



LIMITACIÓN DE ACTIVIDADES DE LAS DISTRIBUIDORAS ELÉCTRICAS EN LOS NUEVOS MERCADOS ELÉCTRICOS

Informe elaborado a petición de ACESOL, ACERA y ANESCO en el contexto del proyecto

E-Lab

Febrero 2020

Danae Fenner R.

Profesora Instructora

Departamento Derecho Económico – Facultad de Derecho

Universidad de Chile

El presente informe fue elaborado a petición de ACESOL, ACERA y ANESCO con el fin de analizar y proponer una regulación adecuada de cara a las actividades que las empresas distribuidoras de energía desarrollan en el contexto del mercado energético y los cambios que éste está actualmente viviendo debido a la incorporación de nuevas tecnologías.

Particularmente, se me solicitó, como académica de la Universidad de Chile, analizar de forma neutral y bajo criterios académicos, las eventuales limitaciones que las actividades de las empresas distribuidas pudieren tener en el marco de una reforma legal.

Lo anterior, a fin de otorgar mayor competitividad al mercado, permitir el ingreso de nuevos actores a mercados anexos a la distribución, abrir oportunidades de desarrollos tecnológicos en los mismos y generar condiciones de igualdad de condiciones entre todos quienes tengan interés en participar.

I. Contexto

Bien es sabido que las nuevas tecnologías han tenido un gran impacto en la configuración de los sistemas eléctricos. Nueva regulación ha sido necesaria para lograr incorporar los cambios tecnológicos de los últimos años y aprovechar al máximo su potencial.

La aparición en escena del concepto de *Smart grid* o red inteligente ha marcado un antes y un después en la configuración y regulación de los mercados eléctricos. Calificar una red como inteligente “implica que la misma tiene un cierto nivel de automatización, contemplando sistemas de control, ordenadores, comunicación entre las diversas etapas de la cadena y actores, nuevas tecnologías adicionales y respuestas digitales a la demanda de energía y que, consecuentemente, puede comunicar y tomar decisiones de forma automática”¹.

Así, “[l]as redes inteligentes controlan automáticamente los flujos de energía y son capaces de responder a los cambios en la oferta y la demanda en tiempo real. [Estas] facilitan técnicamente la integración de la energía renovable y distribuida a partir de mecanismos de flexibilidad para absorber las intermitencias propias de los recursos renovable”².

Esta creciente digitalización e integración de recursos energéticos distribuidos “abre la puerta a nuevas oportunidades para los distintos agentes y a oportunidades de negocio ligadas, entre otros, al almacenamiento, procesamiento y protección de datos e información, al desarrollo de aplicaciones informáticas y de nuevos equipamientos para optimizar el valor de los activos distribuidos, etc.”³. Es decir, nuevos mercados.

¹ Gómez, V. A, Hernández, C y Rivas, E., Visión General, Características y Funcionalidades de la Red Eléctrica Inteligente (*Smart Grid*), Información Tecnológica Vol. 29(2), 89-102 (2018), disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642018000200089>, p. 90

² Salas, P., Acceso a los datos de consumo eléctrico de los contadores digitales y su uso: Estudio del caso en España y propuestas de mejora para hacer posible el acceso a los datos a terceras partes, Estudio encargado por la Autoritat Catalana de la Competencia (2017), p. 9.

³ Fernández J., y Menéndez, J., Las Redes Inteligentes y el papel del distribuidor de energía eléctrica, Cuadernos Orkestra, Instituto Vasco de Competitividad (2019), p. x.

Así, “la posibilidad de desarrollar instalaciones de autoconsumo de electricidad, con activos de generación y de almacenamiento de energía aguas debajo de los contadores, modificará también el papel de muchos segmentos de consumidores finales”⁴, adquiriendo éstos “la posibilidad de responder a señales de precios y decidir qué hacer con el excedente de energía que se produce”⁵, transformándose entonces en prosumidores.

El rol, forma de participación y configuración de otros agentes de mercado también variará, apareciendo juntamente con ello, nuevos actores quienes serán necesarios de cara a la nueva tecnología.

Modernizar la infraestructura de red, de forma tal que sirva de plataforma que beneficie la incorporación de recursos distribuidos más que entorpecerlos⁶ y otros beneficios de las nuevas tecnologías se ha vuelto una prioridad en muchas legislaciones⁷.

Así, y, en primer lugar, la operación de la distribución cambiará a fin de integrar eficazmente las energías renovables y lograr un almacenamiento eficiente de las mismas. “Esto se conseguirá a través de una operación activa del sistema de distribución por parte de los distribuidores basada en nuevos procesos con mayor nivel de automatización y nuevos flujos de comunicación que faciliten la integración eficiente de los recursos distribuidos”⁸. La gestión eficiente y segura de flujos de energía bidireccionales se torna clave para la maximización de beneficios de la nueva tecnología.

⁴ Ibid.

⁵ Salas, P., Acceso a los datos de consumo eléctrico de los contadores digitales y su uso: Estudio del caso en España y propuestas de mejora para hacer posible el acceso a los datos a terceras partes, Estudio encargado por la Autoritat Catalana de la Competencia (2017), p. 9.

⁶ California Smart Grid Annual Report to the Governor and the Legislature in Compliance with the Public Utilities Code § 913.2, Febrero 2018, p. 4. [traducción libre]

⁷ Así también lo destaca Smart Energy Collective, “An Introduction to the Universal Smart Energy Framework”, (2013). Disponible en: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/xpert_group3_summary.pdf

⁸ Fernández J., y Menéndez, J., Las Redes Inteligentes y el papel del distribuidor de energía eléctrica, Cuadernos Orkestra, Instituto Vasco de Competitividad (2019), p. xii.

Asimismo, “los nuevos sistemas de distribución de energía deberán integrar mecanismos de comunicación e intercambios de información (a través de la digitalización, descentralización y, donde sea posible, la automatización de procesos) entre todos los agentes que participan en el mercado eléctrico y entre los propios elementos de los sistemas de distribución de energía eléctrica”⁹.

En definitiva, las redes pasarán a constituirse como plataformas de gestión de productos relacionados al mercado energético, junto con la monitorización, control y optimización de distribución de energía.

En segundo lugar, y como la experiencia comparada ha demostrado, la aparición de un agente que unifique o agregue la energía de generación y/o puntos de consumo y realice, en nombre de los clientes, gestiones técnicas y comerciales ante los operadores de sistema para minimizar los costos de transacción para clientes finales y productores de recursos distribuidos y lograr mayor eficiencia, se torna necesaria (los llamados “agregadores”).

Como señala el Instituto Vasco de Competitividad, “[l]os agregadores toman decisiones en nombre de los clientes relativas a la nominación/despacho de la energía consumida/generada y en función de las señales de precios y otras señales operativas disponibles (provenientes de los operadores de los sistemas de transporte y distribución o de los mercados de energía), participando en los mercados de energía para comprar o vender energía u ofrecer flexibilidad en forma de servicios complementarios o auxiliares”¹⁰.

Esta figura es considerada por la regulación californiana e incluida dentro de las medidas de las sugerencias europeas conocidas como *Winter Package*¹¹. Asimismo, el Ministerio de Energía de nuestro país, ha anunciado la aparición de una figura intermedia e independiente que gestione la relación entre clientes finales, redes distribuidas y otros agentes.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid., p. 23.

¹¹ Ver principios de la regulación en <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans#electricity-market-design>

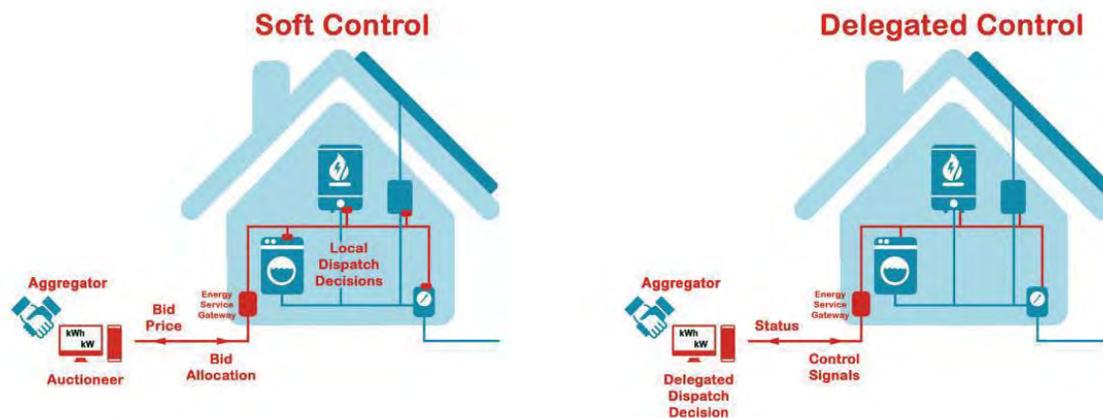
La figura del agregador puede ser regulada de variadas formas, incidiendo ello en la asignación de responsabilidades y funciones que los distribuidores y demás agentes, en consecuencia, asumirán.

A este respecto, el *Smart Energy Collective*, indica que un diseño regulatorio puede contemplar desde un agregador que tome decisiones de optimización de todos los equipos remotamente (control delegado de dispositivos de consumo, generación y almacenamiento¹² hasta “una relación en la que, en función de las decisiones físicas del prosumidor, el agregador proporcione servicios de optimización de la “cartera” de activos energéticos del prosumidor, comprando o vendiendo energía en el mercado en función de las circunstancias concretas de consumo/generación, de los precios”¹³⁻¹⁴.

¹² Smart Energy Collective, “An Introduction to the Universal Smart Energy Framework”, (2013). Disponible en: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/xpert_group3_summary.pdf

¹³ Fernández J., y Menéndez, J., Las Redes Inteligentes y el papel del distribuidor de energía eléctrica, Cuadernos Orkestra, Instituto Vasco de Competitividad (2019), p. 24.

¹⁴ A este respecto, la Asociación de Energía Danesa en conjunto con Energinet y la Alianza de inteligencia sobre energía danesa ha publicado el documento “Market Models for Aggregators”, (2017), el cual da cuenta de los posibles modelos: (i) en el “Modelo 0”, una empresa distribuidora o encargada del balance, toma el rol de agregador. Éstos, alternativamente, pueden haber contratado con un agregador y, por ende, aparecen frente al consumidor final como un solo agente. La flexibilidad no se separa de la distribución clásica de electricidad. Este modelo está pensado en mercados donde el distribuidor ya ha asumido la responsabilidad de otorgar balance al sistema; (ii) en el “Modelo 1” el agregador es independiente y entrega estabilidad al sistema sin ser responsable de la distribución de electricidad al cliente final. Como efecto de ello, el agregador es capaz de activar y vender la flexibilidad del cliente sin exponer al agente encargado del balance y estabilidad; (iii) en el “Modelo 2”, el agregador trabaja con un agente encargado del balance del sistema sin ser responsable del suministro de energía, el cual está a cargo del distribuidor del cliente. Así, el agregador puede otorgar flexibilidad a todos los mercados eléctricos sin generar responsabilidad alguna al distribuidor (y su propio encargado de balance). La responsabilidad por el balance y estabilidad del sistema se transfiere al agregador y su agente encargado de ello; y (iv) el “Modelo 3”, contempla que el suministro de electricidad y manejo de flexibilidad estén integrados en un único servicio recibido por el cliente final a través del agregador. Éste puede otorgar flexibilidad a todo el mercado eléctrico y es también responsable de la distribución al cliente final. Así, el cliente puede separar claramente su consumo “clásico” de electricidad y su consumo flexible. El modelo favorece el rol del agregador como un proveedor de servicios de electricidad y flexibilidad conjunta.



Fuente: Smart Energy Collective (2013)

Si bien los modelos indicados se refieren a la figura del agregador, la decisión regulatoria que se tome a su respecto podría tener una incidencia relevante en las actividades que los distribuidores realizarán en el mercado eléctrico.

En consecuencia, al hablar de las actividades a desarrollar por los distribuidores en los nuevos mercados eléctricos y sus limitaciones, será necesario referirse a las diferencias que a su respecto genera elegir uno u otro diseño respecto del agregador.

II. Cambio en las funciones de los distribuidores: Operadores de sistemas de distribución (“OSD”)

Como ya se hizo presente, el rol de las empresas distribuidoras deberá cambiar a consecuencia de las nuevas tecnologías que se están incorporando a los mercados eléctricos. Es así como [l]a terminología para referirse al distribuidor de energía cambia de Gestor de Redes de Distribución (o *Distribution Network Operator*, en inglés) a Operador del Sistema de Distribución”¹⁵.

Las nuevas tecnologías, especialmente la incorporación de recursos energéticos distribuidos y la aparición de las funciones de los prosumidores, ligados a la

¹⁵ Fernández J., y Menéndez, J., Las Redes Inteligentes y el papel del distribuidor de energía eléctrica, Cuadernos Orkestra, Instituto Vasco de Competitividad (2019), p. 36.

bidireccionalidad de la red y manejo de sus datos de consumo, obligan a pasar de una gestión y operación de redes pasiva a una activa.

Ello implica la aparición de nuevas responsabilidades para la empresa de distribución, incluyendo “la gestión de la información que se genera en el nuevo entorno de mercado y el despliegue del desarrollo de nuevas tecnologías innovadoras, como los equipamientos de medida y control inteligentes, los sistemas de almacenamiento distribuidos”¹⁶, entre otros. El cambio organizacional e institucional se torna necesario para alcanzar los potenciales beneficios de las transformaciones que se están produciendo¹⁷.

A nivel de distribución, la incorporación de tecnología inteligente implicará la automatización basada en los medidores inteligentes, vínculos comunicacionales entre consumidores, capacidad de “*self-learning*”, incluyendo capacidad automática de detección de errores en la red, optimización de voltajes, transferencias de carga, cobros automáticos y asignación de precios en tiempo real¹⁸.

Al añadir nuevas funciones, resulta evidente la necesidad de nueva regulación: “cambia el papel de los distribuidores, que dejan de ser meros constructores y operadores de líneas, subestaciones y transformadores de distribución para convertirse en gestores activos de los activos de distribución que deberán interactuar con frecuencia con los usuarios de las redes”¹⁹.

Para lo anterior, la capacidad de monitoreo se vuelve crucial y, por ende, el acceso y manejo de los datos de los usuarios, también necesario. Las compañías distribuidoras son

¹⁶ Ibid., p. 38.

¹⁷ Kiesling, L., Implications of Smart Grid Innovation for Organizational Models in Electricity Distribution, Wiley Handbook of Smart Grid Development (febrero, 2017). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2571251>

¹⁸ Momoh, J., Smart Grid: Fundamentals of Design and Analysis, Wiley IEEE Press, 2012, p. 14.

¹⁹ Fernández J., y Menéndez, J., Las Redes Inteligentes y el papel del distribuidor de energía eléctrica, Cuadernos Orkestra, Instituto Vasco de Competitividad (2019), p. 38.

las orquestadoras de las necesidades de la red, a saber, fiabilidad, regulación de voltaje y capacidad²⁰.

Siguiendo el resumen realizado por el Instituto Vasco de Competitividad, es posible agrupar y resumir las nuevas funciones de los distribuidores en las siguientes:

- a. “Gestionar y operar de forma eficiente un sistema de distribución de energía inteligente, adoptando un papel activo en la planificación y el desarrollo de las redes de media y baja tensión y en la gestión de las interconexiones con el sistema de transporte que favorezca la integración de nuevos recursos energéticos distribuidos.
- b. Facilitar el desarrollo de mercados de energía, de productos de flexibilidad y de servicios energéticos para consumidores en el ámbito de las redes de media y baja tensión, adoptando una posición de neutralidad frente a todos los actores intervinientes.
- c. Gestionar de una forma transparente el conjunto de datos e información que se generan en un entorno de redes inteligentes y los flujos de comunicación necesarios para operar el sistema de forma eficiente”²¹.

La contrapartida de lo anterior implica otorgar a los distribuidores ciertas potestades en términos de gestión de redes y accesos que otros agentes no tendrán. Por ejemplo, éstos podrán acceder a la información de datos de consumo de los clientes finales para efectos de cumplir con una de las obligaciones regulatorias que les corresponde, a saber, el correcto y exacto cobro por el consumo o facturación. Asimismo, podrán tomar decisiones respecto de la conexión de otros partícipes de mercado.

Si bien es esperable que la regulación contemple propiedad sobre los datos por parte de los consumidores y proteja su publicación²², ello no podrá impedir el acceso para fines de facturación por parte de quienes deban realizar dicho cobro.

²⁰ Kiesling, L., Implications of Smart Grid Innovation for Organizational Models in Electricity Distribution, Wiley Handbook of Smart Grid Development (febrero, 2017). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2571251>

²¹ Fernández J., y Menéndez, J., Las Redes Inteligentes y el papel del distribuidor de energía eléctrica, Cuadernos Orkestra, Instituto Vasco de Competitividad (2019), p. 43

²² Ver a su respecto: Fratini, A. y Pizza, G., *Data protection and smart meters: the GDPR and the ‘winter package’ of EU clean energy law*, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/data-protection-and-smart->

La posición privilegiada que surge con la posición de gestor neutral de redes de distribución es evidente. En este sentido, se torna necesario analizar (1), si, dada la nueva configuración de mercado producida por los cambios tecnológicos, es eficiente abrir los mercados anexos ya existentes (por ejemplo, comercialización) y mercados anexos nuevos a la competencia o no; y (2), analizar si, abiertos los mercados a la competencia, es eficiente limitar la participación de las empresas distribuidoras y en qué términos.

A continuación, se expondrán los argumentos correspondientes a la apertura de mercados anexos a la competencia y, luego, aquellos relativos a la limitación de las distribuidoras en ellos.

1. ¿Es pro competitivo y eficiente abrir los mercados anexos a la distribución a las reglas de competencia²³?

Antes de analizar la posibilidad de limitar la participación de distribuidores en mercados anexos, es pertinente preguntarnos por la eficiencia de abrir a la competencia mercados vinculados al mercado de la distribución, ya sean actual o potencialmente existentes.

Ha de ser necesario plantear este análisis pues existe una defensa, por algunos actores del mercado, de la idea de no abrir mercados anexos a la competencia, dadas las ventajas que la integración con las empresas distribuidoras implica para los mismos. Dentro de ellas, se contemplarían (i) las economías de escala; (ii) las economías de ámbito; (iii) costos hundidos; y (iv) obligaciones sociales, medioambientales y regulatorias.

El mercado de la energía, en un principio, funcionó como un monopolio regulado en casi todas sus etapas. La integración vertical fue vista como un modelo eficiente de cara a la

[meters-gdpr.html](#)]; Salas, P., Acceso a los datos de consumo eléctrico de los contadores digitales y su uso: Estudio del caso en España y propuestas de mejora para hacer posible el acceso a los datos a terceras partes, Estudio encargado por la Autoritat Catalana de la Competencia (2017); Decision 14-05-016 May 1, 2014: “*Decision adopting rules to provide access to energy usage and usage-related data while protecting privacy of personal data*”, Autoridad Californiana de Energía.

²³ Entenderemos que el concepto de mercados anexos abarca todos aquellos bienes o servicios, tangibles o intangibles, que están conectados – ya sea física o virtualmente – a la distribución, incluyendo, por ejemplo, la comercialización, el almacenamiento, electro movilidad, etc. No se deben descartar aquellos que han de surgir en la medida de los avances tecnológicos.

idea de monopolio natural. Sin embargo, en las últimas décadas, la tendencia ha sido a la desintegración y separación de actividades dada la apertura de los mercados a la competencia²⁴, lo que ha resultado ser eficiente.

En el mercado de la generación, por ejemplo, se han incorporado altos niveles de competencia resultando en precios más eficientes, así como incorporación de energía más limpia. La Comisión Europea, por su parte, ha sido clara en señalar que la desintegración y separación de actividades es necesaria para un desarrollo adecuado de mercados eléctricos eficientes²⁵.

Hoy en día, la nueva configuración del mercado de la distribución permite afirmar que las eficiencias que alguna vez se tuvieron en mente para justificar la integración vertical, ya no son tales, o más bien, generar distorsiones competitivas en mercados asociados que son más perversas que los posibles beneficios que brinda la integración.

La aparición de redes inteligentes y la incorporación de recursos energéticos distribuidos, crearán un contexto propicio para un cambio institucional que podría resultar en una desintegración vertical aún mayor en cuanto al mercado del *retail* se refiere, así como en nuevos modelos de negocios en cuanto a la distribución propiamente tal²⁶.

A mayor abundamiento, las redes inteligentes justifican – aún más que antes – optar por una separación de actividades debido a que la disminución de costos de transacción aumenta las posibilidades de contratos descentralizados para coordinar y organizar la actividad. Al permitir la innovación en redes distribuidas al borde de la distribución

²⁴ Ver a este respecto: Michaels, R., Rethinking vertical integration in electricity. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/228971715_Rethinking_vertical_integration_in_electricity, Hung-po Chao, Shmuel Oren and Robert Wilson, Restructured Electricity Markets: Reevaluation of Vertical Integration and Unbundling, EPRI (2005).

²⁵ Comisión Europea, COM (2016) 864 final/2.

²⁶ Kiesling, L., Implications of Smart Grid Innovation for Organizational Models in Electricity Distribution, Wiley Handbook of Smart Grid Development (febrero, 2017). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2571251>

propriadamente tal, surgen nuevas maneras de manejar riesgos que hacen de la integración algo no aconsejable²⁷.

Una posible separación de actividades determinará la definición del rol y ámbito de actuación de las empresas distribuidoras, fijando también las relaciones de propiedad, control y manejo que tendrán sobre las instalaciones para operar y coordinar las redes pues, si bien el manejo de redes de distribución requiere amplias atribuciones para coordinar las redes en pos de su eficiencia y otorgar flexibilidad de cara al cumplimiento de fines regulatorios, concede también un poder privilegiado en cuanto a la afectación y manejo de las redes²⁸ lo cual debe ser regulado, según veremos más adelante.

Si bien pueden existir casos en que se justifique la participación de las empresas distribuidoras en mercados anexos, la evidencia justifica iniciar una apertura de estos. Ello puede ir de la mano con regulación específica para evitar ineficiencias debido a la ausencia de economías de escala, ámbito u otros.

2. ¿Es necesario limitar o regular las actividades de las distribuidoras en estos mercados anexos?

Si los mercados anexos a la distribución han de ser abiertos a la competencia, es necesario entrar a regular o limitar la participación de las distribuidoras en ellos.

Lo anterior pues, es evidente que la situación competitiva de las empresas distribuidoras, dado el acceso a datos de consumo de energía, su posición como operador de la red y posibilidad de manejo flexible de las mismas– independientemente de la regulación específica que a su respecto se adopte –, puede verse privilegiada en comparación a otros agentes.

²⁷ Kiesling, L., Implications of Smart Grid Innovation for Organizational Models in Electricity Distribution, Wiley Handbook of Smart Grid Development (febrero, 2017). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2571251>

²⁸ Hung-po Chao, Shmuel Oren and Robert Wilson, Restructured Electricity Markets: Reevaluation of Vertical Integration and Unbundling, EPRI (2005).

En ese sentido, *Council of European Energy Regulators* (“**CEER**”) indica que cuando haya potencial para el desarrollo de una actividad bajo condiciones de competencia, la autoridad o regulación debiese inhibir a los operadores de redes de distribución de participar en la actividad o bien, ser autorizados sólo bajo condiciones especiales²⁹.

La justificación de lo anterior radica en que se considera a la competencia como la mejor estrategia para satisfacer las demandas de los consumidores de la forma más eficiente, se deben abrir a ella tantos mercados como sea posible y garantizar que efectivamente sea competitivo, eliminando posiciones privilegiadas.

Adicionalmente, el distribuidor tiene un perfil de bajo riesgo debido a su actividad monopólica regulada, cubierta por la fijación tarifaria³⁰ que lo expone ostensiblemente menos a la crudeza de la competencia, aparte de otorgar una posición estratégica, como ya se señaló.

En Chile, la pregunta surge con relación a la posibilidad de ejercer y desarrollar las nuevas funciones regulatorias de operador activo de red con la neutralidad necesaria para incentivar condiciones competitivas en mercados anexos, ya sean nuevos o existentes, si las mismas empresas distribuidoras, a su vez, participan de ellos, especialmente en el *retail*. Es decir, ¿podría una distribuidora participar del mercado del *retail*, mercados anexos en general o debería abstenerse de hacerlo para reducir el riesgo de riesgos verticales?³¹

Este análisis, ya se hizo en el mercado eléctrico chileno respecto del mercado de la transmisión, estipulándose a ese respecto, que los transmisores no pueden participar en ningún otro segmento del mercado. Si los cambios tecnológicos más arriba descritos apuntan a la transformación de los distribuidores en operadores neutrales activos de redes, asimilando su rol al de los transmisores de energía pero en otro segmento de la cadena, es lógico aplicar un razonamiento similar respecto de éstos.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Kiesling, L., *Implications of Smart Grid Innovation for Organizational Models in Electricity Distribution*, Wiley Handbook of Smart Grid Development (febrero, 2017). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2571251>

Esta conclusión se potencia aún más si se considera que en Chile, el manejo y operación de las redes no será – al menos en el corto y mediano plazo – separado de la distribución propiamente tal. Ambas actividades se desarrollarán por una sola entidad y, por ende, el poder de mercado asociado al acceso a la información que tendrá y a la posición de operador activo de red (que en otros países es llevado a cabo por una entidad neutral), confluirán en ésta y la harán ostentar una posición privilegiada y potencialmente anticompetitiva, si se extiende a otros mercados. Un resultado conocido de la teoría moderna de la regulación es que la renta del monopolista crece con la intensidad de la asimetría de información³². Por más que se trate de regular dicho acceso, la empresa en sí – que distribuye y gestiona la red – tendrá información comercialmente valiosa.

Por otra parte, al momento de surgir servicios y mercados asociados a la distribución, el incentivo será siempre favorecer, ya sea por medio de cláusulas contractuales, accesos, expansiones y otro, a la empresa del mismo grupo. La existencia de holdings de empresas del sector eléctrico que pertenecen a actividades distintas y que aparentemente deben tener intereses contrapuestos (oferentes y demandantes de energía queriendo por tanto los primeros vender a un precio lo más alto posible y los segundos comprar al más bajo de los posibles), resulta altamente perjudicial³³.

La participación de empresas distribuidoras en otros segmentos del mercado generaría distorsiones en la competencia tanto a nivel de tarificación como a nivel de generación pues, por ejemplo, permite la existencia de generadores que sólo compran energía a bajo precio en el mercado *spot* para revenderla a distribuidores que pertenecen al mismo grupo empresarial. Éstos últimos no traspasan dicha eficiencia a los consumidores y comercializan la energía a un valor más alto.

En la siguiente sección abordaremos la posición que entidades internacionales han adoptado a su respecto frente al desarrollo de actividades por parte de un distribuidor en mercados relacionados, de cara a las nuevas funciones que éstos tendrán en las redes inteligentes de energía.

³² Galetovic, A. Integración vertical en el sector eléctrico, Estudios Públicos 91, 2003, p. 218.

³³ Zurimendi I., Aitor, Integración vertical en el mercado eléctrico español, Revista para el análisis del Derecho

III. Entidad de las limitaciones de actividades a las distribuidoras: un balance necesario

El CEER ha sido claro en señalar que los distribuidores deben actuar como facilitadores de mercado **neutrales**, en beneficio del interés público, tomando en cuenta los costos y beneficios de sus diferentes actividades, así como también protegiendo los derechos de privacidad sobre los datos de consumo de los clientes que manejan³⁴.

Dado que la finalidad de una limitante de entrada a mercados, es que no se generen incentivos perversos en la competencia, es necesario desarrollar un diseño regulatorio adecuado para que, al prohibir participación o regularla, no se transgreda el espíritu de la norma.

Ello implica que la regulación debe permitir identificar a todas aquellas entidades que, por diversas razones, puedan ver determinado su actuar por los intereses o incentivos que las empresas distribuidoras poseen debido a su acceso a información estratégica o posición de operadora en el mercado, aunque su identidad legal no coincida.

En consideración a que el fin de la regulación debe ser evitar que las mismas aprovechen los beneficios que su posición les otorga, no basta con prohibir o regular el ingreso a la distribuidora propiamente tal. La regulación debe abarcar a todas las entidades que puedan actuar basadas en dicha información, sin perjuicio de que su identidad legal no coincida con la distribuidora en sí.

A continuación, se analizará la necesidad de instaurar una regulación que impida o limite no solo la participación directa de las empresas distribuidoras sino también el uso de la información que éstas posean a través de otras entidades.

1. Extensión de las limitaciones a las empresas distribuidoras

³⁴ Council of European Energy Regulators, C15-DSO-16-03 Conclusions Paper – Future Role of DSOs (2005), p. 9, 3, 2017.

Si bien es claro que deben existir limitaciones en cuanto a las actividades de las empresas distribuidoras en el mercado de la energía, se debe precisar la extensión de dichas limitaciones a efecto de no inhibir la competencia al intentar incentivarla. Asimismo, deben establecerse ciertos requerimientos básicos para que la prohibición pueda ser efectiva.

a. Constitución social y giro único

Uno de los primeros requisitos que toda empresa distribuidora debe cumplir, es su constitución como sociedades anónimas abiertas o cerradas sujetas a las obligaciones de información y publicidad a que se refiere el inciso séptimo del artículo 2 de la ley N° 18.046 y a las normas sobre operaciones entre partes relacionadas del Título XVI de la misma ley³⁵.

Ello, para someterlas a ciertas obligaciones de publicidad, transparencia e información, necesarias para el control y supervisión, tanto de la autoridad encargada de velar por el correcto funcionamiento de los mercados y sociedades cotizantes en bolsa como de la autoridad eléctrica propiamente tal.

Al constituirse bajo esta forma jurídica, se identifica claramente a la empresa que está desarrollando la actividad y, por ende, puede ser fiscalizada.

Asimismo, es muy relevante que las empresas distribuidoras tengan giro único. Dado que se limitará su actuar en mercados anexos, el regulador debe ser muy claro en identificar cuáles son las actividades que corresponden efectivamente a la distribución y cuáles quedan fuera de ella.

b. Extensión de limitaciones al grupo empresarial

Ahora bien, a pesar de que la aplicación de la normativa relativa a personas relacionadas y sociedades anónimas abiertas genera potentes incentivos para evitar prácticas de traspaso de información que devengan en anticompetitivas y, a su vez, otorga

³⁵ La aplicación de estos criterios hoy en día forma parte de la mayoría de las regulaciones de gobiernos corporativos, siendo también sugerido por la OECD en su informe "Principios de Gobierno Corporativo de la OECD y G20" (2016), p. 45.

buenas herramientas para control y supervisión por parte de autoridades regulatorias, resulta adecuado y coherente extender la prohibición de no participar en mercados anexos a aquellas entidades pertenecientes al grupo empresarial de la distribuidoras, en los términos definidos en el artículo 96 de la Ley N° 18.045.

Como dicho artículo y los que le siguen indican, la cercanía entre entidades pertenecientes a un mismo grupo es tal, que responden a una sola dirección. Torres, citado por Pizarro, señala también que “estas agrupaciones de sociedades forman parte de un grupo de interés económico, lo que implica que se gobiernan por criterios e intereses dominantes que emanan del controlador del grupo, en que se crea una verdadera estructura o red de sociedades que integran una misma entidad, en cuya cúspide se encuentra el ‘cabeza de *holding*’, en las cuales se observa una política y administración común, que las hace ejecutar parte de una misma estrategia de negocios en los mercados”³⁶.

El Derecho chileno no niega la posibilidad de aunar intereses conjuntamente y actuar conforme a ellos, pero sí regula las relaciones de quienes comparten dichos intereses para así salvaguardar los intereses de los minoritarios – que pueden verse afectados por el interés del controlador – o bien, del mercado en general, otorgando transparencia y reglas de relaciones pro-competencia.

Así, “el solo reconocimiento de los grupos empresariales como un fenómeno fundado en el ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad, funcional además a los desafíos de la economía moderna y de los emprendimientos a gran escala, presupone aceptar a su vez la supremacía de ese interés grupal respecto del interés de cada miembro individualmente considerado, en el entendido que la sinergia grupal terminará por compensarlo en un periodo razonable (...). Cualquiera que sea la naturaleza o estructura del grupo, su condición de tal estará definida siempre y necesariamente por la existencia de una misma y única voluntad de dirección, diseñada con miras a favorecer el

³⁶ Pizarro, C., Los grupos de empresas como sujetos de imputación de obligaciones en el Derecho Colectivo del Trabajo. Memoria para optar al grado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2017), p. 42.

interés del grupo sin respecto al número de entidades integrantes o a la posición que cada cual ocupe en dicha estructura³⁷.

Dado el reconocimiento de la existencia de los grupos empresariales y la aceptación de que éstos actúan conforme a un interés común, es razonable extender la prohibición aplicable a las empresas distribuidoras de desarrollar actividades en mercados anexos a los miembros de su grupo empresarial pues, en los hechos, y a pesar de la estructura jurídica específica que se adopte, el grupo actúa como uno solo en términos de incentivos e intereses.

Lo que una regulación así provoca, es prohibir que representantes de empresas distribuidoras ocupen posiciones de dirección de empresas que participen en otros segmentos. El hecho de tener derecho a un asiento en un Directorio genera acceso a la información estratégica que podría ser legalmente utilizada en otros mercados y, así, generar distorsiones en la competencia dada las ventajas competitivas que la distribuidora tendría. Si el regulador prohíbe participación a nivel de control (acceso al directorio), entonces se limitan dichas distorsiones pues no hay traspaso de información posible.

En definitiva, una buena regulación debe prohibir participaciones que otorguen **control** a miembros de empresas distribuidoras en empresas que participen de mercados anexos y permitir sólo participación financiera, es decir, posiciones que no otorguen control.

Por otro lado, dado que el concepto de grupo empresarial es más acotado que el de personas relacionadas, de conformidad a la Ley N° 18.045, es sensato aplicar normas más estrictas a la empresa distribuidora y su grupo – inhibiendo su participación – y aplicar normas más flexibles y generales a sus personas relacionadas.

³⁷ Jequier L., Eduardo. Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el Derecho chileno. *Rev. chil. derecho* [online]. 2014, vol.41, n.1 [citado 2020-02-20], pp.121-152. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437.

Esta distinción no es nueva y se contempla en otras áreas del Derecho, tales como el Mercado de Valores propiamente tal, las leyes tributarias³⁸ y libre competencia³⁹.

c. Zona de concesión

Es pertinente preguntarse por la extensión de la prohibición en relación a las zonas de concesión. Resulta intuitivo pensar que las empresas distribuidoras ostentan una posición privilegiada sólo en relación con su zona de concesión pues es en ella donde tienen acceso a datos de consumo y atribuciones de coordinación y manejo de la red por sobre otros actores.

Si es dicha posición lo que justifica la limitación, en todas aquellas zonas en donde no la ostenta, resulta evidente que podrá desarrollar actividades de conformidad a las reglas generales de competencia.

Lo anterior, resulta positivo para incentivar la competencia en las otras zonas de concesión en donde la empresa en cuestión no sea titular de la misma puesto que agrega un actor relevante, con experiencia en la industria, quien esperablemente será capaz de ejercer presión frente a otros actores.

Ahora bien, si hay mercados anexos que funcionan de forma transversal a las zonas de concesión y, por ende, la situación de privilegio de la distribuidora pudiese extenderse fuera de la misma, será pertinente que el regulador evalúe dicha situación específica.

³⁸ En este sentido el Código Tributario, en su artículo 64 exime del pago de ciertos impuestos cuando se realicen operaciones dentro del grupo empresarial pues se considera que se trata de reorganizaciones internas, de una misma entidad. Asimismo, el artículo 10 de la Ley de la Renta, hace referencia a la noción de grupo empresarial a efectos de considerar ciertas enajenaciones sometidas o no a cierto régimen tributario.

³⁹ El Título IV del DL 211, al definir operación de concentración para efectos de establecer la obligación de notificación de la misma, señala que “[s]e entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí (...)” [el destacado es nuestro]. En consecuencia, el DL 211 considera que no puede existir una concentración entre dos entidades que pertenecen a un mismo grupo pues éstas no podrían considerarse competidores, al responder a los mismos intereses e incentivos. El control de operaciones de concentración tiene por objeto revisar aquellas transacciones que impliquen cambios en los incentivos de las empresas y que puedan afectar la competitividad de un mercado. Si dos entidades son parte de un mismo grupo, no hay cambio de incentivos pues ya respondían a los mismos intereses.

Para lo anterior, resultaría pertinente un proceso como el que a continuación se señala.

2. Participación sujeta a consulta

Autoridades internacionales han manifestado cierta preocupación por aquellos mercados en los cuales no hay candidatos adicionales a las distribuidoras para prestar servicios anexos, por razones de baja densidad u otras.

En caso de permitir la participación en actividades distintas del manejo de la red de distribución propiamente tal, ello debe realizarse bajo un estricto análisis de costo beneficio, limitando el compromiso y duración de dicha participación e introduciendo criterios de transparencia⁴⁰. Es decir, sólo en hipótesis especialmente reguladas.

Frente a esta situación, y como medida transitiva, internacionalmente se ha propuesto como solución la implementación de un proceso de licitación abierta, en el que, cumpliéndose las siguientes condiciones, el distribuidor pueda participar, debiendo dicha participación ser evaluada cada cinco años, a efectos de determinar si hay nuevos entrantes interesados. Las condiciones que deben cumplirse son las siguientes:

- i. Ninguna otra empresa manifieste interés en participar de dicho mercado.
- ii. Dicho mercado sea necesario para que las distribuidoras lleven a cabo su función regulatoria de forma segura y confiable⁴¹.

Asimismo, la legislación internacional, he empleado un mecanismo llamado “regulación de última tarifa”. Esto consiste en que el regulador fija una tarifa diferente para aquellos usuarios que enfrentan oferta de compra por parte de un solo comercializador que, a la vez, es distribuidor.

⁴⁰ Council of European Energy Regulators, C15-DSO-16-03 Conclusions Paper – Future Role of DSOs (2005), p. 9.

⁴¹ Hancher, L., y Winters, B.M., The EU Winter Package, Briefing paper, February 2017.

Con regulación especial se evitan abusos por parte del monopolista que controla dos segmentos y se satisface también la provisión de energía a los usuarios.

En dichos casos, se debe reglamentar la posibilidad de tomar nuevos roles por parte de las distribuidoras, controlando suficiente y estructuralmente su participación para que éstas no usen su acceso a datos de consumo para ganar ventaja comercial o crear distorsiones en el mercado⁴².

Un proceso de consulta podrá estipularse en relación a la participación de empresas distribuidoras en mercados anexos que se vinculen a otras zonas de concesión.

IV. Conclusiones

Los cambios generados por la incorporación de nuevas tecnologías harán cambiar las funciones que tradicionalmente han tenido las empresas distribuidoras de energía. La flexibilidad, coordinación, incorporación de recursos energéticos distribuidos y manejo de datos de consumo de clientes otorgan a las mismas mayores responsabilidades y, a la vez, una posición especial y privilegiada dentro del mercado.

Dado lo anterior, es necesario preguntarse y analizar cuál será la participación de las empresas distribuidoras en los mercados anexos a la distribución y si es necesario limitarla.

Según lo revisado en este informe, es posible concluir lo siguiente:

1. Resulta eficiente abrir a la competencia los mercados anexos a la distribución. Las distorsiones que genera que una empresa distribuidora participe en un mercado anexo son mayores a los posibles beneficios que una integración vertical traería, especialmente, a consecuencia de la incorporación de nuevas tecnologías que descentralizan el funcionamiento de las redes.
2. La participación de las distribuidoras en mercados anexos no debe ser permitida. Dado el cambio de rol de las distribuidoras y su aparición como operadores activos

⁴² Ibid., p. 14.

y neutrales de redes, su participación en los mismo impediría el cumplimiento de su labor, por una parte y, por otra, generaría distorsiones en dichos mercados anexos. Este análisis ya se llevó a cabo respecto de las empresas transmisoras y, por ende, es razonable aplicarlo a las distribuidoras y su nuevo rol como gestoras de red, dado que las funciones se tenderán a parecer, aun tratándose de otro segmento.

3. La prohibición impuesta debe extenderse a la empresa distribuidora y su grupo empresarial, pues todas las entidades que conforman éste, actúan bajo un solo interés. Ello implica prohibir que miembros de una empresa distribuidora ocupen posiciones de control – asientos en Directorios – de empresas participantes en mercados anexos, pues es dicha situación la que genera traspasos de información que afectan el comportamiento estratégico de las mismas. Su participación puede ser sólo financiera, es decir, participación sin control.
4. Adicionalmente, a lo anterior, y a fin de que se creen las condiciones propicias para la fiscalización y control de las medidas impuestas:
 - a. Las empresas distribuidoras deberán constituirse como sociedades anónimas abiertas o cerradas sujetas a las obligaciones de información y publicidad a que se refiere el inciso séptimo del artículo 2 de la ley N° 18.046 y a las normas sobre operaciones entre partes relacionadas del Título XVI de la misma ley.
 - b. Las empresas distribuidoras deberán tener un giro único relativo a la distribución de energía.
5. Se debe considerar un procedimiento de autorización adicional para aquellos mercados en donde no haya otros interesados en participar, aparte de las empresas distribuidoras, siempre y cuando dicho mercado sea necesario para que las distribuidoras lleven a cabo su función regulatoria de forma segura y confiable.
6. Posibilidad de aplicar regulación de “tarifa de último recurso”.

Una limitación de actividades bajo estas condiciones pareciera ser la fórmula más adecuada para lograr los fines que se tienen en mente, a saber, el desarrollo eficiente y competitivo de mercados anexos a la distribución, incentivando la participación de nuevos agentes en dichos mercados.