

Recurso 5505/2008 - Resolución: 34596 - Secretaría: UNICA

1

Santiago, veintiséis de noviembre de dos mil ocho.

Vistos:

En estos autos rol N° 5505-08 se ha investigado la conducta de la Empresa de Electricidad de Magallanes S.A., Rut N° 88.221.200-9, en adelante Edelmag, del giro de su denominación, representada por su Gerente general don Carlos Yáñez Antonucci, se ignora profesión, ambos con domicilio en calle Croacia N° 444, Punta Arenas, a consecuencia de un requerimiento presentado el 17 de octubre de 2.007, por el señor Fiscal Nacional Económico, don Enrique Vergara Vial, domiciliado en calle Agustinas N° 853, piso 12 Santiago, contra la empresa anteriormente individualizada, por estimar que ésta ha incurrido en conductas abusivas de su condición de monopolio en el Servicio eléctrico de la localidad de Puerto Williams, consistentes en incrementar injustificadamente las tarifas a sus clientes y que vulnerarían el artículo 3° letra b) del D.L. 211.

La FNE describe el sistema eléctrico de Puerto Williams, señalando que éste cuenta con una potencia instalada de 1.450 KW, más 1.00 KW de respaldo, en base a generadores diesel. Añade que su distribución se efectúa a través de una red de 20 líneas de distribución de 19 transformadores, para proveer de energía eléctrica a aproximadamente 600 clientes. Explica que originalmente las instalaciones eran de propiedad del Gobierno Regional, y hasta el año 2000 era operado por la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas (EMAZA) y que en ese año el sistema fue privatizado y adjudicado mediante una licitación a la empresa Edelmag. Indica que el contrato de concesión suscrito entre el Gobierno Regional y Edelmag contiene las fórmulas de indexación de las tarifas a los clientes finales, que consideran un polinomio que utiliza como parámetros el precio del petróleo puesto en la planta de Puerto Williams, el dólar observado y el índice de precios al consumidor, entre otros.

Señala la FNE que en enero de 2005 y en base a datos aportados por la propia requerida, se observa un cambio significativo en las tarifas de la energía a clientes finales, reajustadas sobre lo establecido en el contrato, que según su estimación sería de entre un 16% (enero del 2005) a 27% (enero de 2007), según el tipo de tarifa, por las que la requerida recibió en ese período un monto aproximado de \$ 192.000.000, exclusivamente por el alza de tarifas.

Considera la FNE que ello responde a la explotación abusiva de la posición monopólica de EDELMAG en la localidad de Puerto Williams, directamente afectadas por la vulneración de esta cláusula, y en interés privado, representado por el Gobierno Regional, quien otorgó el monopolio de la explotación del sistema a la requerida porque esperaba mayor eficiencia y menor precio por los consumidores, según la oferta efectuada

por ésta.

Afirma que, de acuerdo a los términos de la licitación, la tarifa sólo podía reajustarse en forma trimestral de acuerdo el método de indexación contemplado en el anexo N° 2 del contrato de las bases, no siendo lícito recurrir a ninguna otra variable. Estima, además, que si la adjudicataria hizo un análisis equivocado de sus costos al presentar su oferta, al considerar que podía obtener la devolución del impuesto específico al petróleo, esto no la autoriza a traspasar esos costos a sus clientes, porque vulnera los términos del contrato y la licitación, alterando las condiciones de competencia que se tuvieron en vista al momento de su adjudicación.

Considera, además, que una supuesta autorización del Gobernador Provincial de Cabo de Hornos, que no se ha acreditado, no es plausible, porque tal autoridad no estaba facultada para ello, pues no era parte del contrato.

La FNE define el mercado relevante para este caso, como el servicio de suministro de energía eléctrica proveído mediante el sistema de distribución eléctrica en la localidad de Puerto Williams y sus alrededores; y, circunscribe su ámbito geográfico a esa localidad, pues no existen interconexiones en otro sistema cercano, debido a la localización aislada y por no existir sustitutos cercanos. Señala, además, que en sistemas eléctricos pequeños como éste, las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad tiene características de monopolio natural, y, por consiguiente, es eficiente tener una sola empresa operando el sistema completo. Agrega que la entrada de un nuevo competidor que discipline el comportamiento de Edelmag es prácticamente imposible, dadas las barreras legales existentes para la implementación de un sistema eléctrico, y debido a que un gran porcentaje de las inversiones corresponden a costos hundidos.

Precisa, además, que atendidas las características del sistema éste no está regulado por ley, sin embargo, para evitar una explotación abusiva, esta regulación se determinó por las bases de la licitación, la resolución que la adjudica y el contrato suscrito entre el Gobierno Regional y Edelmag.

Finalmente, sostiene que la demanda eléctrica residencial es inelástica por lo que para Edelmag un aumento del 10% en sus tarifas no produciría una disminución significativa en la demanda, y por lo tanto, le sería rentable.

En mérito de lo descrito la FNE estima que Edelmag, unilateralmente y abusando de su posición dominante, desconoció las condiciones ofertadas por ella misma y en base a las cuales le fue adjudicado el sistema, elevando el precio de la tarifa a partir de enero del 2005 en casi un 30%, sin que sus clientes tuvieran manera de mitigar el abuso, y por ende, apropiándose del excedente que a éstos les correspondía, por lo que solicita se declare que la recurrida ha incurrido en abuso de posición monopólica o dominante, se corrijan sus cobros ajustándolos a lo pactado, se le aplique una multa de 1.000 UTA, o la que el Tribunal estime apropiada, con expresa condena en costas.

A fs. 124 la Empresa Eléctrica de Magallanes S.A. contesta el requerimiento solicitando su reclazo con expresa condena en costas.

Argumenta, sustentando su solicitud de rechazo, que en el proceso de

licitación, actuando de buena fe, no consideró en los costos de explotación la aplicación del impuesto específico al diesel, ya que asumió que podía recuperar ese impuesto, lo que efectivamente hizo durante un primer período debido al débito fiscal generado por la Compañía en las localidades de Puerto Natales y Punta Arenas. Explica que, sin embargo, a comienzos de 2003 supo que no podría seguir recuperando el impuesto por aplicación de la ley N° 18.392, "Ley Navarino", y, luego, en marzo del año 2004 recibió la interpretación oficial del Servicio de Impuestos Internos confirmando lo anterior, asumiendo, en el intertanto todos los costos derivados del impuesto específico sin traspasarlos a sus clientes.

Agrega que, una vez aclarada la situación tributaria, consideró insostenible funcionar bajo sus costos de producción, y, según lo estipulado en las bases de licitación y el contrato, empezó a reconocer dentro de los costos de su insumo principal el impuesto específico aplicado al diesel, como un costo directo de la generación de electricidad.

Argumenta, además, que la requerida adoptó todas las precauciones de tipo social que estaban en sus manos, informando al Gobernador Provincial de la época la situación y su necesidad de reconocer dentro de sus costos el impuesto específico que ya no podía recuperar. Agrega que habría consensuado con dicha autoridad la forma de traspasar ese costo a los clientes de manera progresiva (80% en enero de 2005 y 100% en abril de ese año) de modo de no generar incrementos de tarifas relevantes e inesperados.

Señala que en marzo de 2005 inició su procedimiento de obtención de su concesión de servicio público de distribución de energía, la que a la fecha del requerimiento aún no le había sido otorgada. Sólo en el 2007 el sistema recién ha sobrepasado los 1.500 KW instalados, pasando a ser un sistema calificado como mediano para los efectos de la Ley General de Servicios Eléctricos, por lo que su precio de generación y transmisión debe ser regulado. Como situación análoga, señala que en el sistema mediano de Porvenir, zona que también presenta un régimen tributario especial, al realizarse el estudio tarifario para el período 2007-2010, el impuesto específico fue explícitamente reconocido como parte del costo del petróleo diesel.

Sostiene que la empresa requerida ha actuado conforme a derecho, amparada por causa legal y contractual, sin haber obtenido provecho ilegítimo o utilidades sobre normales al considerar el impuesto específico al diesel dentro de sus costos, y que, además, adoptó todas las medidas de prudencia a su alcance para informar a la autoridad de la situación e incluir el impuesto en el precio a los usuarios finales con

el menor nivel posible de impacto económico para ellos. Considera que se ajustó a los términos de las Bases de Licitación y del Contrato en cuanto a traspasar a los clientes sólo sus costos de operación y que mientras pudo, y no hubo de pagar efectivamente el impuesto específico, no traspasó el costo a los clientes hasta agotar las posibilidades de no incurrir en el mismo.

Considera, además, que las Bases de Licitación buscaban que el adjudicatario de la licitación pudiera resarcirse de todos los costos involucrados en la prestación del servicio, particularmente aquellos vinculados al costo del petróleo diesel, como se lee en Oficio N° 832 titulado "Respuestas a las consultas formuladas por los interesados a las Bases de Licitación?". En cuanto a las fórmulas de indexación de tarifas contenidas en el anexo N° 2 de las Bases señala que éstas consideraban un precio del petróleo diesel promedio del año 2000 que incluía el impuesto específico. Expresa, además, que si hubiera considerado el costo del impuesto al petróleo diesel desde un comienzo, igual se habría adjudicado la licitación, por lo que no alteró la competencia en ésta.

Argumenta, además, que no ha obtenido un lucro injustificado o utilidades sobre las normales como consecuencia del traspaso de este costo, ya que las rentas de EDELMAG son inferiores a las que obtendría de estar sujeta a fijación de tarifas, e incluso inferiores a las que obtendría en caso de estar sujeta a la fijación de tarifas e inferiores a las que obtiene en zonas aledañas sujetas a tarificación. Argumenta, además, que no ha obtenido un lucro injustificado o utilidades sobre las normales como consecuencia del traspaso de este costo, ya que las rentas de EDELMAG son inferiores a las que obtendría de estar sujeta a fijación de tarifas, e incluso inferiores a las que obtendría en caso de estar sujeta a la fijación de tarifas e inferiores a las que obtiene en zonas aledañas sujetas a tarificación, y estima que la incorporación del impuesto específico en las tarifas no ha generado ni es apto para generar rentas sobre normales, y que no es razonable que EDELMAG opere el sistema eléctrico de Puerto Williams cobrando una tarifa que no alcance a cubrir sus costos, y que tampoco se puede exigir subsidiar el servicio.

En consecuencia, estima que el alza de tarifas a los clientes de Puerto Williams se debe, fundamentalmente, al incremento de costo internacional del petróleo diesel y que, en ese sentido, los cálculos de la FNE no aislan ese efecto en el incremento de los precios y se lo atribuyen completamente a Edelmag.

Indica que el requerimiento imputa a Edelmag un supuesto incumplimiento contractual, asimilándolo a un abuso de posición dominante, pero no argumenta ni acredita la existencia de precios abusivos, alteración de la calidad de los servicios o la obtención de rentas sobre normales.

Sostiene, además, que el real impacto del impuesto específico es menor al calculado por la FNE y lo estima en un 10%, y que la FNE omitió en sus cálculos el alza sostenida del precio internacional del petróleo.

Considera, como otra prueba que la requerida no ha abusado de una posición monopólica, el hecho que no se ha deteriorado la calidad del servicio, sino que se ha incrementado en los últimos años y es similar al de una empresa regulada, no obstante no estar sujeta a regulación. Por ello, estima que, al excluirse la existencia de tal abuso, el conflicto se trataría de una materia civil de competencia de los tribunales

ordinarios, tendiente a determinar si el contrato se modificó o no, si se alteró de acuerdo a los mecanismos pactados o no, o si se cumplieron o no sus estipulaciones.

En subsidio, plantea la excepción de prescripción, argumentando que el de plazo de prescripción de la acción imputada como ilícita comenzó a correr en abril del 2005, fecha en que se reconoce el 10 0% del impuesto específico como costo del combustible en la fórmula para calcular las tarifas eléctricas y que necesariamente prescribió en abril del 2007, mientras que el requerimiento fue presentado el 17 de octubre del 2007 y notificado recién el 6 de noviembre de ese año.

Estima, además, que la sanción solicitada por al FNE es manifiestamente infundada y no se ajusta a los criterios establecidos en el D.L. 211. Respecto al beneficio económico, la multa solicitada más que duplica los ingresos (no las rentas) obtenidos por el reconocimiento del impuesto específico en la tarifa. En cuanto a la gravedad de la conducta, estima que difícilmente puede calificarse como una conducta grave, desde la perspectiva de la libre competencia, cobrar una tarifa que cubra los gastos totales de largo plazo, con un margen de rentabilidad inferior al establecido en la Ley General de Servicios Eléctricos al regular sistemas similares, y, finalmente, no hay reincidencia, pues Edelmag nunca había sido requerida ni demandada por desarrollar supuestas conductas contrarias a la libre competencia ni ha sido condenada por ello.

Solicita, en definitiva, que se rechace, en todas sus partes el requerimiento y que se declare expresamente que Edelmag no ha incurrido en ninguna conducta contraria al D.L. 211 ni ha cometido atentado alguno en contra de la libre competencia con motivo de las conductas descritas. En subsidio, para el caso de estimarse que existió alguna infracción, solicita se exima del pago de la multa o se fije prudencial y proporcionalmente considerando las conductas razonables desplegadas por la compañía y la ausencia de abuso en su actuar.

A fojas 195, el Tribunal estimó que no existían hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, sobre los cuales rendir prueba.

A fojas 425, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia por la que acogió parcialmente la excepción de prescripción planteada por la requerida, sólo respecto del período anterior al día 6 de noviembre del año 2005; acogió parcialmente el requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico y declaró que la Empresa Eléctrica de Magallanes S.A. ha incurrido en un abuso de posición dominante en el mercado de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en la localidad de Puerto Williams y sus alrededores, con costas, condenando a la requerida a una multa de 400 Unidades Tributarias Anuales y ordenando a ésta el cese inmediato de la conducta sancionada.

Para adoptar la decisión expuesta, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró, en síntesis, y teniendo en cuenta que el régimen de recuperación del impuesto específico al diesel en la zona de Puerto Williams no ha sido modificado desde 1986, éste debió ser conocido por la requerida al presentar su oferta en la licitación por el sistema eléctrico de esa localidad en el año 2002, lo que permite descartar su defensa de que hasta el año 2004, consideró que recuperaría tal impuesto y que sólo en esa fecha confirmó que no era posible, pues su propio error o negligencia no puede eximirla de su deber de no abusar de la posición

monopólica en que se encuentra.

En cuanto a las conductas el fallo ha estimado que la relación entre la empresa requerida y los consumidores finales no nace de un acuerdo contractual libre, pues éstos no son parte del contrato suscrito entre el Gobierno Regional de Magallanes y Edelmag, siendo esta empresa la única proveedora del servicio de energía eléctrica en la zona, por lo que la imposición de tarifas a los consumidores finales, distinta a las que permitían las bases corresponde a una materia sobre la cual el Tribunal debe pronunciarse. Así, el fallo concluye que las bases no contemplan como elemento del precio ofertado, ni de su indexación, la eventual recuperación tributaria del impuesto específico al petróleo, o su adición a las tarifas a cobrar a los usuarios en caso que dicha recuperación no fuera posible por lo que al haberlo hecho así la requerida ha incurrido en un abuso de posición monopólica.

Respecto a la prescripción alegada el Tribunal señala que el plazo de la misma se debe contar desde el momento en que cesa dicha conducta, lo que en el presente caso se produjo, al menos hasta noviembre de 2007, según los antecedentes proporcionados por la propia requerida, por lo que resulta improcedente declarar tal prescripción. Sin embargo, no considera el período comprendido entre enero y noviembre del 2005 para aplicar la sanción, ni para calificar la gravedad de la conducta.

Por último, para determinar la multa, el Tribunal consideró los ingresos injustificados, obtenidos por Edelmag entre diciembre del 2005 y noviembre de 2007, ambos inclusive, período por el cual cuenta con información de las tarifas efectivamente cobradas a los clientes; la gravedad de la conducta, considerando que en su calidad de monopolista de un servicio básico, la requerida debió atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, lo que no ocurrió en la especie, y habida cuenta que la imposición de una multa apenas equivalente al monto del beneficio ilegítimamente obtenido, a juicio del Tribunal, no es suficiente para cumplir con el efecto disuasorio que debe tener, la establece en un monto superior a dicho beneficio.

Contra esta sentencia interpuso recurso de reclamación la Empresa Eléctrica de Magallanes S.A. a fs. 446, la que fundamenta, en resumen, en que el Tribunal habría sancionado a Edelmag o por estimar que el incumplimiento contractual en que supuestamente ésta habría incurrido sería en sí un abuso de posición dominante, o porque consideró que el contrato suscrito con el Gobierno Regional sería el que delimita el ámbito de actuación de Edelmag que es abusivo en sede de libre competencia, frente al ámbito de acción que es lícito en esa misma sede. Indica que la primera tesis confunde los ámbitos de competencia del H. Tribunal de manera inconstitucional e ilegal, llevándolo al extremo de sancionar posiciones de dominancia en sí, independientemente de la existencia de abuso de aquéllos que condena el artículo 3° del D.L. 211. La segunda tesis, a su juicio, eleva el contrato al nivel de instrumento jurídico que define la existencia o no de infracciones a la libre competencia violentando, de esta manera el principio constitucional de juridicidad, las garantías aplicables en sede infraccional de acuerdo al artículo 19 N° 3 de la Constitución que exige que los tipos infraccionales estén descritos en la ley y que lo estén de manera íntegra. En cambio, sostiene que el Tribunal debió determinar - de modo

certero - si la conducta de Edelmag en discusión la llevó o no a determinar precios de mercados superiores a sus costos y si en consecuencia, ésta obtuvo o no rentas sobre lo normal. Por ello, estima que la sentencia adolece de manifiesta falta de fundamentos y no cumple con los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la multa, solicita se le rebaje sustancialmente en consideración a que todos los antecedentes dan cuenta de la buena fe de Edelmag y de la ausencia de dolo; que es erróneo considerar que la requerida recuperó más que un simple costo de la aplicación del impuesto específico, lo que ofrece demostrar, la ausencia de fundamentos destinada a dar efectiva aplicación a los criterios contemplados en el artículo 26 del D.L. 211, la utilización de criterios no contemplados en la norma; la desproporción de la multa, y la prescripción de la conducta.

Finalmente, en lo referente a la prescripción, señala que, según jurisprudencia de esta Corte, la prescripción empieza a correr desde el inicio del hecho que genera los efectos cuestionados, pues de otra manera, en materia de libre competencia los hechos serían imprescriptibles, lo que repugna a nuestro sistema jurídico. En el caso de autos, el alza de tarifas se produjo en abril del 2005, esto es, más de dos años antes de la presentación y notificación del requerimiento, por lo que estima que la prescripción debió acogerse de manera total y no parcial como lo hizo el fallo reclamado.

A fojas 493 se ordenó traer estos autos en relación.

CONSIDERANDO:

Primero: Que la reclamación se funda, primeramente en que la sentencia habría incurrido en una serie de infracciones que denuncia. Como primera alegación sostiene que el H. Tribunal sancionó a Edelmag por un supuesto incumplimiento contractual, ya que en su parte considerativa, reiteradamente, dio cuenta que el ilícito cometido por ésta sería la supuesta inobservancia de las estipulaciones contractuales, lo que a juicio del H. Tribunal constituiría una infracción a la libre competencia. Estima que con ello el tribunal no sólo homologó sin más un supuesto incumplimiento contractual de una empresa con posición mayoritaria en el mercado, con una de abuso de posición dominante, para lo cual interpretó el contrato y el supuesto incumplimiento del mismo, sin que ello fuera un hecho sustancial, pertinente y controvertido, ampliando de esa manera el Como primera alegación sostiene que el H. Tribunal sancionó a Edelmag por un supuesto incumplimiento contractual, ya que en su parte considerativa, reiteradamente, dio cuenta que el ilícito cometido por ésta sería la supuesta inobservancia de las estipulaciones contractuales, lo que a juicio del H. Tribunal constituiría una infracción a la libre competencia. Estima que con ello el tribunal no sólo homologó sin más un supuesto incumplimiento contractual de una empresa con posición mayoritaria en el mercado, con una de abuso de posición dominante, para lo cual interpretó el contrato y el supuesto incumplimiento del mismo, sin que ello fuera un hecho sustancial, pertinente y controvertido, ampliando de esa manera el ámbito de su competencia más allá de lo establecido en el D.L. 211.

Segundo: Que, en segundo término, alega que no es el contrato el que puede definir la existencia de un supuesto abuso e n el actuar de Edelmag

como parece sostener el fallo, pues siendo el abuso de posición dominante un concepto de rango legal contenido en un tipo infraccional- el artículo 3º, letra b) del D.L. 211- éste exige una interpretación estricta, donde deben imperar los principios de juridicidad, legalidad y el principio de inocencia, con la consiguiente carga de prueba para quien afirme lo contrario.

Tercero: Que, como tercera infracción, sostiene que el fallo reclamado no determinó ni buscó determinar si el alza de las tarifas de suministro eléctrico en Puerto Williams consistió realmente en un abuso en los términos del artículo 3º letra b) del D.L. 211, lo que a su juicio y según las explicaciones que latamente desarrolla, no ocurrió en el presente caso, pues para que ello se configure es necesario que confluyan una serie de requisitos, esto es, en su faz objetiva, la conducta reprochada, el sujeto activo que despliegue la conducta reprochada de abuso, que el sujeto activo ostente una posición dominante en el mercado, resultando una lesión a un bien jurídico protegido y que existe un nexo causal entre la conducta desplegada y los resultados ocurridos; y, en su faz subjetiva, que exista la intencionalidad de incurrir en la conducta reñida con la libre competencia, lo que en el presente caso no ha ocurrido.

Cuarto: Que una cuarta infracción denunciada en el recurso se hace consistir en que, a pesar de no ser un elemento determinante para calificar una conducta de abuso de posición dominante, contrariamente a lo señalado por el H. Tribunal, la requerida no ha incumplido con el contrato. Sostiene al respecto que el H. Tribunal no recibió prueba alguna que diera cuenta de una intención de las partes al momento de celebrar el contrato distinta de la planteada por Edelmag, o de una forma de ejecutarlo diversa a la ejecutada por ésta.

Quinto: Que la reclamación sostiene que la sentencia habría incurrido en infracción al ampliar el concepto de abuso de posición dominante a cualquier ilicitud cometida por un agente con posición de dominio en el mercado, insistiendo al respecto que lo que se sanciona son supuestas infracciones civiles por incumplimiento del contrato o su mala interpretación, sin analizar si el alza de tarifas se justificaba con los mayores costos que comenzaba a enfrentar la empresa, o si, por el contrario, daba lugar a precios excesivos e injustos.

Sexto: Que se denuncia, además, que el fallo reclamado omite algunos hechos no controvertidos y da por establecidos otros tantos que no sólo no se condicen con la realidad sino que no fueron acreditados de manera alguna en el proceso. Al respecto sostiene que, no obstante no ser un hecho controvertido en autos, la sentencia da por establecido, sin explicar la metodología utilizada para ello, que Edelmag habría aumentado por sobre el costo de tarifas residenciales en Puerto Williams, en circunstancias que el alza de tarifas sólo se debió al traspaso a éstas del mayor costo por el impuesto al valor específico al diesel, tal como lo corroboraría el informe que acompañara al proceso.

Séptimo: Que, en cuanto a la multa impuesta, la reclamación sostiene la improcedencia de la misma y la arbitrariedad en su determinación, ya que debió considerar, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, que las infracciones de las normas sobre la competencia - que pueden ser objeto de sanción- son las cometidas deliberadamente o por negligencia, o que no

es aplicable al presente caso, ya que dentro de los motivos de la empresa para concretar la determinación del impuesto al costo del petróleo diesel no es posible sumar una intención positiva de infringir la legislación de libre competencia, sin que pueda tampoco imputársele negligencia, y que la empresa requerida ni pudo prever que su conducta sería calificada como abusiva. Al respecto sostiene que era perfectamente razonable que Edelmag estimara su actuar ajustado a derecho, sobre todo considerando su conducta histórica, que el contrato asumía en su fórmula de cálculo que se consideraría el precio del petróleo diesel puesto en las plantas de Edelmag, y que era plausible pensar que una compañía de distribución eléctrica tenía derecho de resarcirse de sus costos básicos de suministro en consistencia con lo establecido en la normativa sectorial. Considerando, en consecuencia, que la conducta de la requerida correspondió a una legítima interpretación del contrato, por medio de la cual jamás pretendió obtener rentas sobre normales, no cabe sino concluir que la requerida no infringió en forma deliberada o negligente el D.L. 211.

Agrega, además, que no se cumple, en este caso, con los estándares de gravedad de la conducta para justificar la entidad de la multa, debiendo, para ello considerar la complejidad del asunto, en cuanto dice relación con cuestiones de excepción legal, la falta de certeza jurídica respecto de las normas aplicables a los hechos de la causa, la ausencia de precedentes, la probada buena fe de la condenada y su permanente preocupación por evitar la existencia de efectos negativos a la población o al menos obtener la minimización de los mismos, entre otros, según los cuales, a juicio de la reclamante, no puede sostenerse que la conducta haya sido grave.

Finalmente, sobre este punto sostiene que la multa aplicada es arbitraria y desproporcionada por la ausencia, en el fallo, de la motivación y desarrollo de los criterios que le sirven de fundamento, privando a esa parte de una adecuada defensa.

Octavo: Que, además, se expresa en el recurso que la sentencia yerra al acoger la prescripción sólo parcialmente, ya que de la lectura del artículo 20 del DL. 211 no cabe sino concluir que la prescripción de la acción comienza a correr desde que se ejecuta la acción que se encuentra contraria a la libre competencia. Así, encontrándose acreditado en autos que en abril del 2005 se terminó de reconocer el 100% del impuesto específico al petróleo diesel como costo de combustible en la fórmula para calcular las tarifas de energía eléctrica en la localidad de Puerto Williams, por lo tanto desde ese momento era posible interponer una acción fundada en el D.L. 211- de considerarse que dicha conducta constituía una infracción al referido texto normativo-, de lo que infiere que el plazo de prescripción ya había comenzado a correr.

Noveno: Que las infracciones que se denuncian se habrían cometido en el fallo reclamado - y que se describen en los motivos primero a cuarto de la presente sentencia-, encuentran su fundamento en que el H. Tribunal de Libre Competencia habría sancionado a la requerida por un supuesto incumplimiento de contrato, dando a este instrumento la capacidad de definir la existencia de la infracción, sin determinar si la conducta de Edelmag consistió realmente en un abuso en los términos del tipo aplicable del D.L. 211, ampliando dicho concepto a una conducta que dice

relación con tal incumplimiento, el que, por lo demás, afirma, no ha existido.

Décimo: Que sobre este capítulo de la reclamación valga considerar que la sentencia del H. Tribunal, en los motivos vigésimo primero y vigésimo segundo, precisó, en torno a las conductas imputadas como ilícitos contrarios a la libre competencia, que el sólo incumplimiento del contrato y de las bases de licitación no configurarían por sí sólo una infracción al artículo 3° del D.L. 211, pero, que la relación entre la empresa requerida y los consumidores finales no nace del acuerdo contractual, y siendo la requerida la única proveedora de energía eléctrica en la zona, el aumento de tarifas a los consumidores finales, distinto al que permitían las bases de licitación, es una materia sobre la cual ese Tribunal debe pronunciarse.

De ello se sigue que el fallo reclamado deja claramente establecido que su pronunciamiento no se dirige a determinar si hubo o no un incumplimiento contractual de parte de la empresa requerida respecto de su contraparte, esto es el Gobierno Regional de Magallanes, sino, y tal como lo expresa en su motivo vigésimo cuarto, a establecer si el incremento de precios se encuentra justificado en razones de mercado, o, por el contrario, corresponde a un abuso de posición monopólica, situación esta última, que por no ser regulada en forma legal, se debe determinar a la luz de lo establecido en el anexo N° 2 de las Bases de Licitación por las cuales se le adjudicó el servicio de distribución eléctrico en la localidad de Puerto Williams, el que, por lo demás, reviste el carácter de servicio público, y que constituye la única limitación al poder monopólico que vía concesión le fue otorgado a la requerida.

Undécimo: Que atendido lo expresado en los motivos anteriores, la reclamación en cuanto denuncia una infracción del fallo por sancionar a la requerida por un incumplimiento contractual, no puede prosperar, por no ser efectivos sus fundamentos.

Duodécimo: Que la reclamación también reprocha al fallo el haber omitido algunos hechos no controvertidos en autos dando por establecidos otros que no sólo no se condicen con la realidad, sino que no se acreditaron de modo alguno en el proceso.

Décimo tercero: Que para analizar esta parte del recurso resulta conveniente recordar que el artículo 3° letra b) del Decreto Ley 211 de 1973, hoy DFL N° 1 de 2005, dispone que: uote El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso?.

?Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes?:

?b) La explotación abusiva de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes?.

Décimo cuarto: Que, según se desprende del mérito del proceso y de los términos de la reclamación, no se ha controvertido por la reclamante su calidad de empresa monopólica, la que si bien se justifica por las circunstancias especiales de la localidad en que se presta el servicio que tiene a su cargo, mantiene su naturaleza. Tampoco han sido cuestionados por ésta, los términos de las Bases de Licitación y del contrato, ni la fórmula de indexación de tarifas contenidas en el anexo N° 2 de las citadas Bases.

Finalmente, la empresa Edelmag ha reconocido que al efectuar su oferta a la licitación no consideró, dentro de sus costos, el impuesto específico al petróleo, explicando tal omisión en su convencimiento de poder recuperar tal gravamen, como lo habría realizado hasta enero del año 2003; que desde el mes de enero del 2003 a enero del 2005 soportó los costos del impuesto específico al petróleo diesel sin traspasarlo a sus clientes; y que el aumento de sus tarifas se debió a dicho traspaso, el que sólo comenzó a efectuar desde esa data, reconociéndolo en forma total en abril de 2005.

Décimo quinto: Que de lo expresado se colige que el único cuestionamiento plausible es aquél que se dirige a la conclusión que se establece en la sentencia en orden a que Edelmag habría aumentado las tarifas por sobre los costos del impuesto específico, generando con ello rentas sobre normales. El cuestionamiento se fundamenta en la circunstancia que el fallo no expresa la metodología utilizada para los cálculos que en él se contienen.

Sobre este punto, el fallo en análisis, en su motivación duodécima, da por establecido que, de la propia información entregada por la requerida en el listado que se lee a fs. 203 de estos autos, aparece que Edelmag incrementó las tarifas BT1, esto es, aquellas aplicadas a clientes residenciales, en montos superiores a los que habrían correspondido por el sólo traspaso al precio final del impuesto específico al petróleo diesel, según los gráficos que aparecen a fs. 436 y que forman parte de la misma.

Asimismo, al pie de cada uno de los gráficos se deja expresa constancia que los mismos han sido elaborados sobre la base de los antecedentes entregados por la propia requerida Edelmag y a la información extraída del portal del INE y del Banco Central, concluyendo con ello que el alza de tarifas fue superior al mero traspaso del impuesto específico al diesel y su recuperación, sólo respecto de las tarifas de clientes residenciales. En consecuencia, el establecimiento de tales hechos en el fallo obedece a información proporcionada por la requerida y no cuestionada por ésta.

Décimo sexto: Que la falta de análisis pormenorizado de la prueba rendida en autos y que reprocha la reclamación ha de ser desechado, toda vez que, como se expresó en lo expositivo del presente fallo, por resolución ejecutoriada de fs. 195, el Tribunal estimó que no existían hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales rendir prueba, quedando entonces su labor dirigida, solamente a constatar si la conducta reconocida por la Empresa Edelmag, constituía la infracción denunciada por la FNE, y, en su caso, si las alegaciones efectuadas por la requerida eran sustentables para eximirla de la multa correspondiente, tal como lo hizo.

Décimo séptimo: Que, en lo que hace a la determinación de la multa a aplicar como sanción por la conducta de abuso en que incurrió la reclamante, conviene recordar que el inciso final del artículo 26 del D.L. 211 señala: "Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor".

Desde esta perspectiva, los basamentos tenidos en consideración para la determinación de la cuantía de la multa en el fallo que se reclama no contienen un mayor desarrollo de los elementos enunciados en el párrafo anterior, por lo que la aplicación de la misma aparece construida casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, razones y circunstancias sobre los parámetros para la fijación del monto de las sanciones. El desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobretodo, considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos;

Décimo octavo: Que, para la determinación de la multa han de considerarse las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto del hecho sancionable y sus consecuencias. Por ello, uno de los varios factores que se tendrá presente en la determinación de la cuantía de la multa a aplicar, es la duración del acto atentatorio y sus consecuencias en el tiempo. En efecto, es un hecho no controvertido en autos que el alza de tarifas se produjo a partir de enero del 2005, no obstante, desde enero del año 2003 la empresa requerida había visto frustrada su posibilidad de recuperar el impuesto especial al petróleo. Además, el alza se mantuvo desde enero de 2005 a noviembre de 2007- fecha del requerimiento-, obteniendo la empresa Edelmag mayores utilidades a las normales, sólo en los precios por el servicio prestado a los clientes residenciales, sin afectar a los clientes comerciales, industriales y Armada, en alta tensión, sujetos a tarifas AT2, ni al alumbrado público, clientes comerciales e instituciones públicas, en baja tensión, correspondientes a la tarifa BT2.

Décimo noveno: Que por lo expuesto en el motivo anterior, y considerando, además, que la empresa Edelmag no ha sido objeto de requerimientos anteriores, esta Corte -acogiendo la petición subsidiaria que la reclamante ha efectuado- determinará la multa en el monto que se pasa a decir en lo resolutivo.

Vigésimo : Que, finalmente, en cuanto a la prescripción que se solicita sea acogida totalmente, ha de consignarse que el D.L. 211 en su artículo 20, inciso tercero dispone que "Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal." En el caso de autos, la conducta, según propio reconocimiento de la empresa Edelmag, comenzó a ejecutarse en enero del año 2005 y se mantuvo en el tiempo, a lo menos, hasta la fecha del requerimiento- 17 de noviembre de

2007-, motivo por el cual no resulta atendible la alegación efectuada por la reclamante en orden a que la prescripción ha de contarse desde enero del 2005, pues, como ya se expresó, la conducta infraccional persistió, produciendo sus efectos hasta la fecha del requerimiento de la FNE, compartiéndose por esta Corte el criterio vertido en el fallo recurrido, en cuanto por él se acoge la prescripción sólo respecto del período comprendido entre enero y noviembre del año 2005.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 20 y 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto ley N° 211 de 1973, se declara:

I.- Que se acoge la petición subsidiaria formulada por la reclamante en su presentación de fojas 446 y **se rebaja prudencialmente la multa impuesta a 300 Unidades Tributarias Anuales.**

II.-Se rechaza, en lo demás, el recurso de reclamación deducido por la Empresa Eléctrica de Magallanes S.A. (Edelmag) en el referido escrito que se lee fojas 446.

Regístrese y devuélvanse con sus agregados y documentos.

Redacción a cargo de la Ministro Sra. Araneda.

Rol N° 5505-2008. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda y el Abogado Integrante Sr. Gorziglia. No firman no obstante haber estado en la vista de la acusación y acuerdo del fallo los Ministros señores Oyarzún y Pierry por estar ambos en comisión de servicios. Santiago, 26 de noviembre de 2008.

Autorizado por la Secretaria Subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera Brümmer.