, que debiesen ser como lo hemos dicho, los objetivos o intereses de la nación.

Es este elemento teleológico lo que justamente diferencia a las sanciones administrativas de las penas. Mientras las últimas tienen como fin la protección de bienes jurídicos (protección de la vida, integridad física, propiedad privada) las primeras tienen como fin la protección de intereses de la administración (libre acceso al sistema eléctrico nacional, resguardo del orden público sanitario, protección de determinadas áreas del territorio nacional, entre muchos otros), que corresponde o debiesen corresponder a los intereses de la nación toda. Cabe mencionar que, aterrizando un poco

estos intereses colectivos, la potestad sancionatoria en la mayoría de los casos tiene como finalidad inmediata dotar de efectividad a una normativa sectorial vigente, ya sea la regulación de una determinada actividad económica de importancia trascendental para el país, como el caso del mercado de la energía, tema en que nos centraremos a continuación.

Aterrizando aún más lo anterior, la doctrina administrativista ha elaborado una clasificación en torno a la finalidad de las sanciones administrativas. De esta manera, como lo señala el profesor Carlos Isensee, siguiendo a los autores nacionales recientes, pueden identificarse por un lado las sanciones administrativas cuyo fin es *preventivo y persuasivo (enforcement)* y, por otro lado, aquellas cuyo fin es *retributivo y persuasivo*²³

2.5 ¿Cuál es el fundamento de establecer sanciones administrativas en el mercado eléctrico?

Nuestro mercado eléctrico funciona sobre la base de tres principios: la generación de energía al menor costo posible, el libre acceso al sistema eléctrico y la seguridad de este. Son justamente estos principios, establecidos en la ley eléctrica, particularmente en los artículos 72 y 73 de la ley General de Servicios Eléctricos, recientemente sistematizada y reformulada el año 2019, lo que tanto el legislador y la administración buscan resguardar con la creación de un abanico importante de infracciones y sus correspondientes sanciones administrativas, establecidos ya en la misma ley, como en los

²³ ISENSEE RIMASSA, CARLOS. “ Pruebas y medidas cautelares en derecho administrativo sancionador, penal y civil” Ed. Librotecnia. 2018. Pp. 95-98.

reglamentos correspondientes. El trascendental precepto antes citado reza de la siguiente manera:

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.

En cuanto al segundo, esto es *el principio de generación de energía menor costo posible*, dice relación con lo siguiente.

Por su parte, el principio de la seguridad del sistema es aquel principio rector del sistema que impone un mandato a todos los coordinados, así como al coordinador eléctrico nacional la obligación,

Finalmente, pero no menos importante, el *principio del libre acceso al sistema*, dice relación con que cualquier persona que desempeñe una actividad relacionada con la generación o distribución, y que cumpla los requisitos previstos en la normativa sectorial, debe ser admitido al interior del sistema interconectado, no pudiendo en consecuencia ser objeto de actos discriminatorios por parte la autoridad eléctrica, el Coordinador Eléctrico

Nacional, ni objeto de barrera de ingreso al mercado por parte de otros competidores. *El principio del libre acceso al sistema eléctrico* viene a materializar el ideario de la libre competencia al interior de este complejo mercado, integrado por grandes conglomerados económicos, ante los cuales las pequeñas compañías difícilmente pueden competir. Uno de los fines que tuvo en cuenta el legislador de la última década, así como el ejecutivo de la presidenta Bachelet, fue la diversificación de la matriz energética, dando cabida dentro la misma a los pequeños medios de generación distribuida (PMGD) y demás medios de producción sustentables tales como los parques eólicos, lo cual parece ilusorio de concretarse sin la existencia de este principio regulador del mercado.

La libertad de acceso al sistema es una obligación tanto para los coordinados como para el Coordinador. Así lo establece el artículo 72 de la Ley de General de Servicios Eléctricos, que reza de la siguiente manera.

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:

...3.- Garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, en conformidad a esta ley.

Por su parte la Ley Orgánica Constitucional 18.410 que crea a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles es de vital importancia para este trabajo.

Artículo 15.- Las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales.

El precepto antes citado contiene la potestad sancionatoria que se encuentra en manos de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Como puede apreciarse en él, se ha establecido como requisito para establecer sanciones, el acontecimiento de una serie *infracciones* que corresponden a el incumplimiento de los 3 principios rectores del mercado, así como de las demás normas técnicas contenidas en la ley eléctrica y los reglamentos respectivos.

Mas el legislador y la Administración no solo buscan proteger estos tres principios fundamentales del funcionamiento del mercado eléctrico chileno a través de la imposición de sanciones administrativas para sus miembros. Existe un amplio conjunto de obligaciones de carácter técnico y estándares de conducta que deben cumplir tanto los coordinados como el Coordinador, cuyo incumplimiento configura una extensa lista de infracciones administrativas. En el acápite final del presente capítulo nos ocuparemos de describir cada una de ellas.

2.6 El riesgo de la *burorepresión* presente en la tutela efectiva de los intereses colectivos o generales por parte de la Administración.

En términos generales, el concepto de *Burorepresión* podría definirse como el riesgo siempre latente de que la Administración arbitrariamente lesione los derechos de un particular en ejercicio de sus potestades. En tiempos en que la justicia constitucional se encuentra, con justa razón, tan en boga, resulta importante dedicar un pequeño acápite de este trabajo a este tema.

Innumerables son las actividades humanas que día a día se despliegan en una sociedad moderna bajo el amparo de un Estado de Derecho. El derecho positivo ha entregado a los particulares una serie de derechos de índole patrimonial y de la personalidad que debiesen ser íntegramente respetados por la Administración en el ejercicio de sus atribuciones, particularmente cuando lleva adelante la *actividad de policía*. Mas lo cierto es que esto es una verdadera quimera, una ilusión, una utopía, dado que la Administración está compuesta por personas y las personas muchas veces actúan movidas por intereses ilegítimos o una desprolijidad exacerbada. Es común en el día a día la autoridad fiscalizadora- sancionadora, actúe arbitrariamente lesionando uno o más derechos de manera grave.

La pregunta que cabe hacerse es ¿cómo frenar esta situación? Lo cierto es que este riesgo constante nunca acabará, más puede reducirse considerablemente. Principalmente fijando límites claros a la potestad sancionatoria, entregando un sistema recursivo frente a los actos administrativos terminales eficiente y con un procedimiento sancionatorio

célere, entre otras figuras procesales importantes, que detallaré en el capítulo final de este trabajo.

2.7 Las Sanciones Administrativas contempladas en la ley eléctrica chilena.

En el presente acápite, realizaré una descripción de todas las sanciones administrativas contempladas en la legislación que concierne al derecho de energía en nuestro país. Sanciones contenidas principalmente en la Ley 18.410 Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y en los reglamentos dictados por el Ministerio de Energía.

Quisiera en primer lugar hacer un pequeño resumen de lo expuesto en el capítulo primero de este trabajo.

El mercado de la electricidad en Chile se divide en tres sectores productivos. El primero de ellos es el segmento Generación (el cual por sus características ha sido considerado como un verdadero servicio público por la Corte Suprema). Como su nombre lo indica, la generación corresponde a la industria encargada de la producción de la energía e inyectarla inmediatamente a las líneas de transmisión troncal. La transmisión, justamente corresponde a esta actividad de movilización de la energía a través de la línea troncal de alta capacidad; esta actividad, como lo habíamos dicho, por la particularidad de sus instalaciones corresponde a un verdadero *monopolio natural*. Por su parte, la distribución de la energía es la etapa final del proceso productivo y corresponde a la etapa en la cual se transporta la energía desde las subestaciones eléctricas hasta el domicilio o instalaciones de los clientes finales sean estos *clientes regulados* (residentes de zonas urbanas y rurales cuya potencia conectada es inferior a 50 mega watts y que

se encuentran sometidos al régimen tarifario dictado por la autoridad) o *clientes libres* (Aquellos clientes cuyo consumo es superior a 50 mega watts, quienes, a diferencia de los clientes regulados, no se encuentran sometidos a régimen tarifario alguno si no que se rigen por las normas comunes del derecho privado, vale decir, tienen plena libertad para celebrar toda clase de contratos). Importante es señalar que, en la actividad de *comercialización*, participan empresas que forman parte de los distintos sectores productivos antes señalados; un ejemplo de ello es ENEL Chile, que participa tanto en la generación con sus plantas propias y adicionalmente en la comercialización (ENEL Generación y ENEL Distribución respectivamente). Atendida la particularidad de la energía eléctrica como bien mueble no almacenable, es que el legislador ha optado por configurar el mercado como un Mercado Spot, que es aquel donde los precios que reciben todos sus participantes es el de la última unidad producida e inyectada por la generadora menos eficiente.

La labor Fiscalizadora-Sancionatoria de la Superintendencia de Electricidad y combustibles se extiende a estas tres áreas productivas, y muy especialmente al Coordinador Eléctrico Nacional, quien es un verdadero *Groupier* de un casino siguiendo la metáfora del profesor Evans Espiñeira, entre otras cosas, como ya hemos estudiado.

A continuación, me dedicaré a realizar una descripción de cada una de las sanciones administrativas contenidas en la ley eléctrica nacional, en particular de aquellas contenidas en la Ley Orgánica Constitucional que crea a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

El título cuarto de la ley 18.410, denominado *Sanciones*, es un articulado normativo complejo que sienta las bases de las sanciones

administrativas contempladas para el mercado eléctrico. Puntualmente los artículos 15, 16 y 17 de la ley establecen un catálogo de infracciones, sanciones administrativas y potestades del Superintendente de Electricidad y Combustibles respecto de todas las áreas reguladas de la industria eléctrica de nuestro país, vale decir generación en todas sus formas, transmisión y distribución ya sea a los clientes libres como a los clientes regulados. Por su parte, la colaboración reglamentaria es importante en esta área del derecho administrativo sancionador, ya sea precisando las conductas constitutivas de infracciones y con ello entregando seguridad jurídica a los miembros del mercado regulado y limitando la discrecionalidad del Superintendente al momento de imponer una sanción administrativa, tal como lo ha sostenido el profesor Jorge Bermúdez²⁴.

Desglose del título cuarto de la ley 18.410

Iniciaremos este análisis con el artículo 15 del cuerpo legal en cuestión. En él se contienen las infracciones que como ya hemos dicho son las base o supuesto necesario para la imposición de una sanción administrativa por parte de la Superintendencia de Electricidad y Combustible. En su inciso primero la ley establece expresamente que las infracciones contenidas en ella se clasifican en Gravísimas, Graves y Leves. La ley, muy acertadamente, establece una serie de conductas que se encuadran dentro de cada una de estas clasificaciones.

Las *infracciones gravísimas* se encuentran contenidas en el artículo 15 inciso 2do y son aquellas conductas de parte de los participantes del sistema

²⁴ Bermúdez Soto, Jorge. *Elementos para definir las sanciones administrativas*. Publicado en Revista Chilena de Derecho, vol.25, N°1, 1998. Página 332.

que lesionan más gravemente los intereses de la Administración, así como vulneran otros bienes jurídicos generales como la vida de personas, entre otros. Durante las últimas décadas han existido varios casos donde la Superintendencia ha corroborado la existencia de estas infracciones, siendo los más destacados los casos del Black-Out del año 2010 con posterioridad al terremoto del mismo año y el caso Central Guacolda del año 2019, que estudiaremos en los siguientes acápite. La relevancia de estos casos estriba en que en ambos la SEC cursó cuantiosas multas y los tribunales superiores de justicia confirmaron dichas decisiones, con cual ha quedado demostrada la eficacia del derecho administrativo sancionador en el mercado eléctrico chileno.

El precepto en cuestión reza de la siguiente manera:

Art.15: Las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por esta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales.

Para los efectos de la aplicación de las sanciones a que se refiere el inciso anterior, las infracciones administrativas se clasifican en gravísimas, graves y leves.

Por su parte, el inciso tercero del mismo artículo contiene un extenso catálogo con aquellas conductas que el legislador ha tipificado como infracciones gravísimas. Estas infracciones son las siguientes:

Art.15 inc.3º: Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones y que alternativamente:

1.- Hayan producido la muerte o lesión grave a las personas, en los términos del artículo 397, Nº1 del Código Penal.

2.- Hayan entregado información falseada que pueda afectar en normal funcionamiento del mercado o los procesos de regulación de precios;

3.- Hayan afectado a la generalidad de los usuarios o clientes abastecidos por el infractor, en forma significativa.

4.- Hayan alterado la regularidad, continuidad, calidad o seguridad del servicio respectivo más allá de los estándares permitidos por las normas y afecten a lo menos el 5% de los usuarios abastecidos por la infractora.

5.- Hayan ocasionado una falla generalizada en el funcionamiento de un sistema eléctrico o de combustibles, o

6.- Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo.

Como podemos ver, las *infracciones gravísimas* principalmente son aquellas que ponen en jaque el funcionamiento del sistema eléctrico, siendo a mi juicio los numerales cuarto y quinto los más relevantes. Atendida la amplitud de éstos, es que viene a jugar un papel importante la labor complementaria del reglamento. Justamente, el decreto N° 119 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del año 1989 titulado *Reglamento de Sanciones en materia de Electricidad y Combustibles* delimita, aunque escueta y desactualizadamente, un pequeño grupo de conductas que atentan contra la regularidad, continuidad o seguridad de los servicios (ya sean generación, transmisión o distribución de la energía) o que generen fallas generalizadas al sistema.

Por su parte, las *infracciones graves* en las cuales pueden incurrir los participantes del mercado eléctrico nacional se encuentran tipificadas en el mismo artículo 15, de la siguiente manera.

Art. 15 inciso 3º: Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

1.- Hayan causado lesiones que sean las señaladas en el número 1 del inciso anterior, o signifiquen peligro para la seguridad o salud de las personas;

2.- Hayan causado daño a los bienes de un número significativo de usuarios;

3.- Pongan en peligro la regularidad, continuidad, calidad o seguridad del servicio respectivo;

4.- Involucren peligro o riesgo de ocasionar una falla generalizada del sistema eléctrico o de combustibles;

5. No acaten las ordenes o instrucciones de la autoridad y en el caso de un sistema eléctrico, las ordenes impartidas por el respectivo organismo coordinador de la operación de lo cual se deriven los riesgos a que se refieren los números anteriores.

6.- Constituyan una negativa a entregar información en los casos que la ley autorice a la Superintendencia, Ministerio de Energía o a la Comisión Nacional de Energía a exigirla;

7.- Conlleven alteración de los precios o de las cantidades suministradas, en perjuicio de los usuarios, u

8.- Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo.

De la norma antes citada, a juicio de este autor las más importantes de las infracciones allí tipificadas como graves son aquellas conductas por medio de las cuales en se crea un riesgo o peligro alto de afectar uno de los pilares fundamentales del sistema eléctrico: la continuidad del servicio. De esta manera la ley, se adelanta a un problema gigantesco. Estas normas (art.15 inciso 3º numerales 3 y 4) junto a su sanción respectiva, se configura como una típica sanción administrativa preventiva-persuasiva o de *Inforcement*.

Resulta curioso por otro lado que las infracciones que se constituyen como incumplimiento de ordenes impartidas por la autoridad o el Coordinador Eléctrico Nacional (art. 15 inciso 3º numerales 5 y 6) sean consideradas infracciones graves y no gravísimas.

Finalmente, la ley 18.410 tipifica en el inciso final del artículo 15 a las Infracciones que se consideran como *leves*.

Art. 15 inciso final: Son infracciones leves los hechos actos u omisiones que contravengan cualquier precepto obligatorio y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los incisos anteriores.

Como podemos ver, las *infracciones leves* tienen un carácter residual, lo que a mi juicio atenta contra el principio de tipicidad. Más impresentable aún resulta que una infracción leve, jamás tipificada, pueda llegar a ser una infracción grave si se reitera varias veces (Art.15 inciso 3º, numeral octavo).

Resulta curioso y reprochable que la ley 18.140 no tipifique como infracciones a aquellas conductas de los participantes del mercado spot que se configuren como actos que atenten en contra de la libre competencia, sobre todo cuando la actual ley general de servicios eléctricos le otorga competencias al Coordinador Eléctrico Nacional de guardián de la misma.

Como habíamos mencionado anteriormente, las infracciones y sanciones administrativas pueden ser objeto de complementación a través de la vía reglamentaria. En materia de derecho administrativo sancionador en materia eléctrica, el principal reglamento es el anteriormente citado *Decreto*

Nº 119 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del año 1989 titulado Reglamento de Sanciones en materia de Electricidad y Combustibles.

Siendo de todo mi desagrado, merece hacer mención a dos sus artículos principales, estos son el artículo cuarto y el artículo sexto, que se refieren respectivamente a las Sanciones e Infracciones.

Art. 6º: Las infracciones e incumplimientos a las disposiciones legales, reglamentarias y normativas en materia de electricidad, gas y combustibles líquidos, como asimismo a las instrucciones y órdenes que imparta SEC, serán castigadas con alguna de las sanciones mencionadas en el artículo 4º de este reglamento, sin perjuicio de otras contempladas en el ordenamiento jurídico que no son objeto de esta reglamentación.

Sin que la enunciación sea taxativa, deberán ser sancionadas las siguientes conductas:

1.- No comunicar dentro de los plazos establecidos en la ley, los reglamentos, las órdenes e instrucciones impartidas por SEC, la puesta en servicio de instalaciones eléctricas o de combustibles.

2.- Las instalaciones eléctricas o de combustibles, de cualquier naturaleza, incluso las de uso privado, que no cumplan con las normas de seguridad que se encontraban vigentes en el momento de entrar en servicio, o bien no cumplan las disposiciones legales o reglamentarias en materia de seguridad.

3.- *La puesta en servicio de instalaciones eléctricas o de combustibles cuyos planos o ejecución no hubieren sido realizados por instaladores en posesión de la respectiva licencia o por profesionales debidamente autorizados, o se hayan utilizado productos eléctricos o de combustibles que usen indebidamente el distintivo de certificado de aprobación o bien no cuenten con dicho certificado.*

4.- *Los productos eléctricos o de combustibles que se comercialicen sin contar con el respectivo certificado de aprobación, o se use indebidamente el distintivo o certificado de aprobación o placa de características.*

5.- *No cumplir los estándares de calidad, de servicio, establecidos por disposiciones legales, reglamentarias y normativas para cada área.*

6.- *Cobrar tarifas mayores a las máximas fijadas o que se determinen por la ley.*

7.- *Mantener en servicio instrumentos y equipos de medidas cuyas indicaciones y/o registros alteren las mediciones en porcentajes que excedan lo reglamentariamente establecido.*

8.- *No entregar información requerida por SEC o proporcionar información maliciosamente falseada.*

9.- *No cumplir dentro del plazo fijado por la SEC con la extensión de servicio en las zonas de concesión.*

Resulta importante hacer la siguiente precisión. No obstante, lo que podría pensarse, la colaboración reglamentaria en esta materia ha sido escasa y, actualmente, la poca que existe resulta del todo infructífera. El reglamento antes citado no complementa absolutamente en nada a la actual Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, dado que se encuentra completamente desactualizado de la realidad energética (la industria se ha vuelto mucho más compleja desde los años 80 hasta nuestro días) y por otro lado utiliza un método escueto para definir las infracciones y sus correspondientes sanciones administrativas, adicionalmente establece un procedimiento sancionatorio del todo inconstitucional y que no se ajusta a los principios procesales actualmente en boga. Por todo lo anterior resulta del todo valido afirmar que la actual ley 18.410 es del todo suficiente para establecer infracciones, sanciones, atribuciones de la autoridad, mas no en cuanto al procedimiento administrativo sancionador que en ella se establece, cuestión que estudiaremos en el capítulo final de este trabajo.

Sanciones administrativas propiamente tales contenidas en la ley 18.410.

Sin duda, el principal articulado normativo en materia de sanciones administrativas respecto del mercado de la electricidad en Chile lo constituyen los artículos 16, 16A y 16 B de la ley 18.410. En él podemos encontrar un catálogo más o menos preciso de las distintas sanciones con que la administración castiga a quienes han cometido las infracciones contenidas en la misma ley, y complementadas por la reglamentación respectiva. Decimos que la ley se encarga de detallar de manera más o menos precisa las sanciones, en el sentido de que se encarga solo de mencionar la esencia de estas, lo cual no es si no manifestación del principio de tipicidad matizada.

Los artículos 16 y 16- A y 16-B de la ley, establecen una enumeración taxativa de cuáles son las sanciones que la Superintendencia de Electricidad y combustibles, único órgano en nuestra institucionalidad eléctrica con la potestad sancionatoria, puede otorgar a aquellos miembros del sistema que comentan una de las infracciones antes estudiadas. Importante es mencionar que los artículos 16A y 16B son de reciente creación²⁵ y vienen justamente a dotar de un mayor poder sancionatorio a la Superintendencia lo que cual es una manifestación de la expansión que ha vivido en los últimos años en el derecho administrativo sancionador en materia de energía.

Los preceptos en cuestión establecen un orden creciente en cuanto a gravedad de sanciones allí contenidas (artículos 16 y 16A), así como un conjunto de circunstancias modificatorias de la responsabilidad administrativa sancionatoria (de manera similar a lo establecen los artículos 11, 12 y 13 del Código Penal), y rezan de la siguiente manera.

Art.16: De acuerdo con la naturaleza y gravedad de las infracciones, determinada según lo previsto en las normas del presente título, éstas podrán ser objeto de las siguientes sanciones:

1.- Amonestación por escrito

2.- Multa de una unidad tributaria mensual hasta diez mil unidades tributarias anuales;

3.- Revocación de autorización o licencia;

4.- Comiso;

5.- Clausura temporal o definitiva, y

²⁵Estos artículos fueron introducidos a la ley 18.410 por medio del artículo X de la nueva ley general de servicios eléctricos de 2016.

6.- *Caducidad de la concesión provisional.*

Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias:

A.- La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

B.- El porcentaje de usuarios afectados por la infracción.

C.- El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción. D.- La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

E.- La conducta anterior.

F.- La capacidad económica del infractor, especialmente si se compromete la continuidad del servicio prestado por el afectado.

Art.16 A: Sin Perjuicio de las sanciones que establecen leyes especiales, las infracciones tipificadas precedentemente podrán ser sancionadas con:

A.- Multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales, revocación de autorización o licencia, comiso o clausura, tratándose de infracciones gravísimas, conforme a lo establecido en el artículo 15;

B.- Multa de hasta 5 mil unidades tributarias anuales, revocación de autorización o licencia, comiso o clausura, tratándose de infracciones graves, de acuerdo con el artículo antes citado, y

C.- Multa de hasta quinientas unidades tributarias anuales o amonestación por escrito, tratándose de infracciones leves.

Es importante destacar lo dispuesto por el inciso final del artículo 16 mediante al cual se limita la discrecionalidad administrativa del Superintendente al establecer los márgenes y criterios que debe utilizar al momento de establecer una sanción administrativa, de manera similar a como lo hace el artículo 66 inciso final del Código Penal respecto del Juez al momento de determinar una pena.

Al respecto, recientemente la Corte Suprema ha dicho que no es necesario que se ponderen todos y cada uno de los elementos contenidos en el artículo 16 antes descrito, bastando por ende la sola ponderación uno o más de ellos para la determinación del *quantum* de la sanción administrativa. Lo anterior podemos verlo plasmado en el considerando NOVENO de la sentencia de la causa rol 8418-2018, Recurso de Reclamación (Conafe contra SEC):

NOVENO: Que, en efecto, el estudio del proceso demuestra que, en el examen de las circunstancias a que se refiere el artículo 16 de la Ley 18.410, la autoridad administrativa dejó establecido que consideraría “particularmente” aquellas vinculadas con la conducta anterior y con la capacidad económica de la infractora, sin excluir, de manera alguna, las demás indicadas en la mencionada norma. Así, subrayó que la concesionaria ha demostrado una actuación contumaz y negligente por varios años, puesto que no ha efectuado las inversiones necesarias para superar los problemas derivados de las fallas en la continuidad del suministro eléctrico en relación a los alimentadores que, en esta ocasión, volvieron a exceder los límites permitidos en este

ámbito. Destacó, además, que la capacidad económica de la infractora es importante, considerando el porcentaje de participación que le corresponde en el mercado eléctrico. Sin embargo, también consignó el carácter instrumental de la sanción en cuanto “herramienta efectiva para el mejoramiento de la calidad y seguridad del suministro eléctrico”, y asentó, por último, que también tuvo presente las demás circunstancias aplicables en la materia.

Otro precepto muy importante contenido en la ley, es el artículo 16B de la misma que contiene una sanción poco común hasta hace unos cuantos años en nuestra legislación que consiste en la compensación económica a los integrantes del mercado spot y clientes ya sean libres y regulados. Este precepto fue una de las principales reformas que sufrió la ley de la Superintendencia y es justamente una de las atribuciones que vino a fortalecer su potestad sancionatoria. Este artículo se encontró motivado por los distintos black-Outs que acontecieron en los primeros años de la década pasada.

Art. 16 B: Sin perjuicio de las sanciones que corresponden, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a la una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento.

La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.

Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independientemente del derecho que asista al concesionario para repetir.

Como podemos apreciar el monto de la compensación a la cual hace alusión el artículo equivale cualquiera sea el caso al doble del daño producido, lo cual es un potente desestimulante para los eventuales infractores, por lo que podría hablarse que esta sanción podría encuadrarse dentro de aquellas de *Inforcement*. Igualmente, es destacable el inciso final que contempla la acción de repetición para aquellos concesionarios obligados al pago de una compensación, la cual se encuentra sujeta a las normas y principios del derecho privado común.

Esta sanción ha tenido amplia aplicación en los últimos años atendida la importante cantidad de eventos de indisponibilidad de suministro que principalmente han acontecido en la Región Metropolitana con motivo de inclemencias climáticas. Pareciera ser que no obstante ser altamente gravosa para el infractor, no ha cumplido su función disuasiva lamentablemente dado que las empresas de distribución que han sido sancionadas en este sentido han incurrido nuevamente en las conductas en varias oportunidades, como es el caso de CGE distribución. A pesar de lo anterior, parece ser que esta sanción administrativa es percibida por la opinión pública como una

retribución bastante justa por los daños causados con ocasión de estos eventos.

Otro punto muy importante con relación a las sanciones administrativas contenidas en la ley eléctrica es la prescripción de las mismas. Al respecto, señala el artículo 17 bis de la ley 18.410 que las sanciones cursadas por el Superintendente prescriben dentro del plazo de 3 años contados desde el hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa. El precepto en cuestión reza de la siguiente manera:

Art.17 Bis: La Superintendencia no podrá aplicar sanciones luego de transcurridos tres años desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse la infracción o de ocurrir la omisión sancionada.

A Continuación, y a modo de cierre de este capítulo, paso a exponer dos de los casos más importantes en los cuales se ha materializado el derecho administrativo sancionador en materia eléctrica. El primero de ellos, es el caso Black-Out de 2010 donde se vieron involucrados gran parte de los actores de la antigua institucionalidad (CDEC, Generadoras, SEC, entre otros) y que por lo mismo nos sirve para ilustrar el panorama del derecho administrativo sancionador antes de la entrada en vigencia de la ley de transmisión e interconexión del año 2016. Posteriormente, se analizará el caso Guacolda del año 2019, cuya importancia estriba en dos puntos: Primeramente, en él la Corte Suprema reconoce la existencia del Derecho Administrativo Sancionador y, por otra parte, es el caso donde la Superintendencia ha cursado las multas más cuantiosas de la historia. Adicionalmente, este caso nos permitirá ilustrarnos acerca del funcionamiento del sistema de fiscalización- sanción vigente, vale decir con

las nuevas instituciones y sistemas eléctricos que existen en nuestro país (Coordinador Eléctrico Nacional, Sistema Interconectado Nacional, entre otros).

2.8 Caso Black-Out 2011

El día 24 de septiembre del año 2011, en la zona del norte chico y central del nuestro país, se produjo un apagón generalizado que se extendió por cerca del 80 por ciento del Sistema Interconectado Central de aquel entonces, afectando a cerca 9 millones de clientes regulados y varias decenas de clientes libres, desde la tercera a la décima región, por lo que su impacto económico fue enorme. En dicha oportunidad, luego de una extenuante investigación que duró cerca de un año, llevada a cabo por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles se llegó a la determinación por parte de la misma de la existencia de una serie de infracciones gravísimas llevadas a cabo por varios miembros del mercado spot en dos de sus etapas (Generación y transmisión); siendo puntualmente los sancionados en dicha oportunidad TRANSELEC, COLBÚN, ENDESA e HIDROELECTRICA GUARDIA VIEJA.

Tal como lo determinó el extenso proceso de investigación llevado adelante por la Superintendencia, las infracciones cometidas por las empresas antes aludidas correspondieron a los siguientes hechos. En primer lugar, se produjo la desconexión de la barra de generación de 220 KV de la subestación Ancoa, administrada por TRANSELEC, lo cual constituye un grave incumplimiento de su deber de supervigilancia de las instalaciones del sistema. Adicionalmente, se ejecutó en dicha ocasión un proceso de recuperación de la energía lleno de errores, particularmente en las centrales Colbún y Rapel, y en las subestaciones Alto Jahuel y Los Quilos, todo lo cual

atentó contra el principio fundamental de la continuidad y confiabilidad del servicio y elevó sustancialmente los costos operacionales, que finalmente fueron soportados por los clientes.

En cuanto a las sanciones cursadas, estas consistieron en cuantiosas multas contenidas en la orgánica de la SEC, por cierto, las más altas cursadas hasta la fecha en el sector, sumando más de 3, 5 millones de dólares. El desglose de las mismas es el siguiente:

- 1.-TRANSELEC (segmento distribución): 1.300 UTA.
- 2.- ENDESA (segmento generación): 1.200 UTA
- 3.- COLBÚN (segmento generación): 1.100 UTA
- 4.- CENTRAL GUARDIA VIEJA (segmento generación): 50

UTA²⁶

La importancia de este caso radica en que por primera vez se hicieron cuestionamientos serios a la institucionalidad energética vigente en todas sus áreas. En cuanto a la coordinación del sistema, se planteó que los CEDCs debiesen desaparecer dada su precariedad técnica. Por su parte, se cuestionó la permanencia de distintos los sistemas eléctricos que funcionaban paralelamente en la época. En tercer lugar, se tomó conciencia de que el Estado debería asumir un rol más preponderante en la materia, no solo atribuyendo más facultades fiscalizadoras- Sancionatorias a la Superintendencia, si no que participando directamente en el mercado.

²⁶Fuente: Revista Electricidad, publicación " SEC multa con más de .700 millones a cuatro eléctricas por masivo blackout del "24S" de 2011" disponible en <https://www.revistaei.cl/2012/10/17/sec-multa-con-mas-de-700-millones-a-cuatro-electricas-por-masivo-blackout-del-24s-de-2011/>

2.9 El Caso Guacolda 2019.

El funcionamiento de la Central Guacolda, propiedad del grupo AES GENER, nunca ha sido un tema pacífico. Ubicada en la tercera región de nuestro país, esta central generadora de energía eléctrica a carbón siempre ha sido sujeto de conflictos jurídicos, ya sea medioambientales, ya sea energéticos.

En lo que nos concierne, todo comenzó con la denuncia que hiciera en abril de 2019 el Coordinador Eléctrico Nacional a la Superintendencia en la cual se sostenía que la termoeléctrica había incumplido su deber de entregar información veraz y oportuna respecto de sus operaciones, puntualmente, respecto de una serie de operaciones llevadas a cabo en abril del año 2019. Lo anterior a juicio del Coordinador se configuraba como una infracción gravísima de aquellas contenidas en el artículo 15 de la ley 18.410 y por ende merecedora de una de las sanciones de multa más amplias contenidas en el mismo cuerpo legal. Luego del procedimiento administrativo sancionador pertinente, la Superintendencia llegó a la determinación de la existencia de la infracción consistente en entregar información errónea injustificadamente al Coordinador, lo cual trajo como consecuencia que los costos operacionales de todo el sistema aumentaran considerable aquellos días.

Determinada la existencia de la infracción, correspondió a la Superintendencia determinar la sanción correspondiente: 66 mil UTM (correspondientes a 3.216 millones de pesos) que se dividen a su vez en dos sanciones. La primera, consistente en una multa de 60 mil UTM justamente por la entrega de la información falsa y una segunda que alcanza las 6 mil

UTM por haber realizado maniobras tendientes a dificultar el proceso de auditoría técnica desarrollado por la Superintendencia.²⁷

La sanción en cuestión fue otorgada el día 19 de junio de 2019; luego, dentro del plazo que le confiere la ley, la generadora interpuso el recurso de reposición respectivo negando todos los hechos que se le atribuían, el cual fue desestimado en su totalidad finalmente en el mes de septiembre por el órgano sancionador.

La importancia de este caso estriba en varias situaciones. En primer lugar, es una muestra de lo relevante que resulta la obligación de suministrar al Coordinador información, ya que sin ella resulta imposible materializar el principio de operación al menor costo posible. Por otro lado, fue ha sido el caso más importante hasta la fecha donde el Coordinador ha hecho uso de su poder-deber de garante de la libre competencia al interior del mercado eléctrico (a pesar de que posteriormente la Fiscalía Nacional Económica desestimara los cargos). Adicionalmente, la Superintendencia hizo uso de las nuevas atribuciones que le fueron otorgadas el año 2016 mediante la modificación de su ley orgánica. Finalmente, la gran multa de todas maneras se constituye como una sanción ejemplificadora para los integrantes del mercado spot.

Fuente: revista Electricidad “SEC multa a Guacolda con más \$3.200 millones por afectar operación del sistema eléctrico” Publicado el día 27 de junio de 2019.

Disponibile en: <https://www.revistaei.cl/2019/06/27/sec-multa-a-guacolda-con-3-200-millones-por-afectar-operacion-del-sistema-electrico/>

Capítulo 3.- PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PARA EL MERCADO ELÉCTRICO

3.1.-El Procedimiento Administrativo Sancionador.

El Procedimiento Administrativo Sancionador, tan en boga en el último tiempo, es el vehículo por medio del cual la Administración concreta sus actuaciones respecto de los administrados sometidos a la potestad sancionatoria. Encuentra su consagración constitucional en el artículo 19 numeral 5 inciso 3º de la Constitución Política de la República. De este hecho se desprende que solo puede ser creado por una ley y sus disposiciones deben respetar las garantías mínimas de un debido proceso. En este orden de ideas el Prof. Jorge Bermúdez señala: *“El Procedimiento Administrativo tiene una vinculación constitucional directa. En virtud de ella los ciudadanos no pueden ser considerados como objetos del procedimiento administrativo, sino que son sujetos de derecho y partes, que están vinculados en el proceso de toma de decisiones, y en el cual deben tener la posibilidad de que sus conocimientos, puntos de vista, y que sus proyectos sean tomados en cuenta”*.²⁸

Como todo procedimiento administrativo, se trata de una serie de actos/trámites que se desenvuelven progresivamente con el fin de dictar un acto administrativo terminal, que en este caso se trata de una sanción

²⁸BERMUDEZ SOTO, JORGE. Fundamento y límites de la potestad sancionatoria administrativa en materia ambiental. Publicado en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL. año 2013. Página 438.

administrativa, que como hemos estudiado puede consistir en una multa, compensación, entre otras. Esta definición emana de lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

Justamente, el 29 de mayo de 2003, se publica en el diario oficial la Ley 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo, que vino por un lado a dotar de contenido la garantía constitucional antes aludida y por otro a solucionar el problema de dispersión normativa en materia de procedimientos administrativos, con la consiguiente falta de seguridad jurídica que ello conllevaba.

La Ley de Bases de Procedimientos Administrativo contiene una serie de trámites, plazos y muy importante, principios rectores, que deben guiar los procedimientos administrativos en cada una de sus etapas, teniendo expresamente un carácter supletorio según lo consigna su artículo primero, el cual sin embargo deja fuera de aplicación a la toma de razón por parte de la Contraloría.

Desde su dictación en 2003 hasta la actualidad, esta ley ha servido fuertemente de base al procedimiento administrativo sancionatorio, siendo complemento de los procedimientos creados en leyes especiales ya sea en las normas de ordenatio litis como en lo que respecta a los principios inspiradores. Existe cierto consenso en la doctrina administrativista, acerca de que a falta de norma expresa en determinado procedimiento administrativo sancionatorio especial, debe aplicarse de manera supletoria las normas contenidas en la ley de bases de procedimiento administrativo y nunca las normas que regulan los procedimientos civiles y penales, pues justamente el

legislador al crear la ley antes aludida quería dotarla de una verdadera función de descarga; esta es la opinión sostenida por el profesor Flavio Quezada.²⁹

3.2.- ¿Existe actualmente un procedimiento administrativo sancionador aplicable al mercado eléctrico?

Lo situación antes descrita no ha sido una realidad ajena al sector eléctrico. De hecho, en la actualidad los procedimientos administrativos sancionatorios se construyen a partir de las normas contenidas en los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22 la ley 18.410 y supletoriamente por las normas y principios contenidas en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

A continuación, se presenta la estructura que siguen en la actualidad los procedimientos antes aludidos: Iniciación, Instrucción y Finalización.

Si bien es cierto, un procedimiento de esta naturaleza puede iniciarse por distintas formas tal como lo señala el artículo 29 de la Ley 18.880, quisiera desarrollar el que a mi juicio es el que tiene mayor aplicación en materia de fiscalización y sanción del mercado spot: la denuncia.

La Denuncia

La denuncia es un acto-trámite procesal por medio del cual uno o más interesado da a conocer a la Superintendencia la existencia de una conducta que revista las características de una infracción previamente tipificada en la

²⁹QUEZADA RODRIGUEZ, FLAVIO. Procedimiento administrativo sancionador en la ley N° 19.880. Pp.100 y 101.

ley en los reglamentos respectivos. En materia eléctrica es común que los interesados en que se sancionen conductas sean los mismos miembros del mercado spot, como lo son aquellas empresas que han visto mermadas sus ingresos producto del incumplimiento de entregar información veraz y oportuna en el desenvolvimiento de las operaciones del sistema, solo por citar un ejemplo. Importante es la figura del Coordinador del sistema en este punto, pues es la propia ley quien le obliga a denunciar todas y cada una de las infracciones administrativas que se susciten en el mercado. Son interesados igualmente, los clientes del sistema, y de ellos, los más importantes, los clientes libres, que son quienes pueden ejercer mayor presión en la autoridad, atendidas a sus condiciones económicas. Todo lo anterior se encuadra perfectamente con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo que señala quienes son interesados en el procedimiento administrativo.

Art. 21: Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1.- Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.

2.-los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

3.- Aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Como todo procedimiento administrativo, consta de las tres etapas que señala la ley 18.880 en su artículo 18 inciso segundo, a saber: Iniciación, Instrucción y Finalización.

La iniciación.

Tal como lo señala el artículo 28 de la ley 19.880, todo procedimiento administrativo comienza con la Iniciación, y los procedimientos administrativos sancionatorios en materia de energía no son la excepción.

La iniciación de los procedimientos sancionatorios en esta materia puede iniciarse de oficio o a petición de parte. A su vez, la iniciación de oficio puede suscitarse por diversas formas (art. 29 Ley 19.880), a saber: por iniciativa del propio órgano fiscalizador, por orden de órgano superior, por petición de otros órganos y la más importan como ya hemos señalado, por la denuncia.

Con respecto a la facultad de iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador, el profesor Quezada señala lo siguiente: *“Podrá iniciarse de oficio cuando la Administración, por cualquier medio, tome conocimiento de hechos que pudieren constituir una infracción administrativa; o, cuando un particular le haga presente, mediante una denuncia, antecedentes que, por sí o todos en su conjunto, hacen suponer razonablemente que hay fundamento para iniciar un procedimiento administrativo”*.³⁰

³⁰QUEZADA RODRÍGUEZ, FLAVIO. Procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880. Ed. Librotecnia. 2018. Pp. 136-137.

Por su parte, el artículo 17 de la ley 18.410 establece que toda sanción válidamente cursada debe fundarse en un procedimiento que se inicie con la formulación precisa de cargos, con su respectiva notificación al imputado para hacer valer su defensa.

Cualquiera sea el medio a través del cual se dé inicio a un procedimiento, deberá levantarse un *acuerdo de iniciación*, que será el primer acto-trámite propiamente tal del procedimiento sancionador. Lo anterior en conformidad con lo establecido por el artículo X de la ley 19.880.

La instrucción.

La segunda y más importante etapa presente en los procedimientos administrativos sancionatorios es la instrucción. La ley 19.880 desarrolla esta etapa en su párrafo tercero y nos entrega una definición muy elocuente respecto de los actos de instrucción en su artículo 34.

Art 34: Actos de instrucción. Los actos de instrucción son aquellos necesarios para la determinación, conocimiento, y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto.

Se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención, o constituyan tramites legal o reglamentariamente establecidos.

A su vez, la ley 18.410 contiene una norma especial respecto de esta etapa y que prima respecto a las contenidas en la ley de bases. La norma en

cuestión es el artículo 17 que establece un plazo diferenciado para efectuar defensas por parte del imputado.

Art.17 inciso segundo: toda sanción aplicada por la Superintendencia deberá fundarse en un procedimiento que se iniciará con la formulación precisa de los cargos y su notificación al imputado para que presente su defensa. El plazo conferido para presentar los descargos no podrá ser inferior a quince días.

Durante la instrucción, la Superintendencia realiza todas las actividades de indagación destinadas a determinar la existencia de las infracciones administrativas informadas en la etapa de iniciación del procedimiento. Durante este periodo, puede llevar a cabo inspecciones personales, solicitar informes a distintas entidades tales como el Coordinador, empresas de todos los segmentos, oficiar a distintos órganos públicos, entre otras herramientas.

Complementando lo anterior el profesor Quezada señala lo siguiente: *“Durante esta etapa se llevarán adelante los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto término que justifica el procedimiento (artículo 34 de la LBPA). De esta manera, la finalidad de esta etapa será determinar si los hechos son constitutivos de una infracción administrativa, cuáles son las circunstancias relevantes de la misma, la precisa sanción que el ordenamiento jurídico impone a dichos hechos, y quienes han tenido participación en ellos”.*³¹

³¹QUEZADA RODRIGUEZ, FLAVIO. Procedimiento administrativo sancionador en la ley 19.880. Ed.Librotecnia. 2018. Página 140.

Como mencionara en el capítulo primero de este trabajo, en este periodo es donde verdaderamente tiene lugar la denominada *fiscalización sancionatoria* desarrollada por la Superintendencia. Como señala el profesor Eugenio Evans, “*es aquella que tiene como objeto detectar la infracción por parte de las empresas de servicios eléctricos a la normativa vigente y reestablecer el orden jurídico y técnico quebrantado, mediante la aplicación de una sanción*”³²

Otro punto relevante del periodo de instrucción dice relación con posibilidad que tiene la Superintendencia de decretar un amplio grupo de medidas provisorias tendientes a proteger los intereses de los actores del mercado. Esto tiene su fundamento en el artículo 32 de la ley 19.880. Importante es destacar que estas medidas provisorias pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Cabe preguntarse acerca de la extensión del periodo de instrucción en los procedimientos administrativos sancionatorios en materia de energía. Lo cierto es que la ley 18.410 nada dice acerca de esto, y lo mismo ocurre con la ley 19.880 por lo cual las investigaciones pueden extenderse por mucho tiempo, lo cual a mi juicio en materia de electricidad no es un punto negativo, atendida la naturaleza de las infracciones administrativas que se suscitan en el mercado eléctrico, que generalmente son problemas de ingeniería de alta complejidad técnica que requieren del trabajo mancomunado de distintos equipos de profesionales ya sea del ámbito jurídico, ingenieril, económico entre otros, tal como aconteció el año 2011 con la investigación del caso

³²EVANS ESPIÑEIRA, EUGENIO. Derecho y regulación económica de la energía eléctrica. Ed. Thomson Reuters. 2018. Página 481.

Black-Out cuya duración fue de cerca de un año. El eventual problema de una excesiva extensión en la investigación viene solucionado en parte por los *principios de celeridad y economía procedimental* contenidos en los artículos 7 y 9 de la ley 19.880, que por cierto son obligatorios para los instructores de los procedimientos administrativos sancionatorios. Por su parte señala el profesor Carlos Isensee, los artículos 3º inciso segundo, 5º, 51, 52 inciso final y 62 número octavo de la Ley Nº 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado obliga a la Superintendencia a actuar dentro de la lógica de eficacia y eficiencia³³

Art.7 inciso segundo: las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expedito los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

Art. 9: Principio de economía procesal procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Periodo probatorio y valoración de la prueba

Ante el evento que, dentro de un procedimiento administrativo sancionador, luego de la investigación acerca de la veracidad de los hechos constitutivos de infracción contenidos en el auto de apertura del expediente,

³³ISENSEE RIMASSA, CARLOS. Prueba y medidas cautelares en el derecho administrador sancionador, penal y ccy civil. Ed. Librotecnia. 2018. Página 33.

la Superintendencia establezca que existen uno o más hechos relevantes de difícil determinación en cuanto su existencia, extensión y circunstancias modificatorias de responsabilidad, esta puede abrir un verdadero término probatorio. El artículo 35 de la Ley 19.880 establece que prudencialmente la autoridad administrativa puede iniciar uno cuya extensión no podrá ser menor a 10 días ni superior a 30, por su parte, nos encontramos con la norma especial contenida en la ley 18.410, que es su artículo 17 y que dispone que “*la Superintendencia dará lugar a las medidas probatorias que solicite el imputado el imputado en sus descargos, o las rechazará con expresión de causa*”. Complementa lo anterior el artículo 36 de la ley 19.880 que dispone que deberá la autoridad comunicar a los interesados con “la suficiente antelación” el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. El precepto antes señalado no hace más que materializar la garantía del debido proceso contenida en el artículo 19 numeral 3º inciso quinto de la Constitución Política de la República en lo que respecta al momento de presentación prueba dentro del procedimiento administrativo sancionador.

Sistema de valoración de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador.

La valoración de la prueba es un proceso psicológico por medio del cual el juez o en este caso, el funcionario instructor de un procedimiento administrativo sancionador, analiza y pondera cada uno de los medios de prueba ofrecidos por las partes (en materia administrativa sancionatoria, los medios aportados por la propia Administración, los presentados por el imputado y aquellos presentados por los interesados) con el fin de obtener

una convicción acerca de la existencia de determinados hechos, a través de una serie de razonamientos que permitan inferir lo anterior.

Al respecto Nieto sostiene: *“El objetivo de la indagatoria no es llegar a la convicción personal del instructor de que los hechos han existido si no el “probar objetivamente” su existencia de tal manera que esta pueda ser constatada por terceros. O en los términos de la STC 134/1991, de 17 de junio, que su “resultado demuestre tanto la existencia del hecho punible como la participación y responsabilidad que en él tuvo el acusado”.*³⁴

El artículo 35 de la ley 19.880 establece que la prueba será apreciada por el instructor “en conciencia”, en la actualidad no existe consenso en la doctrina acerca del alcance de la afirmación. El profesor Carlos Isensee reconoce dos interpretaciones de esta trascendental afirmación³⁵. La primera de ella dice relación con que el sistema de valoración de la prueba en materia de procedimiento administrativo sancionador sería aquel de la *Valoración en conciencia*. Este sistema se caracteriza por cuanto el Juez no se encuentra obligado a respetar determinadas normas epistemológicas al momento de determinar la existencia de determinados hechos; tiene un amplio margen metodológico, donde incluso puede hacer valer sus propias concepciones respecto determinadas materias, es decir, se trata de un sistema de valoración de prueba bastante libre. Por otro lado, ha surgido la interpretación dice relación que la frase “en conciencia”, corresponde a un sistema de valoración de la prueba de *Sana Critica*. En este sistema, se obliga al juez al

³⁴ NIETO, ALEJANDRO, Derecho administrativo sancionador. Quinta edición totalmente reformada. Ed. Tecnos. 2012. Página 501.

³⁵ ISENSEE RIMASSA, CARLOS. Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil. Ed. Librotecnia. Pp.55 y ss.

momento de valorar la prueba con su consiguiente razonamiento para esclarecer la existencia de los hechos relevantes y contradictorios de un procedimiento a respetar una serie de normas epistemológicas que son no más que las normas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afiatados.

Estándar de valoración de la prueba

El tema del estándar probatorio en esta materia es un tema complejo y que ha suscitado durante los últimos años gran interés por parte de la doctrina, motivado por la expansión del derecho administrativo sancionador y la necesidad de dotarlo de su propia construcción dogmática y por ende de independencia respecto de otras ramas del derecho, en particular, del derecho penal. Lo cierto es que la Ley 19.880 no contempla un estándar de prueba, entonces ¿cómo es suplida esta importante falencia?

¿Cuál es el estándar de convicción a la que debe arribar la autoridad a cargo de dictar una eventual sanción administrativa para tener como probado un hecho constitutivo de infracción administrativa?

Para responder a esta pregunta, el profesor Carlos Isensee señala que primeramente debemos distinguir entre los fines que persigue una sanción administrativa. De esta manera podemos encontrar sanciones administrativas con una finalidad *preventiva o persuasiva*, o sanciones administrativas cuya finalidad *retributiva y persuasiva*³⁶. En el primer caso, por tratarse las infracciones de verdaderos quebrantamientos al *status quo*, vale decir,

³⁶ISENSEE RIMASSA, CARLOS. Prueba y medidas cautelares en derecho administrativo sancionador, penal y civil. Ed. Librotecnia 2018. Pp. 97 y ss.

incumplimiento de la normativa sectorial, generalmente económica, donde no se encuentra en juego la presunción de inocencia del imputado ni penas privativas de libertad, el estándar probatorio por ende debiese ser bajo (mínimo epistémico como señala Isensee), bastando aquel de *prueba prevalente*. En el segundo caso, se trata sanciones administrativas, donde por un lado se sancionan conductas inaceptables y por ello prohibidas, y por otro se configuran como verdaderos mecanismos disuasivos para hacer cumplir la regulación, por lo que su estándar probatorio debe ser en principio superior al anteriormente aludido.

Frente a esta peculiar situación dual contemplada en la legislación, Isensee propone que el estándar probatorio en el procedimiento administrativo, debiese ser *"considerablemente inferior al de la duda razonable, y algo superior a preponderaciónb de la evidencia"*⁸⁷ toda vez que *"... para elaborar un estándar de prueba lo relevante será determinar cuánto nos podemos equivocar al momento de resolver el procedimiento y tener por probado un enunciado de hecho, lo que se traduce en cuanto riesgo de error toleremos. De este modo, y ante la hipótesis que resulte con mayor fuerza probatoria, debemos preguntarnos cuán probable de ser para tenerla por probada. Es por ello que el estándar de prueba es considerado como regla que define el grado de suficiencia de prueba necesaria para tener por probada aquella hipótesis que resultó como lo más probable. Por lo anterior, la respuesta del grado de suficiencia dependerá, como dijimos, de cuanto riesgo de falsos positivo- inocentes condenados- nos parece tolerable. De este modo, esta tolerancia al error, dependerá de cuán perjudiciales nos parezcan*

³⁷ ISENSEE RIMASSA, CARLOS. Prueba y medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionador, penal y civil. Pp.100.

*las consecuencias de un error, al dictar sentencia definitiva o el acto administrativo de término”.*³⁸

Otro punto importante, es aquel que dice relación con la facultad que concede la ley 19.880 a un órgano que ejerza la potestad sancionatoria para solicitar Informes a distintas entidades con el fin de determinar determinados hechos o circunstancias. Lo anterior encuentra su consagración en los artículos 37 y 37 bis de la Ley. Muy importante resulta lo dispuesto por el artículo 38 que señala que el valor de los mismos en ningún caso resulta vinculante para el instructor.

Art. 38: Valor de los informes. Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

Si el informe debiera ser emitido por un órgano de la Administración distinto del que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones.

La finalización del procedimiento.

Los procedimientos administrativos sancionadores en materia de energía pueden terminar por distintas vías, siendo las más comunes las contenidas en la ley 18.410, la cual dispone en su artículo 17 inciso tercero que *“la resolución que se dicte en definitiva deberá pronunciarse acerca sobre*

³⁸ idem.

las alegaciones y defensas del imputado y contendrá la declaración de la sanción impuesta o la absolución. El pronunciamiento anterior se hará dentro de los 40 días de evacuada la última diligencia ordenada en el expediente”.

Atendido el principio de especialidad, la norma antes citada prima respecto de las disposiciones contenidas en la ley 19.880, particularmente los artículos 40, 42 y 43.

Mas no solo el Superintendente de Electricidad y Combustibles se encuentra facultado para cursar las sanciones contenidas en la ley; existe en la ley 18.410, particularmente en el inciso quinto del artículo 17, una delegación expresa de competencias respecto de los directores regionales de la Superintendencia. No obstante, se trata de una delegación limitada, pues solo podrán cursar las sanciones que el Superintendente les instruya cursar. Todo lo anterior es complementado por la resolución exenta número 533 del año 2011 del órgano sancionador, en la cual se detallan latamente las facultades de los Directores Regionales ³⁹. El precepto legal en cuestión reza de la siguiente manera:

Art.17 inciso quinto: los Directores Regionales de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles tendrán competencia en su respectiva región, para instruir, dentro del marco de atribuciones que la ley le otorga a la referida Superintendencia, toda clase de investigaciones. No obstante, solo podrán aplicar aquellas sanciones para las cuales les haya sido delegada la atribución por el Superintendente.

³⁹ Disponible en: https://www.sec.cl/transparencia/docs2011/resolucion_533_2011.pdf

La resolución exenta que pone término al procedimiento administrativo sancionador en materia eléctrica, como todo acto administrativo terminal, debe contar con todos los requisitos señalados en el artículo 41 de la ley 19.880. Dicho precepto contiene la obligación de fundamentar las decisiones, debiendo la Superintendencia hacerse cargo de todas y cada una de las alegaciones de las partes del procedimiento. Lo anterior no hace más que materializar los principios de inexcusabilidad y conclusivo, contenidos respectivamente en los artículos 14 y 8 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

Lo común de las resoluciones exentas dictadas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles es que posean una extensa parte considerativa donde se incluyen elementos tales como gráficos, tablas e incluso imágenes para ilustrar sus razonamientos, los cuales son del todo necesario atendida la naturaleza ingenieril de las eventuales infracciones. Por su parte, la parte resolutoria de la misma, es bastante escueta y contiene por un lado la sanción cursada o en su caso, la absolución del imputado, acompañada del plazo otorgado para cumplirla, sumada a una remisión a los recursos con que cuenta el eventual agraviado por la decisión.,

A continuación, se presenta a modo de ilustración de lo anterior, la parte resolutoria de la resolución exenta de término del procedimiento N° 33.586-2020 pronunciada el día 12 de noviembre de 2020, y dictada por el Director Regional de la Superintendencia de la Región de Arica y Parinacota, mediante a la cual se sanciona a la empresa distribución Empresa Compañía

General de Electricidad, por transgresión al artículo 205 del DS 327 y 139 del DFL4 (Falta de mantención de las instalaciones): ⁴⁰

“RESUELVO:

1º Sanciónase a la Empresa Compañía General de Electricidad S.A., RUT: 76.411.321-7, con domicilio comercial en calle Baquedano N°731, de Arica, con una multa a beneficio fiscal de 300 U.T.M. (TRESCIENTAS UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES.), por la responsabilidad que le cabe en la transgresión indicada en el considerando 3º (parcialmente) del presente acto administrativo.

2º El pago de la multa aplicada deberá ser efectuado en el plazo máximo de 10 días hábiles, a contar de la fecha de notificación de la presente Resolución Exenta, en las Oficinas de la Tesorería General de la República, correspondiente al domicilio del infractor y su pago debidamente acreditado en SEC, dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que ésta debió ser cancelada, conforme lo establecido en el artículo 18º de la Ley 18.410 y el artículo 27º del Decreto Supremo N° 119 de 1989.

3º De acuerdo a lo establecido en los artículos 18º A y 19º de la ley N°18.410, esta Resolución podrá ser impugnada interponiendo la afectada, dentro del plazo de 5 días hábiles de notificada, un recurso de reposición ante esta Superintendencia y/o de reclamación, dentro del plazo de diez días hábiles de notificada, ante la Corte de Apelaciones que corresponda. La

⁴⁰ Texto completo disponible en:

<https://wlhttp.sec.cl/timesM/global/mostrarDocumentosTransparencia.jsp?idAccion=2774607&idCaso=1389958&idDocumento=2577976>

interposición del recurso de reposición se podrá realizar a través de Internet, en la sección de sanciones del sitio web, www.sec.cl, o bien en las oficinas de la Superintendencia. En ambos casos, la presentación del recurso suspenderá el plazo de 10 días para reclamar de ilegalidad ante los Tribunales de Justicia. Asimismo, se hace presente que, de acuerdo a la ley, las multas en dinero no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación judicial, o mientras ella no sea resuelta por la justicia cuando se interpuso. Será responsabilidad del afectado acreditar ante esta Superintendencia el hecho de haberse interpuesto la reclamación judicial referida, acompañando copia del escrito en que conste el timbre o cargo estampado por la Corte de Apelaciones ante la cual se dedujo el recurso”.

Sistema recursivo

No puede terminarse de hablar del actual procedimiento administrativo sancionador en materia eléctrica sin hacer mención a los medios que concede la ley a los sancionados para modificar en todo o en parte las decisiones de la Superintendencia. De esta manera, nuestra legislación contempla los recursos de reposición, jerárquico y la acción de reclamación, esta última con las particularidades contenidas en el inciso final del artículo 18A de la ley 18.410.

La ley 18.410 en su artículo 17 inciso final hace alusión al recurso jerárquico, estableciendo que el mismo se regirá por lo dispuesto por el artículo 18A de la misma Ley. A su vez, este precepto se remite a las normas que regulan el recurso de reposición consagradas en la Ley de Bases de la Administración del Estado.

Art. 18 A: En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición establecido en el artículo 10º de la Ley Nº 18.575, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución. La Superintendencia dispondrá diez días hábiles para resolver.

La interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materias por las cuales procede dicho recurso.

Por su parte, el artículo 9º de la Ley de Bases de la Administración del Estado dispone lo siguiente:

Art.10 Ley 18.575: Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el recurso de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.

3.3 El procedimiento administrativo sancionador puede crearse a través de la ley de bases procedimiento administrativo. Problemas.

Si bien es cierto, el procedimiento administrativo sancionador creado en base a la ley 19.880 durante las última décadas es producto de una amplia erudición por parte de exiguos profesionales de las instituciones que tienen competencia en esta materia, existen a mi juicio en la actualidad una serie problemas que se suscitan para los administrados sujetos de un procedimiento sancionatorio de esta naturaleza y que dicen relación principalmente con los siguientes puntos.

1.- Del examen de los plazos contenidos en la regulación, particularmente en la etapa de la instrucción, resulta de manifiesto que no existe completa claridad de los mismos, lo cual hace difícil materializar el principio de celeridad en esta materia. Si bien es cierto, las investigaciones que recaen respecto de eventuales infracciones administrativas requieren de exhaustivas investigaciones dada la complejidad técnica de las fallas que afectan el sistema, no puede ocurrir, o más bien sería preferente que existieran plazos claros para término de la investigación y por cierto para el cierre de cada una de sus etapas, de la misma manera que ley establece un plazo para dictar la resolución exenta que termina con el procedimiento.

2.- Por otra parte, una gran falla respecto del procedimiento administrativo sancionador en materia eléctrica en particular, y en general de los procedimientos administrativos, es la nula mención que la ley hace acerca del estándar probatorio que debe observar el instructor del procedimiento; así mismo, la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo deja abierto un

amplio margen interpretativo en su artículo 35 al señalar que la prueba será apreciada “en conciencia”. Los dos puntos antes señalados atentan con uno de los fines mismo del derecho que es la seguridad jurídica.

3.- La escrituración del procedimiento administrativo sancionador en materia eléctrica debiese convertirse en cosa del pasado. La misma no permite al instructor generarse una convicción amplia de los hechos. Si ya podemos ver que en la justicia civil, donde los plazos para dictar sentencia definitiva son amplios, esta convicción no acontece completamente, con menor medida ocurre en los procedimientos administrativo sancionadores, donde los plazos son bastante más acotados y donde se requiere de celeridad para resolver atendida la naturaleza de las infracciones donde se requiere que el orden en la regulación se restaure a la brevedad posible.

4.- En materia de procedimiento administrativo sancionador en materia eléctrica no existe una separación entre instructor y sentenciador, lo cual resta de imparcialidad, objetividad y legitimidad a las decisiones que en esta materia pronuncie la Superintendencia. Si bien no se trata de asimilar al Derecho Penal con el Derecho Administrativo Sancionador, que como ya hemos dichos tienen distintos fines y principios rectores, una investigación llevada adelante por un tercero similar a un fiscal vendría a garantizar a los administrados una decisión administrativa mucho más imparcial.

Relacionado con lo anterior, también a mi juicio es necesario restar poder a la figura del Superintendente, quien es el único responsable de sancionar o absolver a un imputado. Para ello, una buena medida sería la creación de un cuerpo colegiado encargado de examinar el trabajo de la

investigación, las pruebas pertinentes, y en definitiva evacuar la decisión final del procedimiento.

5.- Finalmente, con relación al término probatorio especial fijado por el artículo 17 de la Ley 18.410, me parece que es un plazo es insuficiente para rendir toda la prueba necesaria, insisto, atendida la compleja naturaleza de las infracciones de esta materia. El acotado plazo actual no solo entorpece la labor probatoria de los imputados si no también el de la propia Superintendencia.

3.4 Un nuevo procedimiento sancionatorio para el mercado eléctrico

Luego de revisar la situación actual respecto de los procedimientos sancionatorios en materia de energía, y tomando en cuenta las críticas anteriormente formuladas, quisiera postular un procedimiento de elaboración propia, que recoja los modernos principios formativos y otras figuras que otorguen una serie de ventajas tanto a la Administración como a los administrados.

Primeramente, quisiera adherir a las ideas del profesor Flavio Quezada, quien señala que existe una serie de ventajas de contar con un procedimiento administrativo sancionador especial, a lo que él llama un *plus garantístico*⁴¹ Resulta del todo importante destacar que, según señala Quezada, estas ventajas no se encuentran contenidas en la ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

⁴¹QUEZADA RODRIGUEZ, FLAVIO Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley 19.880. Ed. Librotecnia. 2018. Página 108

Estas ventajas son a juicio del profesor las siguientes:⁴²

1.- El procedimiento especial debe señalar requisitos expresos para dar apertura al *expediente sancionador*. Esto dice relación con dos niveles de precisión exigencia respecto del acto administrativo de inicio del expediente sancionador:

1.- *Tesis mínima*: mera descripción de los hechos⁴³.

2.- *Tesis máxima*: precisión de los cargos conforme a cinco elementos:

1- Forma de inicio del expediente sancionador (denuncia o de oficio)

2.- Descripción de los hechos y fechas de su verificación;

3.- Norma infringida.

4.- Norma que establece la infracción y la sanción asignada.

5.- Plazo para la formulación de descargos.⁴⁴

Un punto muy positivo de la Ley 18.410 es que su artículo 17 inciso primero puede encuadrarse perfectamente en esta segunda tesis de precisión de máxima exigencia.

2.- El procedimiento especial debe consagrar expresamente el principio de presunción de inocencia. Situación que no se contempla actualmente en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

⁴²idem.

⁴³QUEZADA RODRIGUEZ, FLAVIO. Procedimiento administrativo sancionador en la Ley 19.880. Ed. Librotecna 2018. Página 115.

⁴⁴Idem.

3.- El procedimiento especial debe establecer una separación expresa entre el funcionario encargado de instruir el procedimiento y aquel encargado de determinar la sanción que corresponda. Más adelante ahondaremos en este tema cuando se trata el tema de la figura del *Fiscal Instructor*.

Sin embargo, las ventajas de contar con un procedimiento especial no se agotan en estos tres *pluses garatísticos*. Un aumento en la Seguridad Jurídica, nuevos principios formativos e instituciones presentes en los modernos procedimientos son otras de las grandes ventajas que recibirían los imputados por infracciones a la normativa eléctrica.

En lo que dice relación con los principios formativos de este nuevo procedimiento. Para partir, la oralidad junto a la inmediación son puntos centrales de este nuevo procedimiento que debiese extenderse a todas sus actuaciones. Estos principios permiten al funcionario obtener una imagen más completa de los hechos, es decir un grado de convicción más alta de los mismos. Por otra parte, la oralidad otorga un nivel de igualdad procesal entre las partes quienes generalmente tienen amplias diferencias de poder.

Dentro de los amplios beneficios que otorga la oralidad como principio formativo del procedimiento, quizás los más importante son: permite la concentración del procedimiento, aumenta la celeridad del mismo, permite un mayor grado de convicción respecto del juez y genera instancias de soluciones pacíficas de las controversias.

Otro punto importante que debiese considerar un procedimiento administrativo sancionador especial para el mercado eléctrico dice relación con la inclusión en el mismo del principio de presunción de inocencia (actualmente no consagrado en la Ley 19.880) , el cual traería como consecuencia una mayor protección de los derechos de los imputados toda vez que obligaría a la Administración a llevar adelante procesos de instrucción más profundos, vale decir, levantaría el estándar de diligencia probatoria en el procedimiento.

La duración del periodo de instrucción, también es un punto modificable. Debiesen existir plazos determinados para la misma, que no necesariamente debiesen ser acotados, como ya hemos dicho atendida la compleja naturaleza de la industria eléctrica. Plazos de investigación determinados obligan a la Administración a actuar con mayor diligencia y otorgan mayor seguridad jurídica para los imputados.

Relacionado con la actividad probatoria, me parece que este nuevo procedimiento debiese contener un término probatorio más extenso que permita rendir de manera óptima tanto a la Administración como a los imputados los medios que estimen convenientes para probar la existencia de los hechos relevantes y controvertidos fijados prudencialmente por la autoridad. De esta manera, reemplazaría los plazos contenidos en el artículo 17 de la Ley 18.410 por uno fijo de sesenta días contados desde la notificación válida a todos los interesados del acto trámite que fije estos hechos controvertidos. Por su parte, y ante la falta de reconocimiento legal expreso que existe en nuestros días, dejaría sentado que el estándar probatorio debiese ser aquel formulado por el Prof. Isensee: mucho mayor al de la prueba legal o tasada pero inferior al de la sana crítica.

Por otra parte, y atendido el gran número de actores del mercado eléctrico que intervienen en una infracción administrativa (recordar el caso Black-Out del 2011) el nuevo procedimiento especial debiese consagrar expresamente la figura de la Delación Compensada o autodenuncia. Más adelante nos detendremos en profundidad en este punto.

Finalmente, como adelantábamos, la objetividad de los procedimientos administrativos sancionatorios en la actualidad es uno de sus puntos más débiles o por lo menos lo es en materia de energía, es por ello que este nuevo procedimiento debiese contar con la separación expresa de las funciones de investigación y juzgamiento y sanción. Es por ello que una manera eficaz de salvar esta situación sería la incorporación de la *Figura del Fiscal Instructor*.

3.5 El Fiscal Instructor

La figura del *Fiscal Instructor* no es ajena a nuestra legislación; de hecho, se encuentra presente en los procedimientos administrativos sancionatorios en materias medio ambientales, siendo una construcción creada a partir de la novedosa facultad de autoorganización contenida en el artículo noveno de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante la cual el Superintendente de la materia ha separado tajantemente la función fiscalizadora de aquella propiamente de tal de aplicación de la sanción. De hecho, según lo dispuesto por el artículo 53 de la ley antes aludida, el fiscal instructor debe dar a conocer el resultado de la investigación y proponer al Superintendente del medio ambiente las sanciones aplicables. Como señala el Prof. Jorge Bermúdez Esto viene a materializar en materia de procedimiento administrativo sancionador el

principio de imparcialidad contenido en el artículo 11 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.⁴⁵

A mi juicio, nada obsta a que la figura del fiscal instructor sea incorporada a los procedimientos administrativos sancionatorios en materia de energía, ello sería garantía de objetividad en la investigación e imparcialidad en la decisión de la Superintendencia, todo lo cual se configuraría como un verdadero límite procedimental a la potestad sancionatoria en directo beneficio de los administrados.

3.6 Salidas alternativas en este procedimiento administrativo sancionador especial y la posibilidad de autodenuncia.

Otro punto muy beneficioso que vienen señalando ya varios autores destacados nacionales, desde el punto de vista de la economía procedimental, dice relación con la posibilidad de contar en materia eléctrica con salidas alternativas dentro del procedimiento administrativo sancionador, situación que, por cierto, en la actualidad no se encuentra reconocida por la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo ni la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Al respecto cabe hacerse la pregunta ¿por qué debiese seguirse un largo, costoso y desgastante procedimiento administrativo sancionador destinado a determinar la existencia de una infracción administrativa y el consecuencial otorgamiento de una sanción de *Inforcement* (que son justamente la generalidad de las contenidas en la legislación sectorial), si podemos entregar una serie de

⁴⁵BERMUDEZ SOTO, JORGE. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. Publicado en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL. Año 2013. Página 439.

alternativas al infractor destinadas a que se restablezca el equilibrio en la regulación y/o repare el bien jurídico lesionado dentro de un plazo razonable? A juicio de este autor nada obsta a que la Administración conceda salidas al conflicto que justamente permitan materializar el equilibrio en la regulación energética, por lo que un procedimiento administrativo sancionador especial debiese consagrar uno o más mecanismos de esta naturaleza, debiendo ser el principal de ellos la suspensión condicional del procedimiento.

Es interesante la propuesta del Prof. Alex Van Weezel en orden a señalar la procedencia de una figura análoga a la Suspensión Condicional del Procedimiento en materia de procedimientos administrativos sancionadores mediante la cual se acerque a las partes y evite el excesivo desgaste del aparato estatal. En este sentido el autor antes citado señala: *“Debería reconocerse la amplia procedencia de una figura análoga a la Suspensión Condicional del Procedimiento, donde se permita acordar condiciones que importen la sujeción de la persona o empresa a estándares más elevados de conducta en orden a la prevención de riesgos de incumplimiento. La negociación y el marco general de estas condiciones deberían estar claramente regulados- probablemente en forma sectorial- y su establecimiento debería contar con aprobación judicial, al menos en los casos en que resulten particularmente invasivas o restrictivas de derechos”*.

Lo cierto es que actualmente existen áreas del Derecho Administrativo Sancionador donde se recogen esta forma de solución del conflicto; puntualmente podemos ver los *programas de cumplimiento* desarrollados por la Superintendencia del Medio Ambiente y por la Comisión del Mercado Financiero, por lo que con propiedad podría afirmarse que el sector eléctrico se encuentra un tanto atrasado y que, por ende, urge avanzar en esta materia.

Finalmente, y en el entendido de que las sanciones administrativas para el mercado eléctrico contenidas en la legislación chilena son aquellas del tipo *inforcement*, vale decir, del tipo *dissuasivo* – *persuasivo*, tendría cabida igualmente dentro de este procedimiento administrativo sancionador especial otra de las modernas figuras procesales contenidas en varios procedimientos en la legislación nacional: la delación compensada. Sin embargo, se trata de un tema complejo, pues, así como existen múltiples ventajas para la investigación y la celeridad del procedimiento, existen también una serie de riesgos. De esta forma, señala Van Weezel⁴⁶, existen riesgos asociados a la vulneración de la libre competencia y al abuso de esta potestad por parte de la Administración, es decir, que existan límites difusos de la misma sin posibilidad de revisión por otras autoridades.

⁴⁶ Idem.

4.-Conclusiones

Producto de la investigación y exposición vertida en este trabajo, he arribado a un número importante de conclusiones respecto del panorama actual del derecho administrativo sancionador en general, y en particular de esta área aplicada al mercado de la energía chileno, siendo las más importantes las que se exponen en las siguientes líneas.

1.- El Derecho Administrativo Sancionador durante los últimos años ha experimentado, para bien de todos los administrados, un amplio desarrollo dogmático que ha sido recogido por los principales órganos jurisdiccionales del país, ya sea en sede judicial y administrativa. En la actualidad en nuestro país existe una prolífica doctrina que cada día hace sus esfuerzos por dotar al derecho administrativo sancionador de independencia respecto de la dogmática propia del derecho penal. A pesar de lo anterior, existen aún voces poderosas dentro de las altas magistraturas que se resisten al desarrollo de esta rama del derecho, dado que estiman, entre otras cosas, que otorgar a la administración de amplias potestades sancionatorias es en el fondo por un lado abrir una ventana a la vulneración de derechos fundamentales básicos como la propiedad y el debido proceso, por otro es otorgar al ejecutivo funciones propias de otro poder del estado. Nada más alejado de la realidad. La potestad sancionatoria es un hecho, y es de vital relevancia para la consecución de los fines del Estado, la cual se justifica entre otras cosas por la necesidad de dotar de eficacia y eficiencia a las regulaciones en las que el propio legislador le otorgado tales potestades sancionatorias atendida la naturaleza de los ámbitos regulados de esta manera, que generalmente son

actividades económicas, y por lo mismo, requieren de soluciones rápidas y especializadas frente a los conflictos.

2.- En lo que respecta el mercado de la energía, tal como lo señalan las voces entendidas en la materia, la nueva ley de transmisión del año 2016 ha generado considerables avances en muchos aspectos de la industria, siendo los más destacables el aumento de la seguridad del sistema, el ingreso de nuevos actores sustentables al mismo y el aumento de las inversiones, lo que redundará en mayor confiabilidad, reducción de costos y mejor distribución de los ingresos entre los actores del mercado spot.

3.- Las nuevas atribuciones otorgadas a la Superintendencia de Electricidad y Combustible el año 2016 han mostrado en los últimos años ser útiles y necesarias, lo que ha permitido materializar en parte el interés del Estado en tener un mayor rol en el mercado de la electricidad en aras a concretar su política de desarrollo energético en el largo plazo. Ejemplos de lo anterior son los casos estudiados anteriormente: en cada uno de ellos se otorgaron multas de alta cuantía, que llamaron ampliamente la atención de la opinión pública y con certeza tendrán un efecto disuasivo respectivos de otros participantes del mercado spot.

4.- La creación del Coordinador Eléctrico Nacional ha sido todo un acierto desde muchos puntos vista. El primero de ellos dice relación con el modelo de atribución de responsabilidad civil. Antes de su creación, los Centros Económicos de Despacha de Carga al no poseer personalidad jurídica, jamás fueron responsables por los errores que cometieron en el desempeño de sus funciones, motivo por el cual ante un ilícito civil la responsabilidad recaía solidariamente respecto de todos los coordinados;

situación completamente diversa a la actual: dada la existencia de personalidad jurídica del Coordinador, este es perfectamente responsable por los delitos y cuasidelitos que cometa en el ejercicio de sus funciones y gracias a sus sistemas de información en la actualidad es perfectamente identificable cuál de los coordinados ha sido quien ha cometido el ilícito o infracción y por ende finalmente quien es el obligado a la indemnización o sanción administrativa correspondiente, como pudimos apreciarlo al estudiar el caso Central Guacolda 2019. Lo anterior también ha facilitado muchos las labores de investigación de la Superintendencia, la cual anteriormente se enfrascaba en complejos y largos procesos para determinar responsabilidades.

5.- Por su parte, en la actualidad el procedimiento administrativo sancionador que ha sido elaborado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles durante los últimos años desde la entrada en vigencia de la ley de Bases de Procedimiento Administrativo presenta una serie de críticas que apuntan principalmente a la escasa intermediación entre los actores, la falta de celeridad, los pequeños plazos de defensa con que cuentan los imputados, y la falta de parcialidad al momento de determinar la sanción, así como a los difusos límites de la discrecionalidad administrativa con que cuenta el Superintendente al momento de ejercer la potestad sancionatoria. Motivos más que suficientes para elaborar de una vez por todas un procedimiento especial acorde a los nuevos principios formativos e instituciones de los modernos procedimientos ya sea en sede administrativa o judicial como acontece en materia medioambiental o penal, o incluso dentro de otras instituciones del derecho administrativo sancionador, como es el caso de la Comisión del Mercado Financiero.

Bibliografía.

- OSORIO VARGAS, CRISTOBAL SALVADOR. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, parte general. Segunda edición actualizada. Ed. Thomson Reuters, 2017.
- OSORIO VARGAS, CRISTOBAL SALVADOR. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, parte especial. Ed. Thomson Reuters, 2019.
- RUIZ TAGLE, MATIAS e IHL RODRIGUEZ MATIAS. La estructura del Derecho Administrativo Sancionador.
- BERMUDEZ SOTO, JORGE. Derecho Administrativo General. Capitulo “La actividad policial de la administración” páginas 178 a 192.
- BERMUDEZ SOTO, JORGE. Elementos para definir las sanciones administrativas. Publicado en: Revista Chilena de derecho público. Universidad católica de Valparaíso. Número especial (1998) pp.323 y ss.
- BERMUDEZ SOTO, JORGE. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. Publicado en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL .2013, 1er Semestre. Pp. 421-447.

- SEPULVEDA ENRIQUE. Mercado y Sistemas eléctricos.
- SEPULVEDA ENRIQUE. Coordinador independiente del sistema eléctrico nacional: La función de coordinar el mercado.
- ENERGÍA 2050. POLITICA ENERGÉTICA DE CHILE. Disponible en: https://www.energia.gob.cl/sites/default/files/energia_2050_-_politica_energetica_de_chile.pdf
- EVANS ESPÍÑEIRA, EUGENIO. Derecho Eléctrico.
- EVANS ESPÍÑEIRA, EUGENIO. Derecho y Regulación de la energía eléctrica. Thomson Reuters. 1era Edición Julio 2017.
- EVANS ESPÍÑEIRA, EUGENIO. Aciertos reparos y omisiones de la ley que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un nuevo organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. Publicado en Actas de derecho de energía. Edición 2016. Pontificia Universidad Católica de Chile. pp.33- 47
- QUINTANILLA HERNANDEZ, JORGE. El coordinador independiente y su función de monitoreo de las condiciones de competencia del mercado eléctrico.
- EVANS ESPÍÑEIRA, EUGENIO. La sanción administrativa y la regulación de las actividades económicas. Disponible en:

<http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/images/noticias/ADENER/10.%20adener%201%20evans.pdf>

- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. Institucionalidad y principios del Derecho eléctrico chileno. 2009.
- CORDERO QUINZACARRA, EDUARDO. Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Nº1 2013. Pp.79-103.
- CORDERO QUINZACARRA, EDUARDO. Principios y Reglas comunes del procedimiento Administrativo Sancionador. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200017
- MALLEA ALVAREZ, MARIA ISABEL. La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile. Publicado en: Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado, no.32, pp.135-156.
- ROMAN CORDERO, CRISTIÁN. Los principios del derecho administrativo sancionador. Revista de derecho público. Número 69 año 2006, p62
- ROMAN CORDERO, CRISTIÁN. Derecho Administrativo Sancionador, ¿ ser o no ser? He ahí el dilema. Publicado en: Derecho

Administrativo. 120 años de catedra. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

- FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS Y OTROS. Potestades públicas y ámbito privado en el sector eléctrico chileno: el caso de los CDEC como organismos autorreguladores. Publicado en: Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen.42: no.1, 2015, Ene./Abr., pp.123-151
- ABARA ELIAS, FERNANDO. Discrecionalidad y nuevo rol del estado en materia Eléctrica. Publicado en Actas de derecho de energía. pp 5-19.
- SOTO LARRIATEGUI, JOSEFINA. Nuevo coordinador eléctrico nacional, regulación y equilibrio institucional. Publicado en Actas de Derecho de energía. Edición 2016. Pontificia Universidad Católica de Chile. pp.105- 129.
- QUEZADA RODRIGUEZ, FLAVIO. Procedimiento administrativo en la ley N° 19.880. Editorial Librotecnia. 2018
- VERGARA BLANCO, ALEJANDO. Derecho de Energía: Identidad y transformaciones. Ediciones UC. 2018.
- CORDERO VEGA, LUIS. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Thomson Reuters. 2017.

- DELGADO SOTO, PABLO. Sanciones Administrativas como medidas de cumplimiento del derecho. Un enfoque Funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Publicado en *Ius Praxis*, 2016.
- NAVARRO BELTRÁN ENRIQUE. La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Publicado en *Libro Sanciones Administrativas. X jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo.*
- VAN WEEZEL, ALEX. Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. Publicado en *Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 9, pp. 997-1043.*
 Disponible en:
[\[http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf\]](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf).
- ISENSEE RIMASSA, CARLOS. Prueba y medidas cautelares en el Derecho Administrativo Sancionador, Penal y Civil. Ed. Librotecnia. 2018.
- ISENSEE RIMASSA, CARLOS. Debido proceso y su recepción en la ley 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. Publicado en *Revista de Derecho Público. Volumen 84, primer semestre 2016. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.*
- NIETO, ALEJANDRO. *Derecho Administrativo Sancionador. Quinta edición totalmente reformada.* Ed. Tecnos. Madrid, 2012

ⁱ Espiñeira Evans, Eugenio. En Derecho y Regulación económica de la energía eléctrica. 2018. Ed. Thomson. Pp. 474 -480. n