

Santiago, dieciocho de agosto de dos mil diez.

Vistos:

En estos antecedentes Rol N° 1022-2010 se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación interpuesta en contra de la sentencia de seis de enero último, dictada a fojas 498 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dicha resolución rechazó el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Empresa Eléctrica Atacama S.A. (EMELAT), al concluir que, si bien dicha empresa tiene una posición dominante respecto de la prestación del servicio de escolta para transporte de carga sobredimensionada en su zona de concesión, no abusó de ella respecto de los servicios prestados a la empresa Transportes Cortés en el mes de febrero de 2007.

La sentencia desestimó el requerimiento por considerar que los cobros efectuados para el transporte de carga no fueron injustificados y que el mero cobro de precios excesivos -los que no se habrían acreditados en autos- no es por sí solo sancionable como un caso de explotación abusiva de posición dominante, si no se han realizado otros actos o conductas ilícitas que permitan obtener precios superiores a los que corresponderían al equilibrio competitivo del mercado. Y en estos autos, determinó la sentencia, no se probó que EMELAT haya incurrido en conductas ilícitas que le hubieren permitido cobrar precios excesivos.

El procedimiento se inició, como se dijo, por el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica de fecha 5 de diciembre de 2008. Los actos contrarios a la libre competencia, que se le atribuyen a la denunciada, se hacen consistir en el abuso de su posición dominante al realizar cobros injustificados y abusivos a la Empresa de Transportes Javier Cortés, con ocasión de la interrupción del servicio de suministro eléctrico para que pudiera llevarse a cabo el transporte de carga sobredimensionada desde la ciudad de Antofagasta a la planta de relaves de la Compañía Minera del Pacífico ubicada en Copiapó.

Se debe explicar que resulta indispensable la intervención de EMELAT, en su condición de concesionaria del servicio público de distribución eléctrica en la

Región de Atacama, en el evento que se requiera transportar carga que excede la altura máxima de seguridad a través de caminos ubicados en su zona de concesión.

En este caso, “Transportes Cortés” solicitó a EMELAT la intervención de su tendido eléctrico, denominado “servicio de escolta”, que se traduce en la interrupción del suministro eléctrico para transportar carga de las características antes aludidas.

Conforme se señala en el requerimiento, el transporte en comento se realizó el día 9 de febrero de 2007, entre las 05:30 a 10:30 horas, en el camino denominado “Viñita Azul”. Por dicho servicio, la concesionaria emitió una factura de \$17.645.597, más el Impuesto al Valor Agregado.

Este cobro, según lo informado por EMELAT a la Fiscalía en la investigación administrativa, correspondería a tres ítems: a) Costos de la escolta, materiales, mano de obra y supervisión: \$4.659.876; b) Indemnización a Clientes por no suministro: \$9.983.772; y c) Gastos Generales, Imprevistos y Administración: \$3.001.948.

A juicio de la Fiscalía Nacional Económica, este precio sería abusivo respecto de los dos últimos grupos de costos, siendo asimilable a una forma de extracción de rentas sobrenormales, donde abusa de su posición de poder de mercado; y además, sería discriminatorio pues EMELAT habría cobrado montos menores por similares conceptos a otras empresas.

Explica que respecto de la “Indemnización a clientes por no suministro”, EMELAT no realizó ninguna compensación a sus clientes por las interrupciones de suministro en los meses siguientes a febrero de 2007, lo que confirmaría que el cobro a “Transportes Cortés” careció de fundamento. Por otra parte, en cuanto al monto cobrado por “Gastos Generales, imprevistos y administración”, tampoco tendría justificación en costos, puesto que se calculó como un porcentaje de los costos totales, incluyendo por tanto el ítem de “indemnización a clientes” que fue objetado. Se cuestiona, entonces, su base de cálculo.

La requirente expone que el servicio de intervención de tendido eléctrico para el paso de transporte de carga sobredimensionada, no se encuentra sujeto a tarifas máximas, no obstante “prestarse en condiciones no competitivas cuando por las características específicas de una carga no es posible modificar sus dimensiones o transportarla por otra vía y cualquiera sea el puerto de llegada, el transporte necesite pasar por zonas de concesión de servicio público de distribución eléctrica”.

A fojas 46, contesta el requerimiento la Empresa Eléctrica de Atacama S.A. solicitando su rechazo. Hace presente que el servicio de escolta fue ejecutado entre las 05:00 y 13:00 horas del día 9 de febrero de 2007 para permitir el paso de cuatro camiones con carga de hasta siete metros de altura por la ruta Paipote-Viñita Azul, que fue la elegida por el transportista. Recién a las 13:00 horas se pudo reponer y normalizar totalmente el abastecimiento del servicio público eléctrico que hubo que suspender a consecuencia de dicho transporte.

Destaca que la legislación eléctrica no contempla la suspensión del servicio eléctrico por causas ajenas a la prestación del mismo. Así, para acceder a las peticiones de suspenderlo en beneficio exclusivo de terceros, las empresas eléctricas se ven forzadas a disponer de parte o de todo el tiempo denominado de “indisponibilidad de suministro” previsto en la normativa citada. Esta indisponibilidad de suministro o cortes de luz que autoriza la ley eléctrica se utiliza para el mantenimiento, reparación y ampliación de las redes, o bien, para la conexión de nuevos clientes. Si las concesionarias sobrepasan los límites máximos de indisponibilidad de suministro, implica infringir la normativa del ramo en cuanto a la calidad del servicio que proporcionan a sus usuarios, quedando expuestas a la aplicación de multas.

EMELAT argumenta que con el propósito de evitar contravenir la normativa de indisponibilidad referida, tuvo que reprogramar las labores que contemplaban la suspensión temporal del servicio eléctrico para el mantenimiento de los alimentadores “El Inca” y “Alicante” durante el año 2007, reemplazándolas por trabajos en líneas energizadas, lo que implica un desembolso económico mucho mayor. Agrega que el costo de dicha reprogramación ascendió a \$9.469.090. Ello

demonstraría que el cobro del referido ítem “Indemnización a clientes” - si bien pudo ser equivocado en cuanto a su denominación, no fue excesivo ni abusivo.

En lo concerniente a la supuesta discriminación en perjuicio de la empresa “Transportes Cortés”, explica que entre los meses de diciembre de 2004 a marzo de 2007, EMELAT prestó doce servicios de escolta, de los cuales sólo el que motiva este requerimiento contempló el paso por la mencionada ruta y el traslado de carga de siete metros de altura. Los restantes corresponden a rutas alternativas y con cargas de menor altura, lo que significó una menor intervención de las redes eléctricas afectadas.

La sentencia reclamada definió el mercado relevante para efectos de esta causa como el de “la prestación de servicios de escolta para el paso de carga sobredimensionada en sectores con tendidos eléctricos por rutas, alternativas entre sí, ubicadas en la Segunda y Tercera Región el país, aptas para el transporte de carga sobredimensionada desde la ciudad de Antofagasta hasta las instalaciones de Compañía Minera del Pacífico, ubicadas en las cercanías de Copiapó”.

En seguida, consignó que, en cuanto a las condiciones de entrada a dicho mercado relevante, la concesión de servicio público de distribución eléctrica con que cuenta EMELAT le otorga exclusividad respecto de la intervención de sus redes, por lo que no existen otras empresas que puedan brindar servicios de escolta para el transporte de cargas sobredimensionadas en caminos con cruces de líneas eléctricas ubicados en zonas de concesión para cualquiera de las rutas que eran alternativas válidas para la empresa transportista.

Por lo tanto, destaca la sentencia, la empresa eléctrica posee una evidente posición dominante en el mercado relevante de autos, toda vez que no existen otras alternativas factibles para quienes requieren contar con estos servicios al que le brinda la empresa concesionaria de distribución eléctrica en dicha área de concesión.

En cuanto a la conducta imputada a EMELAT por la Fiscalía Nacional Económica, que consistiría en el cobro de precios excesivos e injustificados a la empresa

Transportes Cortés por el servicio de escolta realizado en el mes de febrero de 2007, los sentenciadores precisan que el mero hecho que una empresa cobre precios excesivos sin que medie alguna conducta abusiva de su parte, no constituye un caso de explotación abusiva de su posición dominante.

Indica que del tenor literal del artículo 3 letra b) del DL N° 211, se desprende que la explotación de una posición dominante debe ser abusiva para que atente contra la libre competencia.

Añade que el hecho que una empresa cobre precios que excedan sus costos relevantes, incluida la rentabilidad normal de proveer el servicio, es un claro indicador de poder de mercado. Pero sólo será sancionada en esta sede si dicha empresa incurre en prácticas restrictivas de la libre competencia para cobrar precios superiores a los que prevalecerían en un mercado competitivo. Entre estas conductas abusivas, enumera la imposición artificial de barreras de entrada, las prácticas exclusorias y otras estrategias de precios tales como la discriminación arbitraria y otras que no tengan una justificación económica razonable.

A continuación, el dictamen recurrido analiza si la requerida efectuó cobros injustificados. A este respecto, estima que el costo alternativo y relevante de efectuar cortes de suministros para prestar los servicios de escolta a Transportes Cortés no estaría dado por la indemnización a los clientes, pues ello no aconteció. En cambio, el costo económico para la empresa estaría dado por los mayores costos y riesgos en que debió incurrir EMELAT por modificar la modalidad a través de la cual hizo sus trabajos de mantención con el fin de no superar los límites de interrupciones permitido y por los ingresos que dejó de percibir a causa de la interrupción del servicio.

Concluye el Tribunal que si bien la denominación del ítem “indemnización a clientes”, como parte del cobro efectuado por EMELAT a Transportes Cortés puede inducir a error respecto de su contenido, éste tendría una justificación económica como costo esperado relevante para prestar el servicio de escolta.

De esta manera, expone la sentencia, y sin perjuicio de la improcedencia de sancionar el mero cobro de un precio por sobre los costos relevantes, no se

demonstró en autos que el cobro haya sido injustificado. A su vez, el otro reproche de la Fiscalía Nacional Económica en el sentido que el cobro del ítem “gastos generales, imprevistos y administración” sería injustificado sólo por el hecho de que la base de cálculo de los mismos también lo sería, el Tribunal lo descarta atendido lo establecido precedentemente.

En seguida, en lo tocante a la discriminación que le atribuye el requerimiento a EMELAT en los cobros por servicio de escolta porque supuestamente en los últimos años ha cobrado montos significativamente inferiores a otras empresas de transporte, luego de ponderar los antecedentes agregados a los autos, el Tribunal dictamina que no son comparables los servicios prestados en los últimos tres años con los proporcionados a Transportes Cortés, y dado que por sus diferentes características ellos implicaban costos esperados distintos para la empresa eléctrica, no es posible establecer si efectivamente existió o no una discriminación arbitraria en el precio cobrado por EMELAT a Transportes Cortés respecto de los precios que requería previamente dicha empresa por el servicio de escolta.

Finalmente, se señala en la sentencia que el Tribunal arribó a la convicción que los cobros efectuados no son injustificados; que el mero cobro de precios excesivos “lo que además no tuvo por acreditado en autos- no es por sí solo sancionable como un caso de explotación abusiva de una posición dominante; y que no se acreditó en autos que EMELAT haya incurrido en actos o conductas ilícitas que le hubieren permitido cobrar precios excesivos ni en discriminación arbitraria de precios, razones por las cuales decide rechazar el requerimiento de autos;

Como se dijo previamente, dicha sentencia fue objeto del recurso de reclamación por parte de la Fiscalía Nacional Económica.

Este arbitrio de impugnación se construye sobre dos grandes capítulos. En el primero se critica que la sentencia haya eliminado del catálogo de conductas susceptibles de reproche por parte del Derecho de la competencia, aquellos actos explotativos realizados por agentes con posición dominante. Explica que para configurar la figura de abuso de posición dominante basta la realización de cobros injustificados. La reclamante hace hincapié que EMELAT no necesita ejecutar

conductas abusivas adicionales, pues goza de una posición privilegiada por el hecho de ser titular de una concesión de distribución de energía eléctrica en que sólo ella puede intervenir en sus instalaciones.

Añade la Fiscalía Nacional Económica que la sentencia reclamada puede sentar un peligroso precedente que una empresa monopólica regulada puede cobrar el precio que arbitrariamente fije en aquellos servicios no regulados en la medida que no incurra en otros incumplimientos adicionales de la normativa sobre libre competencia.

En un segundo capítulo, manifiesta que las empresas concesionarias de ciertos servicios públicos gozan de un monopolio respecto de la provisión de dichos servicios, motivo por el cual sus tarifas a público son objeto de regulación tratando de acercarse lo más posible a sus costos de operación. No obstante, muchas veces se producen vacíos regulatorios que permiten a estas concesionarias cobrar precios que exceden largamente sus costos en mercados conexos a aquellos sujetos a fijación de precios.

Afirma, finalmente, que esto fue lo que ocurrió en autos en cuanto la empresa fue denunciada por la realización de cobros que carecían de justificación en costos en el mercado de escolta para el transporte de carga sobredimensionada, mercado conexo al de la concesión que no se encuentra regulado.

CONSIDERANDO:

Primero: Que en relación con lo expuesto precedentemente ha de pronunciarse esta Corte Suprema sobre la base del recurso de reclamación interpuesto. Cabe reiterar que se ha cuestionado por la Fiscalía Nacional Económica la justificación de ciertas partidas del cobro efectuado por la Empresa Eléctrica de Atacama S.A. a Transportes Cortés por el servicio de escolta prestado en el mes de febrero de 2007. Reprocha la denunciante que lo cobrado por EMELAT a la referida empresa transportista no está justificado económicamente, abusando de su posición dominante en el mercado de interrupción del suministro eléctrico requerido para el transporte de carga sobredimensionada en su zona de concesión.

Segundo: Que de acuerdo a la normativa que regula los servicios eléctricos, la empresa concesionaria de distribución eléctrica posee la exclusividad para la intervención de sus redes y es quien asume la responsabilidad por las interrupciones del suministro. De ello se sigue que la intervención del tendido eléctrico para el transporte de carga sobredimensionada sólo podrá ser brindado por las referidas empresas concesionarias en sus respectivas áreas de concesión, pudiendo ser calificado como un servicio asociado al suministro de energía eléctrica que no se encuentra sujeto a fijación de precios.

Tercero: Que una de las modalidades que puede adoptar el abuso de una posición monopólica es el cobro de precios excesivos que carecen de justificación económica. Si dicho cobro injusto ha sido obtenido por una empresa que detenta tal posición por la presión que ello implica para el otro contratante -al carecer de la opción de elegir a otro prestador- debe ser sancionado en sede antimonopolio. Esta conducta infraccional es la que precisamente se le atribuye a la empresa eléctrica EMELAT, esto es, cobrar precios que exceden largamente sus costos por la prestación de servicios conexos a aquellos sujetos a fijación de precios.

Cuarto: Que esta variante de abuso de posición monopólica consistente en el cobro de precios excesivos presenta evidentes dificultades probatorias. En efecto, en la especie, el primer escollo es precisar costos de compleja cuantificación, como son aquellos que se generan para prestar un servicio de escolta de carga sobredimensionada, para luego estimar la “utilidad razonable” en el mercado relevante en que incide y de esta manera quede el tribunal en condiciones de descartar un precio abusivo, o por el contrario determinar el exceso.

Quinto: Que ha correspondido a la Fiscalía Nacional Económica probar por qué el cobro efectuado por EMELAT a la empresa Transportes Javier Cortés ha sido excesivo. Para tal objeto debió proponer algún parámetro de comparación para determinar la concurrencia de ese exceso, vale decir, acreditar la cuantía de los costos que le acarreaba a la empresa eléctrica el proporcionar el servicio de escolta que le fuera requerido en el mes de febrero del año 2007.

Sexto: Que a este respecto se aprecia que la Fiscalía Nacional Económica se sirve de un error en la descripción de los conceptos de cobro contenidos en la factura emitida a la empresa transportista para cimentar una ausencia de justificación del precio que pagó dicho transportista, en vez de acreditar adecuadamente su alegación de que se trató de un cobro no justificado en costos. Efectivamente, en las argumentaciones y antecedentes allegados por la denunciante no se indicó ni tampoco resulta posible colegir el precio que correspondía fijar sin la interferencia del abuso monopólico que se alegó.

Séptimo: Que, en cambio, el costo económico de la interrupción del servicio eléctrico que hubo de asumir EMELAT para prestar un servicio ajeno a su giro aparece respaldado por los mayores desembolsos en que debió incurrir al tener que realizar sus trabajos de mantenimiento en líneas energizadas con el fin de no superar los límites máximos de interrupción permitidos por la legislación y, por otra parte, por los ingresos que dejó de percibir con motivo de la suspensión temporal del servicio.

Octavo: Que acorde con lo expuesto, la Fiscalía Nacional Económica no pudo demostrar que el cobro impugnado en el requerimiento no sea equivalente a la contraprestación de los costos, riesgos y obligaciones en que incurre EMELAT al comprometer la calidad y continuidad del suministro eléctrico que debe entregar a sus clientes.

Y si bien la reclamación de la Fiscalía apunta a cuestionar la entidad o extensión de los costos en que la empresa eléctrica hace descansar el cobro por el servicio de escolta contratado por Transportes Cortés, no logró demostrar de manera efectiva que la suma cobrada carezca de justificación y por tanto, constituya la explotación abusiva de una posición monopólica.

Noveno: Que atento lo razonado en las consideraciones anteriores, se procederá a rechazar la reclamación interpuesta.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N^o 1, 20 y 27 del D.F.L. N^o 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción

que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, se declara:

Que **se rechaza** el recurso de reclamación deducido en la presentación de fojas 518 por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la sentencia de seis de enero de dos mil diez, escrita a fojas 498.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Mauriz.

Rol N° 1022-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sr. Guillermo Silva y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firman, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro Sr. Brito por estar con licencia médica y el Abogado Integrante señor Mauriz por estar ausente. Santiago, 18 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a dieciocho de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.