

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

RESOLUCION N° 620.- /

Santiago, veintidós de agosto de dos mil uno.

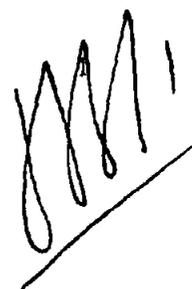
VISTOS:

1°.- A fs. 86 la Empresa Eléctrica del Norte Grande S.A., en adelante también denominada **Edelnor**, formula una denuncia en contra de las empresas distribuidoras de electricidad, Empresa Eléctrica de Arica S.A., en adelante también denominada **Emelari**, Empresa Eléctrica de Iquique S.A., en adelante también denominada **Eliqsa**, Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., en adelante también denominada **Elecda**; en contra de la sociedad matriz de las anteriores, Empresas Emel S.A., en adelante también denominada **Emel**, y en contra de Nor Oeste Pacífico Generación de Energía Limitada, en adelante **Nopel**, por graves atentados a la libre competencia y abusos de posición monopólica y expone:

1.1.- Que la industria o actividad eléctrica en Chile está dividida en tres sectores: a) generación: que está formado por las compañías que producen energía eléctrica en sus plantas hidro y termo eléctricas, que posteriormente es vendida a las empresas distribuidoras de electricidad y a los clientes libres; b) transmisión: que está formado por las compañías que transmiten a alto voltaje la electricidad producida por los generadores, y c) distribución: formado por las compañías que compran la electricidad a las generadoras para su venta posterior al consumidor final, normalmente ubicado dentro del área de concesión respectiva.

1.2.- Que, por su parte, la Ley General de Servicios Eléctricos o Ley Eléctrica, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Minería, establece un sistema de fijación de precios en los diferentes eslabones de la cadena de la actividad eléctrica, al señalar:

1.2.1.- Para las ventas del nivel generadoras- transmisoras a las distribuidoras, el Ministerio de Economía, previo cálculo de la Comisión Nacional de Energía, fija por decreto y en forma semestral el precio de nudo, que constituye el precio máximo al cual



dichas transacciones pueden celebrarse y que se obtiene básicamente a partir de los costos de generación y transporte de energía.

1.2.2.- Para la venta del nivel de distribuidoras a sus clientes regulados, el Ministerio de Economía fija por decreto, cada cuatro años, el precio máximo o tarifa para dichas transacciones, el cual se obtiene a base del precio de nudo y de un valor agregado por concepto de costos de distribución, de tal modo que el precio resultante al suministro corresponde al costo de utilización por parte del usuario de los recursos a nivel de producción, transporte y distribución empleados.

1.2.3.- Que, aún cuando la Ley Eléctrica establece claramente que los precios fijados conforme a ella son máximos, lo cual les permitiría a las distribuidoras cobrar menos, en la práctica las ventas de las generadoras a las distribuidoras y de éstas a los clientes regulados se ha realizado a los precios máximos fijados.

1.3. Que la situación anterior cambió con la dictación por parte de la Comisión Resolutiva de la instrucción de carácter general contenida en el N° 4.4 de la Resolución N° 488, de 11 de junio de 1997, que establece como obligación para las generadoras y distribuidoras que celebren contratos de suministro de energía que éstos deben licitarse y que deben traspasar los menores costos que provengan de la licitación a los clientes.

1.4.- Que, además, con posterioridad a la instrucción señalada, por Decreto Supremo N° 327, del Ministerio de Economía, que contiene el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, o Reglamento Eléctrico, publicado en el Diario Oficial el 10 de septiembre de 1998, se establece, en el inciso 2° del artículo 240, que si la obligación de disponer en forma permanente de un horizonte de abastecimiento de energía de a lo menos tres años se cumple a través de contratos de suministro, para los efectos de tales contrataciones, los concesionarios de servicios públicos de distribución deberán implementar un sistema de acceso abierto a los diferentes oferentes del mercado, en que se convoquen públicamente a éstos a participar en el abastecimiento que requieran contratar, bajo condiciones libremente definidas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias y de público conocimiento.

1.5.- Que toda compañía que opera en el ámbito de la generación y distribución de energía, incluidas Emel y sus filiales conoce el contenido de la Resolución N° 488, además de ser vinculante para las compañías que fueron parte en la causa en la cual ella se dictó. Y que Nopel, sociedad de responsabilidad limitada, tiene como socio a Endesa en un 40%.



1.6.- Que las distribuidoras Emelari, Eliqsa y Elecda contrataron su abastecimiento de energía a partir del año 2002 con la empresa Nopel, de propiedad de Endesa y de Compañía de Inversiones CMS Energy Chile Limitada; que los contratos de suministro celebrados entre las filiales de Emel, como distribuidora y Nopel, como abastecedora, tendrían fecha 6 de noviembre de 1998. Que el inicio de la vigencia del reglamento eléctrico, incluyendo la obligación contenida en el artículo 240, inciso 2°, es el 9 de noviembre de 1998, es decir, al día siguiente hábil a la fecha en que se habrían celebrado los contratos cuestionados, lo que revela que, a juicio de Edelnor, el propósito de Emel, sus filiales y de Nopel, fue el de eludir la aplicación del Reglamento Eléctrico. Que, en consecuencia, los hechos descritos constituyen una infracción a la instrucción de carácter general contenida en el N° 4.4 de la Resolución N° 488 y a las normas de defensa de la libre competencia, por cuanto la contratación del abastecimiento de energía y potencia por parte de las tres distribuidoras denunciadas se realizó a través de una negociaciones directa entre Nopel y Emel, respecto de las cuales el resto de las generadoras, incluida Edelnor, no tuvo posibilidad de competir.

Solicita tener por interpuesta la denuncia en contra de las compañías antes citadas por las infracciones a las normas de libre competencia descritas, y que esta Comisión Resolutiva en uso de sus facultades, investigue los hechos y en definitiva **ponga término** a los contratos de suministro de energía celebrado entre las empresas denunciadas y Nopel.

2°.- A fs. 96 esta Comisión Resolutiva se avocó de oficio al conocimiento de los hechos materia de la denuncia, confiriendo traslado a la empresas denunciadas, solicitando además informe al Sr. Fiscal Nacional Económico.

3°.- A fs. 147 evacua el traslado **Nopel** y solicita el rechazo de la denuncia en todas sus partes, con costas, en atención a las siguientes consideraciones de hecho y de derecho que expone:

3.1.- Los hechos: Que con fecha 6 de noviembre de 1998 entre Nopel y las empresas distribuidoras de electricidad Emelari, Eliqsa y Elecda se suscribieron tres contratos para el suministro de energía eléctrica a partir del año 2002, suscripción que tuvo lugar antes de la entrada en vigencia del reglamento eléctrico y en especial, con mucha anterioridad a la entrada en vigencia de la norma que obliga a licitar los contratos de esta clase.

3.2.- Que por otro lado, el 11 de junio de 1997 se dictó la Resolución N° 488, la cual no es aplicable a Nopel, por cuanto ésta no es una empresa distribuidora de electricidad.



Que, a su vez, el 10 de septiembre de 1998 se publicó en el Diario Oficial el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, cuyos artículos más relevantes en este tema son: El artículo 1° transitorio, que establece que el Reglamento entrará en vigencia 60 días después de su publicación, esto es, el 9 de noviembre de 1998; el artículo 240, inciso 1°, que establece que para asegurar el cumplimiento de la obligación de suministro, los concesionarios de distribución deberán disponer permanentemente del abastecimiento que les permita satisfacer sus necesidades proyectadas a lo menos por 3 años; el artículo 2° transitorio, que establece que la obligación establecida en el artículo 240 será exigible 180 días después de la entrada en vigencia del Reglamento.

3.3.- El derecho: Que la Resolución N° 488, en su numeral 4.4 no se aplica a Nopel, dado que esta no es una empresa distribuidora sino una empresa generadora de electricidad. Que, asimismo, la Resolución N° 488 no es aplicable a las distribuidoras Emelari, Eliqsa y Elecda toda vez que fue dictada en un procedimiento seguido en contra de Endesa S.A., Chilectra S.A., Transelec S.A. y Enersis S.A., por las eventuales consecuencias que pudiere acarrear la integración vertical de dichas compañías que operan en el SIC (Sistema Interconectado Central), y por tal razón, no puede aplicarse al mercado energético del Norte Grande o SING ni a las partes en este proceso.

3.4.- Que a su vez la Resolución N° 488, sólo puede afectar a las empresas que fueron parte en el proceso que concluyó con su dictación, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3° del Código Civil y que, por otro lado, Edelnor estuvo siempre informado y participó abiertamente en el proceso de negociación de los contratos de suministro con las empresas denunciadas, y así por lo demás esta reconocido expresamente en el documento acompañado bajo la letra e) del N° 4 del primer otrosí de la denuncia; donde, además de lo anterior, propone continuar proporcionando suministro eléctrico a las compañías Emel, bajo los contratos existentes.

Solicita tener por evacuado el traslado y en definitiva rechazar en todas sus partes la denuncia formulada, con costas, declarando que los contratos suscritos entre su representada y las empresas denunciadas se ajustaron a la legalidad vigente, por cuanto no existía a la fecha de su otorgamiento la obligación de licitarlos y que en la suscripción de dichos contratos no se atentó en contra de la libre competencia ni existe abuso de posición dominante por parte de su representada ni de las empresas denunciadas.

4°.- A fs. 198 evacuan el traslado en forma conjunta la empresa **Emel** y sus filiales **Emelari, Eliqsa y Elecda**, e indican :

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping letters, possibly 'JM', followed by a horizontal line underneath.

4.1.- Que las instrucciones contenidas en los números 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4 de la Resolución N° 488 no pueden imponer obligaciones a las partes denunciadas en materia de modalidades de comercialización de la potencia y energía eléctrica, ya que éstas constituyen solo recomendaciones de la Comisión Resolutiva; que, además, tampoco obligan ni a la autoridad ni a las empresas que fueron parte en la causa, toda vez que ésta, al imponer la obligación de licitar para el abastecimiento de energía y potencia, atenta contra la garantía establecida en el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

Añade que la disposición constitucional señala que solo una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Que, además de lo anterior, se habría requerido que la o las instrucciones generales de la Comisión Resolutiva su publicaran en el Diario Oficial para que ellas pudieran aplicarse, pues de otro modo sólo podían obligar a las partes de la causa.

4.2.- Que la instrucción del N° 4.4 de la Resolución N° 488 obedece a la realidad del mercado del servicio público de distribución del SIC y sólo se aplica a éste y no a las empresas distribuidoras denunciadas, las que en el SING (Sistema Interconectado del Norte Grande) constituyen el total de las empresas de servicio público de distribución y que en conjunto suman menos del 11% del total de la potencia conectada del sistema, siendo el SING un mercado orientado a satisfacer la demanda de clientes libres responsables del 89% restante.

4.3.- Que la facultad contenida en el artículo 17, letra b), del Decreto Ley N° 211, de 1973, que permite a la Comisión Resolutiva dictar instrucciones de carácter general, está condicionada a la circunstancia que los actos o contratos de los particulares pudieran atentar contra la libre competencia, que en manera alguna se aplican a la celebración de los contratos de suministro impugnados, ya que las empresas de distribución denunciadas, en razón de su participación en el mercado del SING no se encuentran en posición de control o abuso monopolico.

4.4.- Que es necesario, además, que para que la instrucción sea aplicable a las denunciadas que ésta haya sido publicada en el Diario Oficial o se notifique de una forma fehaciente ya que de otro modo solo podría obligar a las partes de la causa.

4.5.- Que, por otro lado, el 10 de septiembre de 1998, se publicó el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, que establece en su artículo primero transitorio que entraría en vigencia 60 días después de su publicación en el Diario Oficial, es decir, el



9 de noviembre de 1998 y establece en sus artículos, especialmente el artículo 20 transitorio, que la obligación establecida en el artículo 240 será exigible 180 días después de la entrada en vigencia del cuerpo legal, norma que entra en vigencia el 9 de mayo de 1999, y así, la suscripción de un contrato de 6 de noviembre de 1998 no puede verse afectada ni en colisión con una norma reglamentaria que solo entra en vigencia el 9 de mayo de 1999.

Solicitan tener por evacuado el traslado y, en definitiva, rechazar la denuncia, con expresa condenación en costas a la denunciante, declarando que los contratos suscritos por las empresas Emelari, Eliqsa y Elecda se ajustaron plenamente a la legalidad vigente y que en la suscripción de los mismos no han atentado en contra de la libre competencia ni han ejercido abuso de posición dominante.

5º.- A fs. 287 evacua **el informe el Sr. Fiscal Nacional Económico** y señala:

5.1.- Que en cuanto a la omisión del proceso de licitación denunciado por Edelnor, la exigencia contenida en el N° 4.4 de la Resolución N° 488, de 1997, en orden a que debe existir un proceso de licitación previo para proveer el suministro de energía eléctrica a las empresas distribuidoras, se estableció con motivo de la integración eléctrica en el SIC, sin perjuicio de que el nuevo Reglamento Eléctrico haya generalizado obligatoriamente respecto de todas las empresas de distribución eléctrica del país tal exigencia de licitación, pero solo con posterioridad a la celebración de los contratos impugnados por la denunciante.

Con todo, añade, cabe señalar que la fiscalización en el cumplimiento del citado Reglamento es una materia de incumbencia de la Superintendencia de Electricidad y Combustible.

5.2.- Que, en principio, si bien es preferible que exista un mecanismo de licitación pública de las compras de electricidad, que traspase al usuario parte de los menores costos eventuales de adquisición y no condicione las transacciones a otros acuerdos comerciales, la circunstancia que en la especie no haya ocurrido no constituye en sí misma una infracción a las normas sobre libre competencia aprobadas por el Decreto Ley N° 211, de 1973.

5.3.- Que a lo anterior habría que agregar que las empresas Emelari, Eliqsa, Elecda y Nopel no tienen una posición dominante en el mercado de compraventa en bloque de energía y potencia en el SING, no obstante lo cual, por constituir las tres primeras monopolios naturales en sus respectivas áreas de concesión, es preciso reconocer que las condiciones acordadas con los proveedores necesariamente comprometen a los



clientes de las distribuidoras, los que en general no tienen alternativas de abastecimiento.

5.4.- Que en cuanto a los convenios celebrados, en primer lugar, los celebrados entre el grupo Emel y Nopel involucran no solo la compraventa de electricidad sino también el acuerdo de constituir una sociedad de transmisión conjunta en el SING. Que Edelnor, por su parte, ofrecía vender su electricidad a precio rebajado (95% del precio nudo,) y Emel prefirió no acceder al descuento pero optar, en cambio, por la construcción de un nuevo sistema de transmisión, competitivo con el de Edelnor y su participación en una sociedad de transmisión .

5.5.- En segundo lugar, los convenios celebrados entre el grupo Emel y Nopel, incluyen contratos exclusivos de suministro en los cuales se comprometen a una compraventa de energía eléctrica por la totalidad de las necesidades del grupo Emel, incluyendo clientes regulados y no regulados. Este contrato que se inicia a contar del 1° de enero de 2002, con duración indefinida, establece, además, como precio de compra por parte del grupo Emel a Nopel, el precio de nudo. Que incluye, además, el acuerdo de formación de una sociedad de transmisión entre el grupo Emel y Nopel, como sociedad anónima cerrada de giro exclusivo, sujeta a las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas.

5.6.- Formula el Fiscal Nacional Económico los siguientes reparos y señala: que las cláusulas de exclusividad y de duración indefinida de los convenios significan dejar sin aplicación la instrucción de carácter general establecida en el punto 4.4 de la Resolución N° 488. Que, asimismo, dichas cláusulas hacen inaplicable el artículo 240 del Reglamento Eléctrico y estima que procedería dejar sin efecto la cláusula que establece una duración indefinida de los contratos de suministro, debiendo disponerse una duración definida.

5.7.- Agrega, respecto del abastecimiento de clientes libres del grupo Emel, abastecidos actualmente por Edelnor, materia contenida en la cláusula 3.2 de la página 6 del convenio de negocios, que a su juicio, sería atentatoria a la competencia en el sector eléctrico, pues las partes están conviniendo que el grupo Emel, el cual es dueño de las redes eléctricas a las que están conectados los clientes libres y que tienen contratos de suministro con éstos, cambien de suministrador de Edelnor a Nopel, antes del término de las condiciones contratadas entre las distribuidoras del grupo Emel y Edelnor, lo que es discriminatorio con Edelnor, ya que el acuerdo haría que ésta última perdiera rápidamente la entrega de suministro, afectándolo comercialmente en el corto plazo.



5.8.- Señala que las distribuidoras del grupo Emel podrán hacer abuso de su posición dominante al no haber normas claras respecto de los peajes que debiera pagar Edelnor para acceder a los clientes libres en zonas de concesión. Cabe destacar, agrega, que si Edelnor quisiera competir por estos clientes debería negociar peajes con las distribuidoras del grupo Emel y, de no haber acuerdo entre las partes contratantes, constituir un tribunal arbitral para la solución del conflicto, el cual podría tardar aproximadamente un año en dar solución al problema imposibilitando así la competencia en el corto plazo.

Estima conveniente el Fiscal Nacional Económico:

5.8.1. Que se deje sin efecto el párrafo 2° del punto 3.2 de la página 6 del convenio entre el grupo Emel y Nopel, además de las cláusulas de los contratos de las distribuidoras individualmente con Emel que se relacionen.

5.8.2 Hacer una prevención en el sentido que las empresas distribuidora deberán permitir que se establezcan servidumbres de postación y de paso de electricidad por parte de cualquier interesado;

5.8.3 Prevenir a la Superintendencia de Electricidad y Combustible para que dicte las normas del artículo 95°, del Decreto Supremo N° 327, referidos a las servidumbres de paso de electricidad en instalaciones de distribución.

5.8.4 Respecto de la formación de una sociedad de transmisión entre el grupo Emel y Nopel, señala que el convenio constituye un ejemplo de las desventajas que presenta la integración vertical en el sector eléctrico, ya que Edelnor S.A es dueña de las líneas de transmisión desde las centrales generadoras hasta las instalaciones de distribución del grupo Emel y otra generadora como Nopel prefiere construir con Emel un nuevo sistema de transmisión para poder acceder a estas distribuidoras, en vez de negociar peajes con Edelnor, sistema que si bien mejora la competencia en el SING representa un costo injustificado para el país por la duplicidad de inversiones.

Que cabe señalar que la sociedad de transmisión que se creará y será dueña de los activos de transmisión, se constituirá como sociedad anónima cerrada, de giro exclusivo, sujeta a las normas aplicables a las sociedad abiertas, lo que apunta en el sentido contrario a la instrucción de carácter general contenida en el punto 4.2 de la Resolución N° 488 y se estima que se debe establecer que en el convenio de negocios entre el grupo Emel y Nopel, la sociedad de transmisión que se está creando deberá convertirse en sociedad anónima abierta en un plazo razonable, no superior a dos años.



5.9.-Estima que procedería desestimar la denuncia formulada por Edelnor S.A. en contra de las empresas Emel, Emelari, Eliqsa, Elecda y sociedad Nopel, en cuanto solicita dejar sin efecto los contratos a que se refiere el informe, en razón de haberse omitido un proceso de licitación para adjudicar el suministro de energía a las empresas distribuidoras del grupo Emel S.A.

5.10.- Sin perjuicio de lo anterior, solicita a esta Comisión Resolutiva que, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 17, letra a), N° 1 del Decreto Ley N° 211, de 1973, disponga la modificación del convenio celebrado con fecha 6 de noviembre de 1998 entre las empresas del grupo Emel y Nopel, en los siguientes términos:

a) Que se deje sin efecto la cláusula que establece una duración indefinida de los contratos de suministro convenidas entre el grupo Emel y Nopel, teniendo éstas que disponer una duración definida;

b) Que se deje sin efecto el párrafo 2° del punto 3.2 de la página 6 del mismo convenio, además de las cláusulas de los contratos de las distribuidoras individualmente con Nopel que se relacionen con el párrafo descrito.

Asimismo solicita acoger las siguientes prevenciones:

c) Hacer una prevención en el sentido que las empresas distribuidoras deberán permitir que se establezcan servidumbres de postación y de paso de electricidad por parte de cualquier interesado según establecen los artículos 51 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 y 72 del Decreto Supremo N° 327, para los clientes establecidos en el artículo 90 y 91 de la Ley General de Servicios Eléctricos y 251 y 252 del Reglamento.

d) Hacer una prevención a la Superintendencia de Electricidad y Combustible para que dicte la norma establecida en el artículo 95, del Decreto Supremo N° 327, referida a servidumbres de paso de electricidad.

e) Hacer una prevención al grupo Emel y Nopel, respecto que la sociedad de transmisión que se está creando deberá convertirse en sociedad anónima abierta en un plazo razonable, no superior a dos años.

6°.- Se confirió traslado del informe del Sr. Fiscal Nacional Económico a las partes por el término legal.

7°.- A fs. 423 evacúan el traslado conferido en forma conjunta las **empresas Emel, Emelari, Eliqsa y Elecda** y señalan que concuerdan con el informe del Sr. Fiscal Nacional Económico en que debe ser desestimada la denuncia y que además el SING y el SIC` son diferentes entre sí y por lo tanto no es aplicable la Resolución N° 488. Por otro lado señalan que no concuerdan con la prevención de dejar sin efecto las



cláusulas de exclusividad y de duración indefinidas, lo que debe ser rechazado, toda vez que no puede el Fiscal Nacional Económico proponer que a un acto o contrato se le imponga la incorporación forzada de un elemento que su propia naturaleza no contempla, siendo las partes libres y soberanas de agregarlas o no.

Concluyen señalando que la denuncia de Edelnor S.A. debe ser rechazada ya que no existen fundamentos para concluir que deba imponerse un plazo fijo a los contratos, como tampoco es procedente la eliminación del párrafo 2° del punto 3.2 del convenio de negocios, ya que los argumentos del informe no se ajustan a la realidad del SING.

8°.- A fs. 552 evacua el traslado **Edelnor**, solicitando que sea desestimando el informe del Fiscal Nacional Económico y, en definitiva, se acoja en todas sus partes la denuncia de autos, sin perjuicio de que solicita que, en subsidio de lo anterior, se ordene modificar los contratos fijándoles un plazo breve y no renovable.

9°.-A fs. 569 evacua el traslado **Nopel** e indica que es acertada la proposición del Sr. Fiscal Nacional Económico en el sentido de desestimar la denuncia por haberse omitido el proceso de licitación; que, por el contrario, debe rechazarse la petición de dejar sin efecto la cláusula de duración indefinida de los contratos, como asimismo la de dejar sin efecto el párrafo 2 del punto 3.2 del convenio de negocios y por último, debe rechazarse la prevención de que la sociedad de transmisión debe convertirse en una sociedad anónima abierta.

10°.- A fs. 611 el **Fiscal Nacional Económico presenta requerimiento** y formula respecto de los contratos firmados entre las empresas del grupo Emel y Nopel los siguientes reparos:

Señala que la exclusividad y duración indefinida de los contratos de suministro vulneran los principios y directrices contenidos en la instrucción de carácter general, establecidos en el punto 4.4 de la Resolución 488, y también dichas cláusulas hacen inaplicable el artículo 240 del Reglamento Eléctrico y, entonces, no se materializan las normas establecidas por esta Comisión que tienen como fin asegurar el acceso sin discriminación al mercado de las empresas concesionarias de distribución por parte de cualquier empresa de generación eléctrica y resguardar el traspaso a los usuarios de los costos reales de compra por parte de las empresas concesionarias de distribución eléctrica y no las tarifas máximas fijadas por la autoridad.

Por lo tanto, estima procedente solicitar a esta Comisión dejar sin efecto las cláusulas que establecen una duración indefinida de los contratos de suministro convenidos entre el grupo Emel y Nopel Ltda., teniendo éstas que disponer de una duración definida no



mayor que 5 años, y además, corresponde reafirmar el criterio de carácter general contenido en la instrucción general del punto 4.4 de la Resolución N° 488, en el sentido que las empresas concesionarias de distribución deben traspasar a los usuarios eventuales los menores costos derivados de un sistema de licitación de compras de energía y potencia, instruyendo a la autoridad para que esta medida se formalice en la instancia correspondiente.

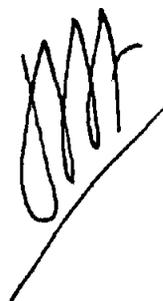
Señala, respecto del abastecimiento a clientes libres del grupo Emel abastecidos actualmente por Edelnor S.A., que la cláusula del punto 3.2 de la página 6 del convenio atenta en contra de la libre competencia pues las partes están conviniendo que el grupo Emel, dueño de las redes eléctricas a las que están conectados los clientes libres y que tiene contratos de suministros con éstos, intervengan y sus representantes actúen promoviendo que estos clientes cambien de suministrador de Edelnor a Nopel, antes del término de las condiciones contratadas entre las distribuidoras del grupo Emel y Edelnor, situación que es discriminatoria con Edelnor, por cuanto el acuerdo significa la entrega del suministro, afectándole comercialmente en el corto plazo.

Por lo tanto, estima conveniente dejar sin efecto el punto 3.2 de la página 6 del convenio de negocios, además de las cláusulas de los contratos de las distribuidoras del grupo Emel que se relacionen con el párrafo descrito; estima, además, conveniente hacer una prevención en el sentido de que las empresas distribuidoras deben permitir que se establezca una servidumbre de postación y de paso de electricidad por parte de cualquier interesado según establecen el artículo 51 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, artículo 77 del Decreto Supremo N° 327, para los clientes indicados en el artículo 90 y 91 de la Ley Eléctrica y artículos 251 y 252 del Reglamento; además de requerir que la autoridad sectorial dicte las normas establecidas en el artículo 95 del Decreto Supremo N° 327 referida a servidumbres de paso de electricidad e instalaciones de distribución.

Agrega, respecto de la formación de una sociedad de distribución entre el grupo Emel y Nopel, que se debe ordenar que la sociedad de transmisión se constituya como una sociedad anónima abierta o si ya se encuentra constituida como sociedad anónima cerrada, se convierta en una sociedad anónima abierta en un plazo razonable, no mayor de dos años, conforme al criterio establecido en el punto 4.2 de la Resolución N° 488.

11°.- A fs. 621 se confiere traslado del requerimiento a las partes por el término legal.

12°.-A fs. 623 evacuan el traslado del requerimiento las empresas **Emel, Emelari, Eliqsa y Elecda** e indican que entienden que los contratos de suministro no



contravienen las normas de la Ley Antimonopolio sino, por el contrario, permiten aumentar la libre competencia en el SING al facilitar que una nueva generadora ingrese al mercado ya que los contratos están asociados a nuevas obras de transmisión y también porque se posibilita que las distribuidoras del SING sigan siendo proveedoras alternativas para los clientes libres en las zonas de concesión. Todo lo anterior se traduciría en menores precios de electricidad a los usuarios finales, a consecuencia del cálculo del precio de nudo debido a que su oscilación se acota a una banda de 10% de los precios libres.

Añaden que las peticiones del Fiscal Nacional Económico en relación a limitar a un plazo de 5 años la duración de los contratos no facilita la libre competencia ya que imponen una barrera de entrada para que nuevas generadoras ingresen al mercado eléctrico, pues en tan reducido plazo no se puede amortizar la inversión, impide además hacer inversiones a largo plazo de transmisión necesarias para garantizar la demanda creciente de los clientes regulados.

En relación al requerimiento del Fiscal Nacional Económico señala que éste debe ser rechazado por las siguientes razones:

a) respecto de la duración indefinida de los contratos, no aparece, a su juicio, ninguna razón económica que pueda sustentar la petición del Fiscal en el sentido de que la duración de los mismos no puede exceder de 5 años, sino por el contrario, uno de duración indefinida favorece una mejor competencia. Deja constancia que se ha celebrado un contrato de duración indefinida, con cláusula de terminación anticipada, es decir, de desahucio, mediante aviso previo otorgado por cualquiera de las partes con 42 meses de anticipación y considera que un plazo de 3 años y medio es un plazo razonable para que las distribuidoras tengan asegurado su suministro y puedan efectuar los estudios y demás negociaciones requeridas para la suscripción de nuevos contratos.

b) En cuanto a eliminar el párrafo 2° del punto 3.2 del convenio de negocios señala que si ello ocurriese implicaría perjudicar la libre competencia ya que se excluiría a las distribuidoras del mercado por que no tendrían a quién comprar la electricidad a precios competitivos, quedando Edelnor en posición casi exclusiva de acceder a estos clientes.

Señala por último que respecto de la petición de que la sociedad de transmisión se constituya como una sociedad anónima abierta, no se ve la razón lógica para obtener tal modificación.

13°.- A fs. 653 evacua el traslado **Nopel** y señala que el requerimiento debe ser rechazado porque:



13.1.- En relación a la solicitud de dejar sin efecto las cláusulas de duración indefinida de los contratos y establecer una duración definida no mayor de 5 años, señala que la petición de la Fiscalía parte de supuestos equivocados ya que la cláusula no impide ni puede impedir a otros generadores el acceso al mercado de clientes libres insertos dentro del área de concesión de las empresas de distribución; y ha quedado claro, además, que la Resolución N° 488, tiene su origen y solo es aplicable al SIC y no al SING y que la disposición del Reglamento que obliga a licitar aún no entraba en vigencia a la época de suscripción de los contratos cuya duración se objeta.

13.2.- Respecto del abastecimiento a clientes libres de las distribuidoras Emelari, Eliqsa y Elecda abastecidos actualmente por energía de Edelnor, el Sr. Fiscal Nacional Económico solicita en el requerimiento dejar sin efecto el párrafo 2 del punto 3.2 del convenio de negocios ya que atentaría en contra de la libre competencia. Que de aceptarse esta tesis implicaría privar a las distribuidoras de su posibilidad de competir por seguir suministrando a esos clientes propios, lo que importaría una discriminación en contra de éstas y a favor de Edelnor.

13.3.- Respecto de la formación de una sociedad de transmisión entre el grupo Emel y Nopel y que ésta se constituya como sociedad anónima abierta señala que es completamente irrelevante en cuanto a las normas legales que rigen la libre competencia la existencia de una sociedad anónima abierta o de una cerrada regidas por las normas aplicables a una sociedad anónima abierta, toda vez que éste es un derecho privativo de los contratantes y hecho esto, se cumplen las demás finalidades y necesidades de transparencia y fiscalización.

14.º.- A fs. 667 evacua el traslado **Edelnor** y solicita que se acoja el requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico dado que, a su juicio, los contratos celebrados entre la empresas del grupo Emel y Nopel no son legítimos ni legales y no lo son pues debieron ser licitados de acuerdo a la Resolución N° 488; además, solicita se dejen sin efecto los contratos de suministros y, en subsidio de lo anterior, se acojan las prevenciones presentadas por el Sr. Fiscal, ya que:

14.1.- Debe señalarse una duración máxima y definida a los contratos celebrados entre las empresas del grupo Emel y Nopel y el plazo establecido no puede ser otro que el de 3 años, entendido que no puede exceder de la fecha en que entra en vigencia la obligación de licitar, según el Reglamento de la Ley Eléctrica o, en todo caso, de 3 años a contar de su celebración.

A handwritten signature in black ink, consisting of several stylized, overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

14.2.- Deben ser modificados los contratos celebrados entre las empresas del grupo Emel y Nopel en la parte tendiente a obtener que los clientes libres ubicados dentro del área de concesión de las distribuidoras, suministrado por Edelnor, pasen a serlo de Nopel.

14.3.- Debe además constituirse en sociedad anónima abierta ya que así se asegura la transparencia en la gestión.

15°.- A fs. 773 existiendo hechos sustanciales, pertinente y controvertidos, se recibe la causa a prueba, fijándose los puntos sobre los cuales debe ésta recaer.

16°.- A fs. 1171 y siguientes se recibió la prueba testimonial de las partes.

17°.- Con fecha 18 de abril de 2001 tiene lugar la vista de la causa, alegando los abogados de las partes y quedando la causa en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA OBJECION DE DOCUMENTOS

PRIMERO: Que a fs. 738 las empresas Emel, Emelari, Eliqsa y Elecda objetaron los documentos acompañados en el otrosí de la presentación de fs. 702, por parte de Edelnor, por no constar su autenticidad ni integridad, porque emanan de la persona que los presenta y, por último, no guardar relación alguna con el presente litigio, documentos que consisten en cartas privadas, artículos de prensa e informes técnicos;

SEGUNDO: Que a fs. 771 Nopel objeta los documentos acompañados por Edelnor bajo los números 1 y 2 del otrosí de la presentación de fs. 765, por no guardar relación alguna con los hechos materia de la causa, documentos que consisten en informes técnicos;

TERCERO: Que si bien las impugnaciones presentadas por las partes, formalmente corresponden a causales de objeción legalmente establecidas, esta Comisión no dará lugar a ellas por no existir pruebas ni evidencias que permitan restarle valor a dichos antecedentes, como asimismo teniendo en especial consideración las facultades privativas de esta Comisión para apreciar los antecedentes y la prueba en conciencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18, letra K, del Decreto Ley N° 211, de 1973;



EN CUANTO AL FONDO

CUARTO: Que la presente causa se inició luego de que esta Comisión resolvió investigar de oficio la denuncia de fs. 86, interpuesta por la empresa Edelnor en contra de las empresas Emel, Emelari, Eliqsa, Elecda y Nopel. Dicha presentación solicita dejar sin efecto los acuerdos alcanzados entre las empresas denunciadas y que se contienen en cuatro contratos (un convenio de negocios y tres contratos de suministro de energía y potencia eléctrica), todos de fecha 6 de noviembre de 1998, que se relacionan con el suministro eléctrico en el mercado del SING.

Estos contratos, según Edelnor, contendrían cláusulas que atentarian en contra de la libre competencia en el mercado eléctrico por las razones ya resumidas en la parte expositiva de este fallo y en especial, por que infringirían las instrucciones generales del fallo de esta Comisión contenido en la Resolución N° 488, de 1997, como asimismo las disposiciones del Reglamento Eléctrico actualmente en vigor;

QUINTO: Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica ha interpuesto requerimiento en contra de las ya indicadas empresas denunciadas, solicitando la modificación parcial de los contratos celebrados y que se dispongan ciertas prevenciones con el fin de fomentar una mayor competencia por los clientes libres al interior de las zonas de concesión de las empresas distribuidoras;

SEXTO: Las cláusulas que han sido objetadas por la parte denunciante de Edelnor y por la Fiscalía Nacional Económica, son las siguientes:

6.1.- Cláusulas de duración y de desahucio o terminación anticipada:

“Cada contrato de suministro se suscribe conjuntamente con este Convenio de Negocios; y tendrá una duración indefinida. Para terminar los contratos de suministro, Nopel o las distribuidoras del SING, actuando éstas siempre conjuntamente, deberán dar aviso a la otra con un plazo no menor a 42 meses de antelación a la fecha de terminación efectiva; aunque el primer aviso no podrá darse antes del 30 de junio de 2008. No obstante la terminación de los contratos de suministro, sobrevivirá la cláusula 3.3. de este Convenio de Negocios de acuerdo a sus términos.” (Párrafo segundo de la Cláusula 3.1. titulada “Características de Cada Contrato de Suministro”, del Convenio de Negocios celebrado con fecha 6 de noviembre de 1998, entre las empresas Nopel, Emel, Emelari, Eliqsa y Elecda)



“El presente contrato rige y produce todos sus efectos desde el mismo día de su celebración, excepto en los casos expresamente previstos en otras cláusulas, cuyas disposiciones entrarán en vigencia en las oportunidades ahí previstas; y tendrá una duración indefinida, pudiendo cualquiera de las partes darlo por terminado, mediante un aviso escrito a la otra, remitido por carta certificada despachada con una anticipación mínima de 42 meses completos a la fecha en que la terminación se hará efectiva. En todo caso, ninguna parte podrá dar aviso de terminación antes del 30 de junio de 2008.” (Cláusula décimo cuarta de los contratos de suministro de energía y potencia eléctrica entre Nopel y Emelari, y entre Nopel y Eliqsa, respectivamente, y cláusula décimo tercera del contrato de suministro entre Nopel y Elecda, todos los anteriores de fecha 6 de noviembre de 1998)

6.2.- Cláusula de los mejores esfuerzos:

“Las partes convienen en realizar sus mejores esfuerzos para que los actuales clientes libres de las Distribuidoras del SING, atendidos por el suministro adquirido a Edelnor, sean atendidos con el suministro de NOPEL, con anterioridad al 1º de enero del 2002. Las condiciones y tarifas otorgadas por NOPEL para estos clientes serán a lo menos las condiciones otorgadas por Edelnor.” (Párrafo segundo de la Cláusula 3.2. titulada “Suministro a Clientes No Regulados”, del Convenio de Negocios celebrado con fecha 6 de noviembre de 1998, entre las empresas Nopel, Emel, Emelari, Eliqsa y Elecda)

6.3.- Sociedad de Transmisión:

“Nopel y Emel y las distribuidoras del SING acuerdan por este acto organizar y participar como accionista en una sociedad anónima cerrada de giro exclusivo, (la “Sociedad de Transmisión”), aunque sujeta a las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas, de acuerdo a las leyes de la República de Chile. Esta sociedad deberá constituirse dentro de mes de enero de 1999, de acuerdo con los siguientes términos y condiciones.” (Cláusula 4., titulada “Sociedad de Transmisión”, del Convenio de Negocios celebrado con fecha 6 de noviembre de 1998, entre las empresas Nopel, Emel, Emelari, Eliqsa y Elecda)

SEPTIMO: Que esta Comisión, mediante Resolución N° 488, de 11 de junio de 1997, en su numeral resolutorio 4.4., y en carácter de instrucción general, destinada a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico, dispuso lo siguiente:

“...es necesario desde todo punto de vista, en función de una mayor transparencia, que las empresas distribuidoras liciten públicamente sus abastecimientos de energía y



potencia sobre la base de condiciones libremente desarrolladas por ellas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y que a diferencia de la situación actual, sean de público conocimiento, eliminando con ello cualquier posibilidad de discriminación arbitraria e ilegítima, traspasando a los usuarios los eventuales menores costos derivados de este sistema de compras.”

OCTAVO: Que el artículo 240 del Reglamento Eléctrico, Decreto Supremo N° 327, de 1998, impuso a todas las empresas concesionarias de distribución eléctrica la obligación de realizar licitaciones públicas según se expresa en el numeral 4.4 de la citada Resolución N°488, con el fin de eliminar cualquier posibilidad de discriminación en la asignación de contratos de suministro;

NOVENO: Que, en lo concerniente al cumplimiento de lo resuelto por Resolución N° 488, de fecha 11 de junio de 1997, fallo que ha fundado las pretensiones la empresa denunciante, Edelnor, esta Comisión comparte las consideraciones efectuadas por la Fiscalía Nacional Económica en su informe de fs. 287, en el sentido de concluir que la exigencia contenida en el numeral 4.4. de la citada resolución, de llamar a licitación para proveer el suministro de las empresas distribuidoras, se estableció con motivo de la integración eléctrica del Sistema Interconectado Central o SIC, y que fue el Reglamento Eléctrico el estatuto que generalizó esta obligación respecto de todas las empresas de distribución eléctrica del país, el que entró a regir respecto de la obligación de licitar con fecha 9 de noviembre de 1998;

DECIMO: Que, de conformidad con las pruebas reunidas en autos, la denunciante participó e intervino en tratativas preliminares con las empresas denunciadas para la renovación directa del suministro requerido por las distribuidoras, prácticas que, contradictoriamente, ahora objeta y que igualmente obviaban el desarrollo de un proceso de licitación público y abierto para dicho suministro;

UNDECIMO: Que, sin perjuicio de ello, las instrucciones de la Resolución N° 488 tienen el carácter de generales, en los términos indicados en el artículo 17, letra b), del Decreto Ley N° 211, de 1973, siendo oponibles a toda persona o empresa que realice actividades en el mercado eléctrico, sea empresa establecida o entrante, e incluso, atañe a actores potenciales, no pudiéndose catalogar dichas instrucciones como meras “recomendaciones” como se ha expresado erróneamente en autos;

DUODECIMO: Que, en mérito de las argumentaciones precedentes, no cabe acceder a la petición de Edelnor en orden a dejar sin efecto los contratos suscritos entre las empresas denunciadas, ya que la obligación de licitar en forma pública los contratos de



abastecimiento de las empresas distribuidoras, contenida en el Reglamento Eléctrico, no se encontraba vigente a la fecha de suscripción de los mismos;

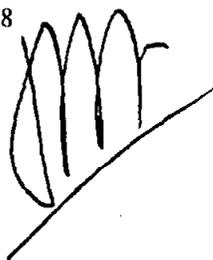
DECIMO TERCERO: Que, en cuanto al contenido de los contratos analizados, esta Comisión estima que la cláusula de duración indefinida impide el acceso al mercado constituido por las empresas concesionarias de distribución del SING por parte de cualquiera empresa de generación eléctrica, considerando, además, que las empresas concesionarias de distribución no tienen los incentivos para cambiar esta situación debido a que éstas se limitan a traspasar a sus clientes regulados el precio de compra que, en este caso, corresponde al precio máximo fijado o precio de nudo.

En consecuencia, las cláusulas de duración indefinida limitan la posibilidad de que los clientes regulados de las empresas concesionarias de distribución se beneficien de los eventuales menores costos de compra que se produzcan con ocasión de los procesos de licitación pública, beneficio que ha sido reglamentado por la Resolución N°488 y el Reglamento Eléctrico;

Que no obstante lo señalado precedentemente, esta Comisión estima que los contratos de suministro suscritos con fecha 6 de noviembre de 1998 que entrarán en vigencia el 1 de enero de 2002, que inicialmente eran de duración indefinida, según el convenio de negocios de la misma fecha, y que podrían haber terminado anticipadamente el 31 de diciembre de 2011 por la cláusula de desahucio, deben mantenerse vigentes como máximo hasta esta última fecha, por estimar que las partes han considerado dicho plazo suficiente para amortizar las inversiones que han acordado;

DECIMO CUARTO: Que, por otra parte, resulta necesario que la terminación anticipada o desahucio de los contratos de suministro celebrados por cada una de las distribuidoras controladas por Empresas Emel S.A. del SING, pueda ser impetrado en forma independiente por cada una de ellas, dadas las diferentes zonas geográficas en las que prestan servicio y sus específicas condiciones de competencia, pues de lo contrario podría producirse la imposibilidad absoluta de terminación del contrato por desahucio, si se considera que cualquiera de estas sociedades podría ser enajenada y un tercero adquirente impedir el acuerdo conjunto exigido por los contratos;

DECIMO QUINTO: Que, como se desprende de la Resolución N° 592, de fecha 21 de marzo de 2001, de esta Comisión, al interior de las zonas de concesión de las distintas empresas distribuidoras no se dan las condiciones para garantizar la libre competencia debido a la existencia de posiciones dominantes, de asimetrías de información y de la naturaleza propia del servicio eléctrico, por tanto, una cláusula como la del párrafo



segundo del artículo 3.2 del convenio de negocios, referente a desplegar las contratantes “*sus mejores esfuerzos para que los actuales clientes libres de las Distribuidoras del SING, atendidos con el suministro adquirido a Edelnor, sean atendidos con el suministro de NOPEL*”, aparece como atentatoria a la libre competencia;

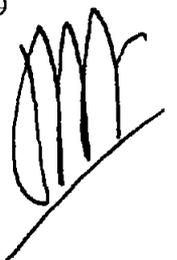
DECIMO SEXTO: Que, analizadas las piezas y documentos que constan en autos, esta Comisión Resolutiva es de opinión que cualquier incentivo en el proceso de licitación de suministro de una empresa de distribución, diferente al precio de la oferta, como por ejemplo las denominadas “primas” por la firma, constituyen pagos o prestaciones que alteran las condiciones de objetividad, de no discriminación y de publicidad que necesariamente deben cumplir estos procesos; y, por consiguiente, estos incentivos atentan en contra de la finalidad de traspasar a los usuarios los eventuales menores costos derivados de estas licitaciones, constituyendo ilícitos per se;

DECIMO SEPTIMO: Que, en lo concerniente a las peticiones del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en orden a que este Tribunal formule prevenciones a la autoridad sectorial y a las empresas distribuidoras a fin de fomentar una mayor competencia por los clientes libres al interior de las zonas de concesión de empresas distribuidoras, cabe dejar sentado que esta materia ha sido resuelta con la dictación de la Resolución N° 592, ya citada en el motivo décimo quinto precedente, la cual ordenó la fijación por la autoridad reguladora de los *Precios de los peajes adicionales para clientes libres (utilización de instalaciones de distribución y subtransmisión) ubicados dentro de las zonas de concesión de las empresas distribuidoras*;

DECIMO OCTAVO: Que, sin desmedro de lo anteriormente expresado, esta Comisión estima conveniente que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción actúe con la mayor diligencia y premura en el proceso de fijación de los precios de los peajes en redes de subtransmisión y distribución, atendida su importancia y prioridad para el fomento de la competencia.

Y conforme a lo dispuesto en los artículos 1°,17, letra a), y 18 del Decreto Ley N° 211, de 1973, artículo 105 de la Ley General de Servicios Eléctricos, Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, artículos 240 y 1° y 20° transitorio del Reglamento General de Servicios Eléctricos, Decreto Supremo N° 327, de 1998, y artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, esta Comisión **RESUELVE,**

1°.- Que se rechazan las objeciones de documentos formuladas, a las cuales se refiere este fallo, por los motivos señalados en el considerando tercero



2°.- Que **se rechaza** la denuncia interpuesta a fs. 86 por Empresa Eléctrica del Norte Grande S.A. en contra de Empresa Eléctrica de Arica S.A, Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., Empresa Eléctrica de Iquique S.A., Empresas Emel S.A. y Nor Oeste Pacífico Generación de Energía Limitada, en cuanto solicitaba dejar sin efecto los contratos materia de dicha denuncia, sin costas, por estimar esta Comisión que ha tenido motivo plausible la parte denunciante para litigar;

3°.- Que **se acoge** el requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico en cuanto se ordena modificar los contratos celebrados con fecha 6 de noviembre de 1998, que han sido objeto de revisión por esta Comisión, en el sentido que a continuación se indica:

3.1.- Las empresas Emelari, Eliqsa, Elecda, Emel y Nopel deberán modificar el convenio de negocios de fecha 6 de noviembre de 1998, suscrito entre ellas, como asimismo los contratos de suministro celebrados entre Emelari, Eliqsa, Elecda y Nopel, de igual fecha, en el sentido de establecer que la duración de los mismos no podrá exceder el plazo de 10 años contados desde la fecha de inicio del suministro.

En todo caso, las empresas Emelari, Eliqsa y Elecda deberán proceder a dar cumplimiento estricto a la obligación de licitar públicamente el suministro, antes del vencimiento de los contratos materia de este fallo, de conformidad con el artículo 240 del Reglamento Eléctrico, y así, sucesivamente, en el futuro.

3.2.- En el evento de que las empresas contratantes, con motivo de lo resuelto en el numeral 3.1. precedente, establezcan cláusulas de terminación anticipada de los contratos, no podrán restringir la facultad de cada una de las distribuidoras para impetrarlas en forma individual e independiente; a diferencia de lo pactado en la cláusula 3.1., inciso segundo, del Convenio de Negocios celebrado con fecha 6 de noviembre de 1998 entre las empresas Emelari, Eliqsa, Elecda, Emel y Nopel;

3.3.- Las empresas contratantes deberán eliminar el párrafo segundo de la cláusula 3.2 del convenio de negocios (mejores esfuerzos) por constituir una cláusula que atenta en contra de la libre competencia en el mercado del SING.

Lo dispuesto en los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 precedentes, deberá cumplirse dentro del plazo de 30 días corridos desde la última notificación de la presente resolución a



las partes, acreditándose los actos y contratos que se celebren para la ejecución de lo resuelto.

3.4.- La sociedad de transmisión que se forme en cumplimiento de lo estipulado en las cláusulas cuarta y siguientes del Convenio de Negocios de fecha 6 de noviembre de 1998, deberá constituirse como sociedad anónima abierta o cerrada de giro exclusivo sujeta a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas e inscrita en el Registro de Valores, dentro del plazo de dos años.

4º.- Se previene a las empresas eléctricas que queda estrictamente prohibido solicitar u ofrecer primas o pagos distintos al precio del servicio públicamente ofertado en los respectivos procesos de licitación, reafirmando esta Comisión lo expresado en la instrucción general contenida en el numeral 4.4. de la Resolución N° 488, de 11 de junio de 1997, en el sentido que se deberá siempre resguardar el traspaso a los usuarios de los eventuales menores costos por parte de las empresas concesionarias de distribución eléctrica, lo que se asegura mediante un proceso de compra por medio de una licitación pública.

Se previene que el señor Undurraga no comparte lo expresado en el considerando undécimo en relación con el mercado eléctrico a que se refiere la Resolución N° 488, pues en su concepto ella se remite exclusivamente a aquellas que operan en el SIC tal como se establece en el fundamento noveno.

Acordada la decisión contenida en 3.1, párrafo primero, respecto de la duración de los contratos de suministro, contra el voto del Ministro Sr. Pérez y del integrante Sr. Palma, quienes fueron de parecer de reducir la vigencia de los contratos de suministro hasta el 31 de diciembre de 2004, por las siguientes razones:

- a) por estimar que resulta más beneficioso para la competencia en un sistema eléctrico con exceso de oferta, que supera en más del doble a la demanda, que los contratos de suministro tengan una duración menor, porque ello beneficiará en definitiva a los consumidores finales que podrán obtener tarifas más reducidas por el traspaso a precios que la concesionaria de distribución debe hacer por los menores costos que obtenga en un proceso de licitación, de acuerdo a la Resolución N° 488 y normativa eléctrica;



- b) porque la amortización de las inversiones que han acordado Nopel y Empresas Emel no tiene que recaer necesariamente en ésta última, dado que el nuevo sistema de transmisión deberá tener otros usuarios o consumidores que concurrirán con sus peajes o tarifas a dicho financiamiento y,
- c) por que el Reglamento Eléctrico establece en su artículo 240 que las empresas de servicio público, cuyo es el caso de las empresas Emel instaladas en el SING, deben asegurarse mediante el proceso de licitación contratos de suministros con un horizonte no inferior a 3 años, plazo que la autoridad ha estimado razonable y que coincide con la fecha que se ha señalado en esta disidencia.

Se deja constancia que lo resuelto en las decisiones dos a cuatro precedente fue acordado luego de desestimarse la moción del Ministro señor Pérez y del integrante Sr. Palma de dejar sin efecto los contratos materia de esta causa y de ordenar se proceda a la licitación pública del abastecimiento de las zonas de concesión, fundada en la obligatoriedad de las instrucciones generales de la Resolución N° 488, de fecha 11 de junio de 1997, para las empresas denunciadas, por las siguientes consideraciones:

1.- Que de acuerdo con la legislación vigente contenida en el DFL N° 1, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, es servicio público eléctrico, de acuerdo con el artículo 7, “el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión”, empresa que de acuerdo con lo establecido en el N° 2 del artículo 2° de la misma ley requiere concesión especial para establecer, operar y explotar las instalaciones de servicio público de distribución.

2.- Que la circunstancia que la distribución de energía eléctrica deba ser otorgada por medio de concesiones, esto es, mediante un acto administrativo de la autoridad pública, que establece modalidades y condiciones para que el servicio se otorgue, significa derechos y obligaciones para el concesionario, como por ejemplo, respecto de los últimos, dar abastecimiento a quién se lo solicite dentro de su zona de concesión (art.74); proporcionar buena calidad del servicio, que debe corresponder a estándares normales con límites máximos de variación que determinen los reglamentos (art.79); la obligación de llevar a cabo la interconexión de sus instalaciones para “preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico” y “garantizar la operación **más económica** para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico” (N°s 1 y 2 del art.81); mejoramiento obligatorio de las instalaciones en caso que la explotación de



un servicio público de distribución fuera en extremo deficiente (art.89); derecho a cobrar precios por el suministro cuya potencia conectada sea igual o inferior a 2.000 kW, ubicados en su zona de concesión, por valores fijados por la autoridad, los que deben ser considerados máximos (art. 90 N° 1 y 92).

3.- Que en la misma línea de raciocinio anterior debe considerarse toda la normativa establecida en la misma ley para determinar el precio máximo que puede cobrarse a nivel de generación-transporte o precios de nudo (art.96 N° 1) y precios a nivel de distribución, éstos últimos que se determinarán sobre la base del precio de nudo y de un valor agregado por concepto de costos de distribución (art.96 N° 2), ambos contenidos en el Capítulo II de la legislación eléctrica, que se refiere a “Los **precios máximos** en sistemas eléctricos cuyo tamaño es superior a 1.500 kW en capacidad instalada de generación”, como asimismo, la norma del artículo 150 letra b) de la ley eléctrica que define al Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC), como “el organismo encargado de determinar la operación del conjunto de centrales generadoras y líneas de transporte de un sistema eléctrico, **de modo que el costo del abastecimiento eléctrico sea el mínimo posible**, compatible con una seguridad prefijada”.

4.- Que todo lo expuesto precedentemente lleva a la conclusión que en materia eléctrica la autoridad pública a través de la Ley General de Servicios Eléctricos ha fijado como metas esenciales, entre otros, que el costo del servicio se haga a los precios más bajos posibles, regulados por la autoridad, y con calidad suficiente.

Que de lo expuesto anteriormente pueden deducirse dos situaciones perfectamente claras: a) Que el principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.545 del Código Civil, en materia de servicio público eléctrico se ve seriamente limitado, y b) Que el legislador al pretender como objetivo que el precio del suministro sea lo más bajo posible, pues se trata de satisfacer una necesidad imprescindible de la población a través de una concesión eléctrica, se puede concluir que económicamente la mejor forma de obtener un menor precio de generadora a distribuidora es mediante una licitación pública, abierta y competitiva.

5.- Que esta última conclusión se encuentra implícita en la ley, como ya se ha señalado con anterioridad, pues si no fuera así, no se podría entender por qué razón la Comisión Resolutiva en la Resolución N° 488, de 1997, la estableció, pues tratándose de un Tribunal de Derecho no podría haber hecho dicha declaración contrariando la ley y por una decisión arbitraria y discrecional de sus integrantes; tampoco podría comprenderse lo establecido en el artículo 240 inciso 2° del Reglamento de la ley, pues



es sabido que los Decretos Reglamentarios “dan normas de general aplicación... para el cumplimiento de la ley” (E. Silva Cimma, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, pag.194) y que éstos no pueden ir más allá de la ley y que además están sujetos a un control de legalidad previo, por el trámite de Toma de Razón en la Contraloría General de la República, lo que les da un sello de legalidad y legitimidad.

6.- Que fue de público y notorio conocimiento, razón por la cual no se necesita una prueba especial, que la Resolución N° 488, de 11 de Junio de 1997, de la Comisión Resolutiva, y especialmente su punto 4.4 de su parte decisoria, fue conocido por todos los agentes del mercado eléctrico y ampliamente difundida a ellos, tanto por la propia Asociación de Empresas de Servicio Público (fs. 1254) como por las publicaciones de ESTRATEGIA (12/6/97, pag.11; 16/6/97, pag.33); EL DIARIO (12/6/97, pag.2); EL MERCURIO (12/6/97 en B.1 y 13/6/97 en B.6) y como se desprende asimismo del testimonio de María Isabel González de fs. 1184, a la sazón Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía y Andrés Kuhlmann Jahn de fs. 1171, Gerente General de Electroandina S.A., quienes declaran haber sido fehacientemente informados de ella.

7.- Que cabe tener presente, además, que Emel y sus filiales habían recibido proposiciones de Edelnor de renovar su contrato de suministro por un precio equivalente al 0.95% del precio de nudo de la energía (fs. 54) y que Electroandina, en opinión de su Gerente General Andrés Kuhlmann, quien declara a fs. 1171, sostiene que dicha empresa estaba esperando el llamado a licitación por parte de Emel y sus filiales, pues un contrato que representa aproximadamente el 15% de la demanda de energía del sistema es substancialmente interesante para cualquier generadora.

8.- Que el sistema de transmisión del SING es suficiente actualmente para abastecer los suministros requeridos por las empresas del conglomerado Emel, lo que se deduce tanto del testimonio de la Sra. María Isabel González que depone a fs. 1184, reconociendo sí la necesidad de algunos refuerzos al norte de la S/E Dolores, para el abastecimiento de Arica, como de la misma oferta de Edelnor S.A. (fs.53) la que reconociendo la conveniencia de algunos refuerzos en algunos puntos del SING, se comprometió a efectuarlos de su propio peculio.

9.- Que en estas circunstancias, no siendo absolutamente indispensable la construcción de un nuevo sistema de transmisión asociado al contrato de suministro de Nopel, y habiendo recibido Emel y sus filiales una oferta de Edelnor del 95% del precio de nudo por la energía, no queda si no que concluir que se adelantó la suscripción del contrato de suministro, otorgado el Viernes 6 de Noviembre de 1998, para que el



holding Emel no se viera en la obligación de tener que licitar su suministro, pues el Reglamento de la Ley Eléctrica entraba a regir en este punto el día Lunes 9 de Noviembre de 1998, y en una licitación pública Emel y sus sociedades filiales no habrían podido hacer la exigencia de un premio en efectivo por la suscripción del contrato, lo que habría sido objetado por las autoridades reguladoras. En consecuencia, también puede concluirse que otro motivo para adelantar la fecha de suscripción del contrato fué para recibir un premio en dinero efectivo pedido al generador para firmar dicho acuerdo, exigencia que sí fué planteada a Edelnor (fs. 45) y que ésta no aceptó, debe deducirse razonablemente que también fué exigida a Nopel, premio que no ha quedado determinado en cuanto a su monto y que agrega a la suscripción de un contrato de suministro para un servicio público de distribución, donde no rige absolutamente el principio de la autonomía de la voluntad, un elemento subjetivo, discriminatorio, disociador y de dudosa moralidad empresarial, por decir lo menos.

También debe tenerse presente que la obligatoriedad de la licitación corría desde el 9 de Noviembre de 1998, fecha de vigencia del Reglamento, y que el artículo 240 no se encontraba entre las excepciones a dicha fecha de vigencia contenido en las disposiciones transitorias de él, y que la norma del artículo 20 transitorio, contrariamente a lo sostenido por los denunciados, solo se refiere a que en el plazo de 6 meses contados desde la vigencia del Reglamento, y que vencía el 9 de Mayo de 1999, las empresas distribuidoras debían tener contratos suscritos, esto es, les otorgaba un plazo de 6 meses para efectuar una licitación.

10.- Que, en estas circunstancias, la suscripción anticipada del contrato de suministro antes de que *FORMALMENTE* fuera obligatoria la licitación del suministro por la disposición del Reglamento Eléctrico, ha causado un perjuicio a los consumidores del fluido eléctrico por los menores costos que habrían obtenido en la tarifa, por el necesario traspaso a los usuarios del menor precio de nudo, como lo establece la Resolución N° 488.

La alegación de las empresas denunciadas de que la obligación de licitar no se encontraba vigente, carece de consistencia y constituye propiamente un abuso del derecho, pues mediante actos aparentes y formalmente legales afectan el verdadero interés jurídicamente protegido por el legislador del DFL N° 1, de favorecer al consumidor con los precios más económicos posibles, lo que fue advertido por esta Comisión en Junio de 1997, y que resulta imposible que los responsables de las empresas involucradas no hayan tenido conocimiento de lo decidido por la Resolución



Nº 488, que, por lo demás, como se ha señalado con anterioridad, se encontraba implícita en el DFL Nº 1.

Que, por otra parte, la circunstancia de exigir las empresas Emel un premio en dinero por la suscripción del contrato hace que el suscrito por ellas adolezca de una causa ilícita, porque no puede existir una liberalidad de esa naturaleza en un contrato de suministro de energía eléctrica, donde el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra restringido, pues se trata de un contrato dirigido, con lo cual se infringen los artículos 1.467 y 1.682 del Código Civil.

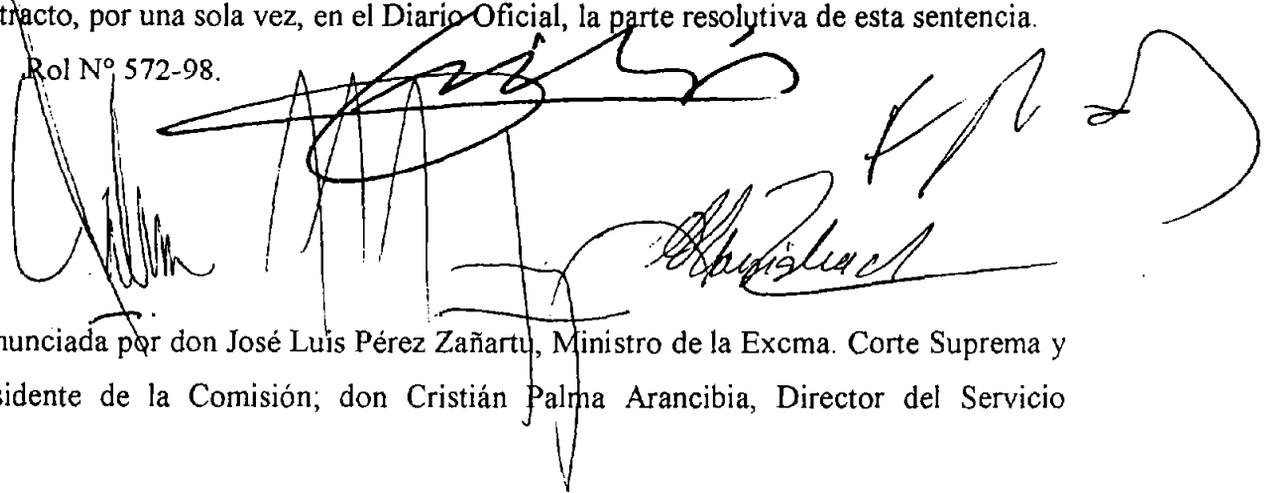
Por otra parte, sobre este punto conviene tener presente las normas contenidas en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que si bien es una ley aplicable a la administración pública, es iluminadora respecto de ciertos principios que deben ejercitarse también en la gestión empresarial en toda la organización del país, especialmente en aquellos sectores, que si bien son privados, sus derechos y obligaciones lindan con lo público por tratarse de concesionarios de un servicio público.

Así, el artículo 3º de esta ley establece que la Administración del Estado deberá observar los principios de probidad, transparencia y publicidad administrativa, definiéndose el principio de la probidad en el artículo 56, como el "observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, **con preeminencia del interés general sobre el particular**", concluyéndose en el artículo 64 que contravienen el principio de probidad administrativa aquel que solicita, **hace prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.**

11.- Que, por estas circunstancias, los disidentes, fueron de parecer de no compartir los considerandos noveno y duodécimo.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad. Comuníquese al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y a la Comisión Nacional de Energía. Publíquese en extracto, por una sola vez, en el Diario Oficial, la parte resolutive de esta sentencia.

Rol Nº 572-98.



Pronunciada por don José Luis Pérez Zañartu, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; don Cristián Palma Arancibia, Director del Servicio

Nacional de Aduanas; don Alberto Undurraga Vicuña, Director del Servicio Nacional del Consumidor; don Arnaldo Gorziglia Balbi, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Gabriela Mistral y don Francisco Rosende Ramírez, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.



JAI ME BARAHONA URZUA
Secretario Abogado
COMISION RESOLUTIVA