

Santiago, once de junio de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS:

1.- La resolución de 2 de Octubre de 1992, de fs.1, ampliada a fs. 287, del Sr. Fiscal Nacional Económico, por la que dispuso, invocando la sentencia de 10 de Septiembre de 1992, de la Excma. Corte Suprema, que rola a fs.99 de los autos, una investigación "destinada a proponer las medidas que sean necesarias para asegurar y reestablecer la transparencia del mercado de la energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central (SIC)".

2.- La denuncia que sobre esta misma materia formuló el abogado Sr. Ramón Briones Espinosa, a fs.100, acumulada a la investigación dispuesta por la Fiscalía Nacional Económica por resolución de fs.109, vtas..

3.- La investigación efectuada por la Fiscalía Nacional Económica, conformada por los siguientes antecedentes:

3.1. Los documentos e informes acompañados por la Comisión Nacional de Energía de fs.2 a 67;

3.2. Los documentos acompañados por don Ramón Briones Espinosa de fs.68 a 98; de fs. 102 a 107; de fs.278 a 283 y de fs.322 a 508;

3.3. Los documentos acompañados por el señor Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, de fs.144 a 191 y de fs.194 a 207;

3.4. Los documentos acompañados por Endesa S.A. de fs.210 a 253 y de fs. 267 a 276, y por Transelec S.A. de fs.545 a 553;

3.5. Los testimonios prestados por el Vice-Presidente de Endesa S.A., a fs.117; y por los directores de dicha empresa de fs.121 a 125;

3.6. Los informes de Endesa S.A. de fs.120 y de Colbún S.A. de fs.136;

3.7. Los informes de la Superintendencia de Valores y Seguros de fs. 192, y de la Corporación de Fomento de la Producción de fs.306 y 537.

4.- El requerimiento de fs.554 formulado por el señor Fiscal Nacional Económico, en contra de las empresas Endesa S.A., Chilectra S.A. y Transelec S.A., respectivamente, por el cual solicitó de esta Comisión Resolutiva que, en el plazo que determine, disponga que las referidas empresas procedan a desconcentrar y descentralizar las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central (SIC), mediante la creación de empresas con patrimonios independientes y administración separada.

5.- La resolución de esta Comisión de fs.570 vta., que tuvo por formulado el citado requerimiento y dio traslado del mismo a las requeridas, disponiendo que

informara la Comisión Nacional de Energía al tenor de dicho requerimiento.

6.- La solicitud de fs.573 del denunciante don Ramón Briones Espinosa, de hacerse parte en el requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico y la resolución de fs.574 de esta Comisión que accedió a dicha solicitud.

7.- Los informes de la Comisión Nacional de Energía de fs.139, 527, 591 y 929 y los documentos acompañados por este Organismo de fs. 575 a 590.

8.- Los traslados evacuados por Endesa S.A. a fs. 636 y documentos acompañados por esta empresa de fs.593 a 635; por Chilectra S.A. a fs.683, y documentos acompañados de fs.676 a 682; y por Transelec S.A. a fs.695, mediante cuyos escritos las empresas requeridas solicitaron el rechazo del requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico.

9.- Los informes de las empresas Pullinque S.A., de fs.774 y 905; del Metro S.A. de fs.855; de Colbún S.A., de fs.876; de Pilmaiquén S.A. de fs. 917; de Eka Nobel Chile S.A. de fs.934.

10.- La resolución de fs.935 de esta Comisión, complementada a fs. 936, que fijó los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos de esta causa; las solicitudes de reposición del auto de prueba presentadas por Transelec S.A., a fs,938; por Endesa S.A. a fs.940; y por Chilectra S.A., a fs.942 y las resoluciones de fs.939, 941 y 945 vtas. de esta Comisión, que resolvieron dichas reposiciones.

La resolución de esta Comisión de fs.1073, que fijó el siguiente auto de prueba definitivo en esta causa:

10.1. Si en la estructura actual del Sistema Interconectado Central (SIC), existe integración vertical y/o horizontal de las empresas que participan en la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica.

10.2. Si alguna de las integraciones referidas, en el evento de existir, produciría efectos restrictivos de la competencia en ese mercado eléctrico.

10.3. Si la desconcentración de las actividades de generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central (SIC), mediante la creación de empresas con patrimonios independientes y administraciones separadas, en cada uno de esos sectores, afecta la competencia del mercado eléctrico en los términos señalados en el Decreto Ley N° 211, de 1973.

10.4. Si derivada directamente de la integración vertical de las denunciadas, con posterioridad al 10 de Septiembre de 1992, se han ejecutado hechos que constituyan actos de abuso de posición dominante, tales como la introducción de barreras a la entrada en el sector generación que hayan inhibido las inversiones en este sector y generado rentas monopólicas.

10.5. Si la transmisión es actualmente un monopolio natural; si existen economías de escala que sólo son aprovechadas por las empresas integradas; si existe igualdad de acceso al sistema de transmisión entre

diversos generadores; si existen incentivos para que una empresa de transmisión discrimine arbitrariamente en favor de la empresa de generación con la cual está verticalmente integrada.

10.6. Efectos económicos y patrimoniales que derivarían de la desconcentración solicitada por el Fiscal.

10.7. Si con posterioridad al pronunciamiento contenido en la Resolución N°372, de 2 de Junio de 1992, de esta Comisión, se han modificado o se mantienen vigentes los resguardos establecidos en la legislación eléctrica en beneficio de los usuarios respectivos; y

10.8. Si el desarrollo experimentado por el sector eléctrico a partir del día 2 de Junio de 1992, acredita una efectiva y creciente actividad competitiva entre las empresas que en él intervienen.

11.- La petición efectuada a esta Comisión por el Sr. Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía a fs. 947 de estos autos, y el acuerdo de la Comisión Preventiva Central de fs.948.

12.- La ampliación del requerimiento de fs.554 efectuada por el señor Fiscal Nacional Económico a fs. 950, en contra de la sociedad Enersis S.A., y la resolución de esta Comisión de fs.955 que tuvo por ampliado el referido requerimiento en contra de dicha empresa y le dio traslado del mismo.

13.- Los informes de Colbún S.A. y de Transelec S.A., de fs.982, 983, y 987, respectivamente.

14.- La contestación del traslado evacuado por la empresa Enersis S.A. a fs.990, por la que solicita el rechazo del requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico.

15.- La prueba documental rendida por la Fiscalía Nacional Económica a fs.950, agregada a los cuadernos de documentos Tomos I y II: de fs.1082 a 1272; de fs.1952 a 2145; de fs.2147 a 2397; de fs.2745 y 2746; y de fs.3030 a 3089; por Enersis S.A. de fs.1363 a 1382, de fs.1479 a 1490; de fs.1683 a 1730; de fs.1733 a 1869; a fs.2424; de fs.2462 a 2502; de fs.2504 a 2608; de fs. 2610 a 2652; de fs.2654 a 2742; y de fs.3211 a 3234; por Endesa S.A. de fs.1513 a 1681; y de fs.2844 a 2854; por Chilectra S.A., de fs. 1873 a 1945; y por Transelec S.A. a fs. 1435; fs.1948, agregada a los cuadernos de documentos Tomos III, IV, V y VI; y de fs.2436 a 2460.

Los principales documentos acompañados por las partes fueron los siguientes:

15.1. Por la Fiscalía Nacional Económica:

1. Principales Lineamientos de la Política Energética Nacional. Comisión Nacional de Energía, de fs. 2.

2. La regulación del Sector Eléctrico. La experiencia chilena: Vivianne Blanlot S., de fs. 322.

3. Algunas Reflexiones en torno al Rol Regulador y empresarial del Estado: Eduardo Bitrán C. y Eduardo Saavedra P. de fs. 361.

4. Informe de la Contraloría General de la República sobre Colbún S.A., de fs. 1101.

- 5. El Sector Energía en Chile. Comisión Nacional de Energía, de fs. 1120.
- 6. Informe técnico sobre valores y costos de operación y mantención, de fs. 2146.
- 7. Informe sobre modificaciones a la ley eléctrica, de fs. 2147 y siguientes.
- 8. Informe de la Comisión Nacional de Energía sobre derechos de agua de Endesa S.A., de fs. 2745.
- 9. Informe sobre incentivos y discriminación en la oferta de electricidad de Felipe Morandé y José Miguel Sánchez, de fs. 3032.

15.2. Por Enersis S.A.:

- 1. Programas de Obras de Centrales Generadoras, de fs. 1725.
- 2. Informes en Derecho de los abogados norteamericanos Miller y Dinaburg, de fs. 1741 y 1817.
- 3. Informe de la empresa auditora K.P.M.G. Peat Marwick sobre análisis de decisiones de inversión, de fs. 1780.
- 4. Informes de empresas clasificadoras de riesgo de fs. 1794 y 1806.
- 5. Informe en derecho de los profesores Víctor Vial y Raúl Lecaros, Universidad Católica de Chile, de fs. 2462.
- 6. Informes económicos de Felipe Morandé, Raimundo Soto y Rafael Charum (Ilades-Georgetown University) de fs. 2504 y siguientes
- 7. Informe económico de Felipe Larrain, Jorge Quiroz y Rómulo Chumacero, de fs. 2610.
- 8. Informe económico de Ricardo Rainieri, de fs. 2657.
- 9. Informe económico de Ricardo Paredes, de fs. 2715.
- 10. Incentivos a la discriminación en la industria eléctrica de Felipe Morandé, de fs. 3211.

15.3. Por Endesa S.A.:

- 1. Publicación del CDEC-SIC sobre Estadísticas de Operaciones 1986-1995, de fs. 1513.
- 2. Procesos de Negociación de Suministros 1991-1996, de fs. 1556.
- 3. Programas de Obras de Centrales Generadores, de fs. 1682.
- 4. Sentencias de la Excma. Corte Suprema e Iltma. Corte de Apelaciones sobre recursos de amparo económico por derechos de agua de Endesa S.A., de fs. 2844 y 2847.

15.4. Por Chilectra S.A.:

- 1. Informe técnico de Hugh Rudnick, de fs. 1873.

15.5. Por Transelec S.A.:

- 1. Informes técnicos y documentos de fs. 1948, agregados a los Tomos III, IV, V y VI del cuaderno separado.
- 2. Informe sobre el gas y los efectos en la libre competencia, de fs. 2454.

16.- Los escritos de Enersis S.A. de fs.1307, y de la Fiscalía Nacional Económica de fs. 2744, objetando los

documentos acompañados a fs.1273, Nros.4 y 5, y a fs.1479, respectivamente.

17.- La prueba testimonial rendida por la Fiscalía Nacional Económica a fs.1321; y a fs.1493; por Endesa S.A., a fs.1331, fs.1334, fs.1337 y fs.1349; por Enersis S.A., a fs. 1383, fs.1392, fs. 1399 y fs. 1408; por Chilectra S.A. a fs.1415 y fs. 1427 y por Transelec S.A., a fs. 1436, fs.1448, fs.1457 y fs.1466.

Las tachas opuestas a los testigos por las partes en las respectivas audiencias de prueba, y las providencias dictadas por esta Comisión que dispusieron la interrogación de los testigos, dejando la resolución de las tachas para la sentencia definitiva.

18.- Los informes de la Corporación de Fomento de la Producción de fs. 1509; de la H. Cámara de Diputados, de fs. 1511; de la Superintendencia de Valores y Seguros, de fs. 2399; y de la Comisión Preventiva Central de fs. 2835 y documentos agregados por este Organismo de fs. 2748 a 2834.

19.- La Ficha Estadística Codificada Uniforme (Fecu) de las empresas Endesa S.A. de fs. 2400; Enersis S.A. de fs. 2408; y Chilectra S.A., de fs. 2416, proporcionadas por la Superintendencia de Valores y Seguros.

20.- Las resoluciones de esta Comisión N°s 358, de 1991 (fs. 2146) 368, de 1992 (fs. 1082), 372, de 1992 (fs. 608) y 399, de 1993 (fs. 631) y el Dictamen N° 874, de 1993, de la Comisión Preventiva Central (fs. 624).

21.- Los escritos de observación a la prueba rendida presentados por Endesa S.A., a fs. 2861; por Transelec S.A., a fs. 2942; por Chilectra S.A. a fs. 3008; por la Fiscalía Nacional Económica a fs. 3090 y a fs. 3111; y por Enersis S.A., a fs. 3137.

22.- Los escritos de Pullingue S.A. de fs. 3245 y 3281, haciéndose parte en esta causa, y luego desistándose, respectivamente, y la resolución de esta Comisión de fs. 3282 que tuvo por presentado dicho desistimiento.

23.- El informe conjunto emitido por los Sres. Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y Presidente de la Comisión Nacional de Energía, mediante Oficio N° Va/199, de 25 de Noviembre de 1996, que rola a fs. 3268, y los documentos acompañados por estas autoridades de fs. 3254 a 3267.

24.- Las observaciones formuladas por las empresas Enersis S.A. a fs.3306, Transelec S.A. a fs.3413 y Chilectra S.A. a fs.3442, al informe de los señores Ministros y documentos acompañados, entre otros, informes en derecho de don Mario Mosquera Ruíz y don Enrique Evans de la Cuadra.

25.- La vista de la causa tuvo lugar los días 8, 9 y 10 de Abril de 1997, en cuyas audiencias alegaron por el requerimiento, el señor Fiscal Nacional Económico don Rodrigo Asenjo Zegers y el denunciante don Ramón Briones Espinosa, por sí; y en contra del requerimiento don Andrés Allende Urrutía, por Endesa S.A.; don Enrique

Barros Bourie, por Chilectra S.A.; don Carlos Concha Gutiérrez, por Transelec S.A.; y don Waldo Ortúzar Latapiat, por Enersis S.A., respectivamente.

Las minutas de los alegatos rolan a fs.3521 y siguientes.

La causa quedó en acuerdo ante los miembros de la Comisión señores Enrique Zurita C., Presidente; Enrique Fanta I.; Alexis Guardia B.; Arturo Yrarrázaval C. y Guillermo Pattillo A.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

I. EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES DE PRECLUSION Y COSA JUZGADA:

PRIMERO: Que en estos autos las empresas requeridas han planteado , en el carácter de excepciones, de previo y especial pronunciamiento, las siguientes:

1.- La Preclusión, alegada por Enersis S.A., fundada en la circunstancia de que, al ampliarse en su contra por el Fiscal Nacional Económico el requerimiento de fs. 950, ya se había cumplido respecto del requerimiento original de fs.554, formulado en contra de Endesa S.A., Transelec S.A. y Chilectra S.A., la evacuación de los traslados que se les habían conferido a estas empresas, e incluso se había recibido la causa a prueba, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil, no pudo ampliarse dicho requerimiento en contra de la referida empresa, en razón de haber vencido la oportunidad procesal para hacerlo.

2.- La Cosa Juzgada, planteada por la totalidad de las empresas requeridas, por concurrir respecto de la presente causa y la que dio origen a la Resolución N° 372, de 1992, la triple identidad a que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que en la actual causa se solicita la desconcentración del mercado eléctrico fundado en que la integración de las empresas requeridas sería contraria a la libre competencia, e idéntico fundamento se habría invocado para impugnar la adquisición de acciones de Endesa por parte de Enersis, materia que fue resuelta por la citada Resolución N°372, de 1992.

SEGUNDO: Que teniendo presente la entidad de las excepciones hechas valer por las requeridas, corresponde que ellas sean analizadas y resueltas antes de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la materia controvertida en estos autos, por lo que esta Comisión procederá de ese modo.

TERCERO: Que tratándose de la excepción dilatoria de preclusión, corresponde decidir si la ampliación del requerimiento en contra de Enersis debe ser declarada inadmisibles por haber operado la preclusión del derecho a formular dicha ampliación, o sí, atendida la naturaleza del requerimiento y de los procedimientos a que da lugar, tendientes a prevenir o sancionar actos contrarios a la competencia en las actividades económicas, dicha ampliación fue legalmente procedente, en razón de que no es posible asimilar los requerimientos del Fiscal Nacional Económico a las demandas de orden privado civil, respecto del cual está expresamente regulada la

7 3700

institución de la preclusión en el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil.

CUARTO: Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 letra P) del D.L. 211, de 1973, las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil rigen en forma supletoria en el procedimiento fijado en este artículo, en todo aquello que no sea incompatible con él.

Que el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil, por su parte, dispone que "Notificada la demanda a cualquiera de los demandados y antes de la contestación, podrá el demandante hacer en ella las ampliaciones o rectificaciones que estime convenientes".

"Estas modificaciones se considerarán como una demanda nueva para los efectos de su notificación, y sólo desde la fecha en que esta diligencia se practique correrá el término para contestar la primitiva demanda".

QUINTO: Que esta Comisión estima que el procedimiento contemplado en el artículo 18, inciso cuarto, del D.L. 211, de 1973, al cual se sometió la tramitación de esta causa, y los requerimientos del Fiscal Nacional Económico que le han dado origen, reúnen características especialísimas, que lo diferencian totalmente de los juicios que se inician por demandas civiles, lo que hace improcedente la excepción de preclusión alegada, la que en consecuencia, debe ser rechazada por esta Comisión.

Que, por lo demás, así lo entendió esta Comisión al tener por ampliado el requerimiento de fs.950, dar traslado del mismo y someterlo a tramitación legal, lo que significó aceptar su admisibilidad y procedencia procesal.

SEXTO: Que, en efecto, la disposición del artículo 261 del Código de Procedimiento Civil se aplica a los juicios civiles regidos por ese texto legal, y en los que la iniciativa procesal corresponde a las partes, quienes plantean sus acciones y excepciones en los escritos de demanda y contestación, oportunidad en la cual queda trabada la litis entre demandante y demandado.

Que la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil, que establece el art. 18 letra P) del D.L. 211, de 1973, sólo tiene lugar en la medida en que dichas disposiciones no sean incompatibles con las reglas de procedimiento y demás normas sustantivas contenidas en la legislación aprobada por el citado D.L. 211, de 1973, que por su carácter especial prevalecen sobre las normas generales de dicho Código.

Que en el procedimiento reglado por el art. 18 del D.L. 211, de 1973, no existen demandantes ni demandados en el sentido estricto, a que se refiere la legislación civil, que planteen controversias o conflictos de interés privado entre partes.

Que por el contrario, las disposiciones de ese texto legal regulan materias de orden público económico, respecto de las cuales esta Comisión está facultada para actuar de oficio y avocarse en virtud de sus propias atribuciones al conocimiento de los asuntos que le sean requeridos por el Fiscal Nacional Económico, los que además, resuelve en conciencia sin sujetarse a normas reguladoras de la prueba, en ejercicio de las amplias

facultades que reconocen a esta Comisión los artículos 9º, inciso final y 17 letra A), del D.L. 211, de 1973.

Que desde otro punto de vista cabe señalar que el artículo 17 letra A) del D.L. 211, de 1973, dispone que corresponde a esta Comisión conocer, de oficio o a solicitud del Fiscal, de las situaciones que pudieren constituir infracción a las normas sobre defensa de la libre competencia en las actividades económicas, con las más amplias atribuciones, incluyendo la de requerir el auxilio de la fuerza pública.

Que, a su vez, el artículo 18, inciso cuarto, letra B) de ese mismo cuerpo legal dispone que el procedimiento en cuestión debe iniciarse por requerimiento del Fiscal, o por el auto cabeza de proceso que dicta la Comisión.

Que las expresiones "actuación de oficio" y "auto cabeza de proceso" que emplean esas disposiciones, así como la naturaleza de las demás normas que regulan estos procedimientos, demuestran que estos procesos tienen un carácter inquisitivo, con una connotación más bien de orden penal que de un pleito civil entre partes que ventilan asuntos de carácter meramente privado.

Que, por otra parte, aún en el supuesto que fuere aplicable a los procedimientos del D.L. 211, de 1973, la disposición del artículo 261 del Código de Procedimiento Civil, cabe tener presente, que el artículo 84 de este Código dispone que un incidente de esta naturaleza debe ser promovido por la parte antes de hacer cualquiera gestión principal en el pleito, lo que no aconteció en el caso de Enersis S.A.

Que, en efecto, consta en autos que Enersis S.A. compareció al juicio el 11 de Diciembre de 1995, (fs.958), el 18 de Diciembre de 1995 (fs.960) y el 8 de Enero de 1996 (fs.962) limitándose en dichas oportunidades a solicitar copias de documentos y a pedir prórroga del plazo para contestar el traslado, sin plantear en sus escritos la inadmisibilidad del requerimiento por un defecto legal en el modo de proponer la demanda, lo que sólo hizo el 8 de Marzo de 1996 (fs.990) al evacuar dicho trámite.

Que, además, el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil señala que la nulidad procesal por vicios de procedimiento, puede ser declarada de oficio o a petición de parte, en los casos en se irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad.

Que, en el presente caso, en la tramitación de estos autos, Enersis S.A. no sufrió perjuicio procesal alguno, toda vez que tuvo y ejerció todos los derechos propios de un proceso bilateral civil y del debido proceso legal.

Que por estas razones, estima esta Comisión, en primer término, que la disposición del artículo 261 del Código de Procedimiento Civil es incompatible con el procedimiento establecido en el mencionado artículo 18 del D.L. 211, de 1973, por lo que no procede aplicar la institución de la preclusión a la ampliación del requerimiento formulado por el Fiscal Nacional Económico en el escrito de fs.950, y que, en todo caso, de ser aplicable dicha disposición, no puede acoger esta excepción dilatoria, por cuanto Enersis S.A. no alegó esta excepción oportunamente ni sufrió perjuicios que sean reparables con la nulidad del procedimiento.

SEPTIMO: Que tratándose de la excepción perentoria de cosa juzgada alegada por las requeridas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esta Comisión debe señalar que en la legislación civil la excepción de cosa juzgada es el efecto de verdad jurídica, indiscutible e inamovible, que la ley reconoce a las sentencias definitivas e interlocutorias a firme o ejecutoriadas, a fin de evitar que entre las mismas personas legales, sobre una misma cosa, materia o asunto, e invocando idénticas razones, vuelva a discutirse lo resuelto por una sentencia anterior.

Que sin perjuicio de señalar que, en principio, esta Comisión estima que es admisible la excepción de cosa juzgada respecto de la sentencia que dicte este Tribunal, por tratarse de una institución que tiene por objeto dar seguridad jurídica a los litigantes, a diferencia de la excepción de preclusión, que sólo tiene un carácter meramente formal, de orden procesal, en el caso particular de que trata la presente causa no procede aplicar el invocado artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, pues en la especie no concurre la triple identidad exigida por esta disposición legal para acceder a esta excepción, en especial, la cosa pedida y la identidad legal de personas.

Que en efecto, en el requerimiento fallado por la Resolución N° 372, de 1992, que invocan las denunciadas, se reprochó a Enersis S.A. una participación accionaria determinada en Endesa S.A., en su carácter de empresa generadora de energía eléctrica; en cambio, los requerimientos actuales, sometidos al conocimiento y resolución de esta Comisión, tienen un alcance más amplio, cual es impugnar la participación de la sociedad Enersis S.A. y de sus empresas relacionadas no sólo en las actividades de generación, sino también en las de transmisión y distribución eléctrica, vale decir, respecto de todos los segmentos o submercados que comprende esta actividad.

Que en consecuencia, no puede existir identidad de cosa pedida entre estos dos procedimientos, ya que mientras en uno de ellos lo pedido fue exclusivamente que Enersis S.A. no aumentara su participación accionaria en generación en Endesa S.A., de un 12,5% a un 20%, en la presente causa lo pedido ha sido la desconcentración de todo el mercado eléctrico tanto de generación como de transmisión y distribución de energía, a fin de que esas actividades sean desarrolladas por empresas independientes y patrimonialmente separadas unas de las otras.

Que, por ende, el beneficio jurídico inmediato pretendido por el requerimiento fallado por la Resolución N°372, de 1992, es distinto del perseguido por los requerimientos que han dado origen a la presente causa sometida a la resolución de esta Comisión.

Que en cuanto a la identidad legal de personas, cabe señalar que el requerimiento que sirve de antecedente a la citada Resolución N°372, de 1992, se siguió sólo en contra de la empresa Enersis S.A., a diferencia de los actuales requerimientos, que se instruyen, además, en contra de las empresas Endesa S.A., Transelec S.A. y Chilectra S.A., empresas que si bien son relacionadas entre sí, constituyen personas jurídicas distintas, y por ende, diferentes sujetos de derecho, por

lo que en estos procedimientos no figuran las mismas partes ni éstas actuaron en análoga calidad o condición jurídica.

Que por estas razones, la cosa pedida y la identidad legal de personas, tanto en el fondo como en la forma, no son las mismas en los procedimientos aludidos por las requeridas, los que sólo tienen en común la causa de pedir, ya que en ambos casos está constituida por el riesgo de comportamiento monopólico que se atribuye a las denunciadas.

Que no dándose los requisitos copulativos de la triple identidad que exige el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no procede dar lugar a la excepción perentoria de cosa juzgada alegada por las empresas eléctricas.

II. EN CUANTO A LAS TACHAS DE LOS TESTIGOS:

OCTAVO: Que sobre esta materia esta Comisión debe señalar que, sin perjuicio de valorar y apreciar la prueba en conciencia, y de fallar del mismo modo, tal como lo indica la letra K) del artículo 18 del D.L. 211, estima del caso dar a la prueba testimonial la ponderación objetiva que el legislador le ha otorgado, con el objeto de no desvirtuar tanto la calidad como el valor de la prueba de testigos en la aplicación del referido D.L. 211, de 1973.

NOVENO: Que en estos autos la Fiscalía Nacional Económica tachó a los testigos presentados por las empresas eléctricas, en las respectivas audiencias de prueba, que rolan a fs. 1331 y siguientes, y la empresa Enersis S.A., a su vez, tachó al testigo de la Fiscalía, de fs. 1491.

DECIMO: Que en relación con estas tachas esta Comisión sólo acoge las siguientes, por los motivos que en cada caso se indican:

1.- Que el testigo de Endesa S.A. Sr. Ernesto Fontaine Ferreira-Nóbriga, declaró a fs. 1337 que es Director de esa empresa y, a su vez, el testigo de Enersis S.A. Sr. Sergio Gutiérrez Irarrázaval declaró a fs. 1399, que es Director de Enersis S.A. y de Chilectra S.A..

Que la circunstancia de que las personas antes señaladas revistan la calidad de directores de las sociedades que los han presentado como testigos, cuya administración, representación y defensa de los intereses de dichas empresas les encomiendan expresamente los artículos 31, 33, 39, 40, 41 y 45 de la Ley N°18.046, les resta imparcialidad para declarar en esta causa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 358 N°6 del Código de Procedimiento Civil, en razón de que tienen un interés directo en sus resultados, en beneficio de las empresas que representan.

2.- Los testigos Sres. Marcos Zylberberg Klos, Gerente General de Chilectra S.A. (fs. 1427), y Guillermo Espinosa Ihnen, Gerente de Explotación de Transelec S.A. (fs.1436), carecen igualmente de la imparcialidad necesaria para deponer en este juicio. El primero, por ser representante legal de Chilectra S.A., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N°18.046, y por

haber comparecido en tal carácter a fs.683 a nombre de dicha empresa, evacuando el traslado al requerimiento del Fiscal y dando patrocinio y poder en esta causa. El segundo, por ser dependiente de la parte que lo presenta, y ambos por percibir remuneraciones por sus servicios en sus respectivas empresas. En estas condiciones, estas dos personas no son terceros extraños al juicio, sino que representan a la parte misma, por lo que no pueden declarar como testigos de su propia causa, por cuanto les afectan las causales de inhabilidades de los N°s 4 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

Que en cuanto a las demás tachas formuladas por la Fiscalía Nacional Económica y por Enersis S.A. a los testigos que depusieron en estos autos, esta Comisión las rechaza por estimar que los hechos invocados en cada caso no inhabilitan a dichas personas para prestar testimonio en esta causa.

III. EN CUANTO A LA OBJECCION DE DOCUMENTOS:

UNDECIMO: Que a fs. 1307 Enersis S.A. objetó los documentos acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fs. 1273, N°s 4 y 5, y la Fiscalía Nacional Económica, por su parte, objetó a fs. 2744 los documentos presentados por Enersis S.A., a fs. 1479, respectivamente.

DECIMOSEGUNDO: Que esta Comisión no da lugar a las objeciones de los referidos documentos, formulada tanto por Enersis S.A. como por la Fiscalía Nacional Económica, por cuanto estima que ellos no adolecen de falta de integridad ni son incompletos, como afirman los solicitantes.

IV. EN CUANTO AL FONDO:

DECIMOTERCERO: Que el Fiscal Nacional Económico ha solicitado a esta Comisión Resolutiva que disponga la desconcentración de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central (SIC), lo que implica que la empresas Endesa S.A., Transelec S.A. y Chilectra S.A., contra las cuales va dirigido específicamente el requerimiento que motiva esta causa, no continúen integradas verticalmente, figura que se origina en el control accionario que de ellas tiene la sociedad Enersis S.A., y que otros participantes del mercado, actuales o potenciales, queden impedidos de desarrollar estrategias de integración vertical. La motivación básica del Fiscal Nacional Económico para hacer este requerimiento deriva de la percepción que el sector eléctrico es uno "donde las imperfecciones del mercado abundan, y en que la desconcentración de la propiedad de los medios de generación y la creación de inversión privada competitiva será posible en la medida en que la situación de monopolio natural de los sistemas de transmisión y distribución no cree barreras a la entrada o a la operación en la actividad de generación eléctrica."

DECIMOCUARTO: Que la evidencia acumulada, por una parte, en los estudios económicos del sector eléctrico, realizados tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo y los acumulados a la causa; y, por la otra, la evidencia que nace del avance hacia la desregulación que están realizando alguno de los primeros; han generado una caracterización de esta actividad sobre la que existe bastante consenso actualmente.

Que, en esencia, esta percepción es que las actividades de transmisión y distribución tienen, en grado importante, características de monopolio natural, es decir presentan funciones de producción con rendimientos crecientes a escala, mientras el proceso de generación es susceptible de competencia entre empresas de muy diverso tamaño, debido, esencialmente, al desarrollo de tecnologías que han posibilitado la entrada de nuevos generadores al mercado a escalas de producción relativamente modestas. Un rol principal cabe aquí al perfeccionamiento de turbinas a gas de ciclo simple y combinado, lo que unido a la baja del precio relativo de ese combustible en los mercados internacionales, situación que la información disponible actualmente indica que se mantendrá en el mediano y largo plazo, ha dado a este tipo de plantas generadoras una notable capacidad de competencia frente a las opciones que a ellas existen.

DECIMOQUINTO: Que asimismo, la noción tradicional respecto a la organización óptima del sector eléctrico, visión que sólo recientemente ha comenzado a ser cuestionada, ha sido que dada las especiales características de las inversiones en generación y transmisión, la naturaleza multiproducto de la oferta de una empresa eléctrica y la incertidumbre que caracteriza tanto la oferta como la demanda de electricidad a lo largo de un período de tiempo, incluso a veces bastante corto; existirían costos significativos asociados con la realización de contratos bilaterales eficientes entre unidades de generación y transmisión descentralizadas. Dado esto, la integración vertical entre generación y transmisión sería la forma más eficiente de organizar estas actividades.

Que por otro lado, la evidente necesidad de coordinación del flujo de producción de un sistema que no tiene posibilidad económica de mantener un inventario de su producto final y que se distribuye hacia los consumidores últimos por una compleja red de transmisión, donde la acción de un agente en una parte de ella tiene efectos instantáneos sobre todo el resto del sistema sujeto a interconexión, sugiere que existen economías relevantes asociadas con la integración horizontal, o al menos la coordinación, de las unidades de generación y transmisión en un sistema determinado; función, esta última, que en Chile cumple el Centro de Despacho Económico de Carga, CDEC.

Que respecto a la distribución de energía eléctrica a los consumidores finales, el enfoque convencional ha sido que su integración vertical con las otras dos etapas del proceso productivo, es parte también de una solución eficiente a la actividad sectorial. Apoyando esta hipótesis existen diversos estudios econométricos que concluyen que la desintegración

vertical de los tres segmentos básicos de esta actividad, acarrearía pérdidas significativas de eficiencia.

Que, en síntesis, el sector eléctrico ha sido hasta hace muy poco visto como uno en que la integración vertical entre generación, transmisión y distribución, y la integración horizontal entre plantas generadoras de un mismo sistema, representa la organización industrial más eficiente.

DECIMOSEXTO: Que en diversos países en el mundo actualmente, a lo que el nuestro no es una excepción, la visión anterior está siendo desafiada con diversos argumentos y resultados. De todo este proceso, y especialmente de la evolución efectiva de distintos arreglos institucionales, quizás la conclusión más nítida que hasta ahora aparece es que la integración vertical de la etapa de distribución con la de generación no es prerequisite para la eficiencia, contrariamente a lo sostenido en algunos estudios que rolan en autos. Los contratos de largo plazo entre las distribuidoras y las generadoras independientes se han convertido en opciones eficientes para resolver los problemas asociados a las particulares características del ajuste de la provisión de este bien a su demanda, y han ampliado las opciones de competencia en generación al reducir el riesgo asociado con la irrecuperabilidad de los costos de inversión en esta actividad.

Que esto es, sin embargo, distinto de afirmar que tal integración es neutral respecto a los resultados. La posición de la Fiscalía Nacional Económica en esta causa es que tal proceso de integración vertical amplio es nocivo al bienestar de la comunidad e ineficiente para la asignación de recursos del país, centrando este Organismo su argumento en las posibilidades de comportamientos anticompetitivos a que esta integración de las empresas eléctricas podría dar lugar.

DECIMOSEPTIMO: Que respecto de esta afirmación, esta Comisión formula las observaciones que en los considerandos siguientes se expresan.

Que si bien en la prueba rendida en la causa no se acreditó ninguna conducta concreta de abuso de poder de mercado, siendo por ello los argumentos principales del requirente sólo distintas hipótesis respecto a situaciones probables de riesgo de comportamiento anticompetitivo, la importancia de la materia para el desarrollo futuro de la economía nacional, asunto sobre el que hay consenso, y sus atribuciones legales, motivan a esta Comisión Resolutiva a efectuar un análisis detallado de las diferentes opciones esgrimidas por las partes en el desarrollo de la causa.

Que en efecto, es parte fundamental del rol que la ley asigna a los organismos antimonopolios en general, y a la Comisión Resolutiva en particular, el prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera cuando se las compara con estructuras de mercado alternativas y eficientes.

DECIMOCTAVO: Que el sector eléctrico chileno presenta un grado relevante de integración vertical entre los principales operadores. En generación, Endesa, incluido

Pehuenche que pertenece en un 92,55% a ésta, tiene una participación en el mercado cercana al 60%, siendo los otros dos principales generadores las empresas Chilgener (22%) y Colbún (12%), ambas independientes entre sí y de Endesa. A su vez, Endesa es propietaria en un 99,99% de Transelec, empresa de transmisión que concentra el 44% del total de kilómetros de líneas de transmisión del SIC y un 37% de la capacidad total en MVA de transformación eléctrica de este sistema. Sin embargo, su participación se concentra en las principales líneas y unidades de transformación de ese sistema, donde posee el 100%, 73%, y 70% de las líneas de 500 kV., 220 kV., y 154 kV., respectivamente; y el 100%, 37% y 34% de la capacidad total de transformación en MVA en 500 kV., 220kV y 154 kV, respectivamente. Estas empresas de generación y transmisión integradas se encuentran, a su vez, ligadas a la mayor distribuidora del país, Chilectra S.A., vía la participación de Enersis S.A. en la propiedad de cada una de ellas. En efecto, a septiembre de 1996, esta última empresa era propietaria del 25,28% de Endesa, y, por ende, de igual porcentaje de Transelec y de un 23,3% de Pehuenche; y de un 74,65 de Chilectra S.A..

DECIMONOVENO: Que reconociendo que existen áreas de actividad y segmentos de mercado donde la competencia no es todavía posible, dadas las características de las funciones de producción, la autoridad ha elaborado un sistema de regulación que busca hacer más eficiente la actividad del sector eléctrico.

Que en función a las características de monopolio natural de la distribución de electricidad, ella se ejecuta en base a concesiones para una empresa que es, habitualmente, monopolio en un área geográfica, aunque la ley permite la superposición de concesiones en un mismo territorio; esta empresa monopólica queda sujeta, a su vez, a regulación de precios para los clientes con necesidades de consumo menores a 2.000 kW de potencia. En este caso, el precio fijado por la autoridad corresponde al que determina un modelo de empresa eficiente, y que considera la suma del precio de nudo establecido por la autoridad para la venta de electricidad de las generadoras a las distribuidoras, más un valor agregado por concepto de distribución. Para los consumidores que por su tamaño son considerados con capacidad de negociación frente a las empresas eléctricas, es decir aquellos que tienen más de 2.000 kW de potencia conectada y para los que puede, por lo mismo, ser rentable la autogeneración, el precio de la energía es libre y es determinado en el proceso de negociación entre las partes; las que para estos efectos pueden ser el distribuidor de la zona en que se encuentra el consumidor, si es que tal existe, o un generador directamente.

Que el tamaño del mercado de clientes libres en el SIC es significativo, llegando en la actualidad a representar algo más del 25% de las ventas totales en ese sistema. Por otra parte, la participación de las distintas generadoras en el mercado de clientes libres, del cual éstas captan alrededor del 75%, siendo el resto cubierto por distribuidoras y cooperativas; ha presentado variaciones relevantes en la última década, reduciéndose la participación de Endesa y sus coligadas, a cerca de 70% del total, y la de Colbún, a cerca del 3%;

aumentando, en cambio, la de Chilgener, a casi 14%, y la de Hidroeléctrica Guardia Vieja a algo más de 10%.

VIGESIMO: Que el segmento de la transmisión, que la ley obliga a interconectar a cualquier usuario potencial que lo solicite, en tanto cumpla el entrante con condiciones de seguridad, que la ley, sin embargo, no define; y exista capacidad disponible para satisfacer la nueva demanda de transporte, condición que evalúa el transmisor; se encuentra regulado en términos de los conceptos que puede incluir en los precios que cobra a las empresas que solicitan sus servicios. Específicamente, el pago al transmisor es la sumatoria de un ingreso tarifario y peajes básicos y adicionales, según corresponda. La ley eléctrica establece que cuando una central generadora está conectada a un sistema eléctrico cuyas líneas de transmisión en el área pertenecen a un tercero, se debe asumir que aquella hace uso de tales instalaciones de transmisión en lo que se define como su "área de influencia". Esta, por su parte, corresponde al conjunto de líneas, subestaciones y demás instalaciones del sistema eléctrico directa y necesariamente afectado por la inyección de potencia y energía de la central en cuestión. Como se verá, esta definición de área de influencia es central a la remuneración que recibe el transmisor.

Que el ingreso tarifario, primer concepto en tal remuneración, se define como la diferencia entre los costos de pérdidas marginales y los costos de pérdidas medias que resultan de la inyección de energía y potencia en los distintos nudos de la red eléctrica. Estos corresponden a los costos variables del sistema de transmisión, y su característica básica es que los primeros son mayores que las pérdidas medias, por lo que la empresa transmisora no puede con éste cubrir sus costos. Dado eso, los peajes tienen como rol lograr una remuneración competitiva de este servicio, estableciendo la ley que la tasa de retorno de la empresa de transmisión debe ser de 10% sobre el capital. El peaje básico se calcula, entonces, de modo que la empresa de transmisión cubra su costo de oportunidad medio, determinándose un valor para cada empresa generadora en su área de influencia, a prorrata de las potencias máximas transitadas respecto a la potencia máxima transitada total. El pago de este peaje habilita al generador para servir clientes o transferir electricidad en cualquier punto de la red dentro de su área de influencia sin costos adicionales. En el cálculo del peaje básico, equivalente a un derecho de interconexión, se descuenta el valor alcanzado por el ingreso tarifario. Finalmente, el peaje adicional es el cargo que enfrentaría un generador que desea hacer uso de sus instalaciones fuera de su área de influencia. Considera las líneas de transmisión de alto voltaje que se requieren para llegar a clientes que están localizados fuera de tal área, como también las líneas de subtransmisión que se necesitan para alcanzar clientes específicos cerca del área de influencia.

Que con estos tres tipos de remuneración la empresa transmisora debe cubrir sus costos, que se definen compuestos por la anualidad del valor nuevo de reemplazo, los costos de operación y mantenimiento, que corresponden a los costos fijos del sistema, y los costos

variables ya citados. La anualidad se calcula para un período de 30 años y a una tasa de descuento de 10% sobre el valor nuevo de reemplazo, es decir, el costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos destinados a la transmisión y otros gastos necesarios para poder establecer la red. Los costos de operación y mantenimiento corresponden, como su nombre lo dice, a los gastos anuales en que la empresa de transmisión incurre para operar y mantener operativa la red.

VIGESIMOPRIMERO: Que si bien la ley es explícita en la descripción de los ítem de costos que se deben considerar para el cálculo de los pagos al sistema de transmisión, no lo es respecto a los valores efectivos en un caso y momento determinados. De hecho, es la empresa que provee el servicio de transporte la que tiene asignado el rol de calcular el valor de peajes y de los parámetros utilizados para ello, es decir, área de influencia, valores nuevos de reemplazo y prorratas. El transmisor está obligado, no obstante, a publicar los elementos que forman la base de sus cálculos y a actualizar, máximo cada cinco años, los valores nuevos de reemplazo y los costos de operación y mantención. La ley, por lo tanto, no fija un precio a cobrar por este servicio, sino un procedimiento para la obtención de tales valores. Adicionalmente, dado el rol preponderante de la empresa de transmisión en la definición del precio de sus servicios, la ley contempla, también, la instancia de negociación y, de no existir acuerdo entre las partes, de arbitraje por parte de un tribunal arbitral, que fallaría, en definitiva, sobre los valores a pagar a ésta. Evidentemente, dado que los conceptos que forman el centro del proceso de cálculo de estos precios son objetos opinables, en la práctica las empresas han recurrido a la instancia arbitral en cierto número de oportunidades, pero los desacuerdos transitorios, que han existido y pueden ocurrir en el futuro, no habilitan al transmisor a cortar el servicio de transporte de energía al generador involucrado. Esto último reviste importancia crucial, ya que atenúa notablemente la fuerza de la amenaza de uso de posición dominante que pudiese hacer la empresa de transmisión.

VIGESIMOSEGUNDO: Que en la medida que la legislación vigente tampoco define los estándares de seguridad ni criterios objetivos para determinar la existencia de capacidad disponible de transporte, existe allí un área más de posible conflicto entre las partes. Si el transmisor estima que cierta interconexión afecta negativamente las condiciones de seguridad de la red, puede rechazarla. Asimismo, si el transmisor considera que no hay capacidad disponible, la ley no lo obliga a realizar las ampliaciones necesarias. El potencial usuario deberá, entonces, negociar libremente con la empresa transmisora la ampliación de la capacidad, siendo su alternativa la construcción de su propio tendido paralelo. El problema es, no obstante, de particular complejidad, ya que la ampliación de una red tiene externalidades que son difíciles de distribuir entre los participantes actuales y potenciales en ella.

VIGESIMOTERCERO: Que la etapa de generación de electricidad, a la cual la ley otorga libre entrada,

enfrenta regulación de sus precios en la parte que vende a los distribuidores y que está destinada a pequeños clientes. Este precio fijado corresponde al "precio de nudo", el cual se compone del precio básico de la energía y potencia y un factor de penalización definido por las pérdidas marginales de transmisión. El precio básico es un promedio de mediano plazo del costo marginal de corto plazo de generación de las empresas del CDEC y es estimado por la Comisión Nacional de Energía sobre la base de la producción marginal de potencia y energía necesaria para abastecer la demanda del área metropolitana de Santiago. El factor de penalización, por su parte, corresponde a las pérdidas de transmisión originadas desde el nudo para el cual se define el precio básico y el nudo en que el generador inyecta energía a la red. Los precios de nudo están sujetos, no obstante, a una condición adicional y es que el cálculo de la autoridad regulatoria debe ser comparado con el promedio de precios de los contratos en el mercado de grandes clientes, donde funciona un sistema de precios libres. Si el precio de nudo calculado es mayor o menor en un 10% al precio libre, el de nudo deberá ajustarse para coincidir con el límite relevante de la banda. Cuando el generador vende a grandes clientes directamente o a un distribuidor que abastece a éstos, el precio de esa transacción se determina por negociación entre las partes. Un generador también puede vender a otros generadores en el CDEC, transacción que se realiza a un precio igual al costo marginal instantáneo de energía del sistema y que calcula ese organismo, o en contratos de suministro de bloques de energía a éstos a precio libre.

VIGESIMOCUARTO: Que de lo señalado resulta evidente que la regulación que la autoridad hace del sector eléctrico impide comportamientos oportunistas o abusivos relevantes en el mercado de los clientes de precio regulado. Es, por ello, el mercado de clientes libres aquél donde podría existir incentivo a acciones anticompetitivas de las empresas ubicadas en los tramos de transmisión y distribución, ya que siendo la generación una actividad competitiva, no existe poder en los generadores para afectar las condiciones en que opera su propio segmento del mercado y, muy difícilmente, las que existen en los otros. Para dimensionar la magnitud del posible impacto de estrategias anticompetitivas de transmisores y distribuidores, es importante tener en cuenta, que la generación, en forma directa, representa en promedio alrededor del 60% del costo total de la electricidad puesta en el lugar de consumo. La transmisión y la distribución juntas llegan a cerca de 15% de ese costo. Es claro, entonces, que la orientación del proceso discriminador sería a la reducción de la competencia en generación. Así también, el énfasis de la autoridad debe estar puesto en promover la competencia en aquella si se desea obtener los mayores logros de bienestar en el largo plazo.

Que resulta esencial a la configuración de un esquema completo de las interrelaciones que se producen al interior del sector eléctrico, analizar los incentivos a desarrollar estrategias anticompetitivas que podrían tener sus distintos actores, dadas la regulación hoy vigente y las especiales condiciones de cada segmento del mercado.

VIGESIMOQUINTO: Que la parte requirente en esta causa ha sostenido que: "La participación de Enersis en la propiedad de Chilectra y en Endesa, aumenta el riesgo de comportamiento oportunista que afecta a potenciales nuevas empresas generadoras que deseen ingresar al sector. Ello, debido a la posibilidad que Chilectra establezca contratos que privilegien a los generadores en que posee un interés, en detrimento de sus competidores..." Este juicio es parcialmente compartido por la autoridad sectorial en su informe que rola a fs.3268 y siguientes cuando afirma que: "La existencia de una sola empresa por área de distribución otorga a ésta un elevado poder de negociación frente a las diferentes empresas generadoras que le proveen de energía y potencia. Dicho poder puede inducirla a contratar preferentemente con aquellas generadoras que renuncien a competir con ella por el suministro a los clientes situados al interior de su zona de distribución. Al no existir una adecuada regulación, la empresa distribuidora puede tratar de mantener cautivos a dichos clientes no regulados, impidiendo, o al menos dificultando que los generadores puedan abastecerlos directamente mediante el empleo de su red de distribución."

Que el argumento central en que se funda la Fiscalía es, por lo tanto, que el distribuidor es capaz, y le es rentable, levantar barreras a la entrada de generadores independientes. En el análisis de este tema es clave destacar, en primer lugar, que dentro del sector eléctrico, las empresas distribuidoras son las únicas que están obligadas por ley a prestar servicio en su área de concesión a quien se lo requiera. Tal disposición motiva a la distribuidora a asegurarse el aprovisionamiento de la energía y potencia necesarias, dado que el incumplimiento de sus obligaciones legales la hace acreedora a fuertes sanciones, y a realizar las inversiones en líneas de subtransmisión y en subestaciones requeridas para entregar el suministro en las condiciones de calidad que la ley exige. Esto tiene una consecuencia directa sobre las políticas óptimas de abastecimiento de una empresa que presente un grado normal de aversión al riesgo y que es maximizadora de beneficios, cual es la diversificación de sus fuentes de obtención de la energía y potencia requerida por sus demandantes. Refuerza esta política el hecho que las generadoras en Chile tienen un alto grado de concentración en alguna fuente de energía; mientras unas obtienen electricidad a partir de movimiento generado por caídas de agua, otras lo hacen con carbón y, prontamente, con gas natural. Las hidroeléctricas, por su parte, tienen distintos comportamientos entre ellas debido a que están localizadas en hoyas hidrológicas con características muy dispares.

Que la evidencia acumulada en la causa demuestra que Chilectra S.A. mantiene contratos de largo plazo con todos los principales generadores del Sistema Interconectado Central, sin percibirse de la participación de cada uno ningún sesgo indicador de alguna forma de discriminación arbitraria. En efecto, siendo la participación de cada generador en la energía firme del SIC aproximadamente un 23% en el caso de Chilgener, 54% de Endesa, 10% de Colbún y 13% de Pehuenche, sus ventas a Chilectra S.A. alcanzan a 28% del

total de las compras de ésta, en el caso de Chilgener, 37% en el caso de Endesa, 12% en el de Colbún y 19% en el de Pehuenche. Esto significa que las coligadas, que tienen algo más del 60% de la generación en el SIC, representan alrededor del 55% del abastecimiento de Chilectra S.A..

Que la falta de un incentivo suficientemente poderoso para que Chilectra S.A. se coluda con los generadores relacionados deriva, entonces, tanto de la reglamentación que la rige como del hecho que no tiene ninguna posibilidad, vía esta acción, de monopolizar el mercado de la generación y traspasar, finalmente, el costo de la discriminación actual a que se tendría que abocar, a sus clientes finales. No obstante, el que ésto haya sido un argumento de la causa es indicador que existen severas asimetrías de información entre las empresas participantes en el mercado que es conveniente resolver.

Que así como la evidencia rechaza el argumento de una política general de contratos de abastecimiento sesgada hacia las generadoras relacionadas, tampoco permite afirmar que tal política esté formulada para levantar una barrera a la competencia en el mercado de clientes libres situados en el área de concesión de la distribuidora. Es posible que la distribuidora posea una ventaja natural sobre los generadores para satisfacer a los clientes dentro de su zona de concesión, lo que derivaría de condiciones de mercado legítimas, pero si intentase usar esa ventaja, que se traduce en algún poder de mercado, para frenar la entrada de algún generador hacia un cliente, aprovechando los espacios de indefinición que tiene la regulación actual respecto a precios y condiciones de seguridad, esta legislación contempla, sin embargo, instancias de arbitraje y judiciales para la solución de discrepancias, cuya operación no faculta al distribuidor para impedir la interconexión del generador interesado a su red. Más aún, la ley impone a la empresa distribuidora la obligación de permitir el uso de sus instalaciones para que terceros puedan acceder a los clientes libres localizados en su zona de concesión. De esta forma, la capacidad efectiva del distribuidor de restringir la entrada se ve severamente limitada.

VIGESIMOSEXTO: Que en el segmento de transmisión, al cual la ley también otorga libre entrada, las posibles conductas de abuso de poder de mercado se han identificado, por el requirente y la autoridad sectorial, principalmente, en el transporte en alta tensión, ya que la situación en subtransmisión tiene características relativamente competitivas.

Que las más relevantes de estas conductas corresponderían a discriminación contra generadores no relacionados utilizando las imprecisiones en la normativa vigente respecto a peajes, áreas de influencia y valores nuevos de reemplazo; manejo arbitrario de plazos para informar las condiciones de transporte y potencial arbitrariedad respecto a la determinación de capacidad disponible de transmisión. Transelec S.A., en tanto virtual monopolio en la transmisión y transformación de alta tensión efectivamente tiene un incentivo para discriminar en precios y otras variables que definen su servicio, entre distintos generadores. Esta

discriminación no implica cobrar menos que el costo efectivo a las empresas relacionadas, sino cobrar más a otras. Tal poder ha estado limitado, sin embargo, por las razones dadas en el considerando vigésimoprimer.

Que si bien ninguna de esas figuras ha quedado acreditada en la causa, es evidente que la regulación actual de la transmisión eléctrica tiene vacíos de cierta consideración que pueden afectar el desarrollo futuro del mercado, quizás, más que por la factibilidad real de ejecutar acciones discriminatorias, por la relativamente compleja solución de crecimiento de la red existente. De hecho, aún cuando no puede descartarse que acciones de abuso de poder de mercado pudiesen haber ocurrido en el pasado, la capacidad de la empresa de transmisión de hacer uso de algún poder de mercado en el futuro se ve notablemente constreñida con la aparición en poco tiempo más de centrales generadoras a gas natural que se instalarán en las proximidades de los centros de consumo, tornando así, en muchos casos, irrelevante el proceso de transporte como hoy éste existe.

Que si bien los estudios presentados en la causa sugieren que una actividad de transmisión regulada sería más eficiente que una desregulada, esta Comisión Resolutiva está consciente que es posible la construcción, al menos teórica, de modelos en que se resuelve la operación de transporte de electricidad vía un mecanismo de mercado que, bajo determinadas condiciones, da una solución al problema de externalidades implícito en la inversión en una fracción de una compleja red de interconexión, que afecta, por ello, a múltiples actores; y que representa una barrera tanto o más relevante para la introducción de competencia a la actividad, que la presencia de economías de escala en la inversión física. Tales modelos implican la emisión de derechos de transmisión transables entre las firmas necesitadas de este servicio y la vigencia de una regla de transacción que es dependiente del estado del sistema y evoluciona continuamente en el tiempo junto con los cambios que experimenta el uso de la red. Sin embargo, estos modelos se encuentran todavía en sus etapas iniciales de desarrollo, por lo que aspectos relevantes del comportamiento de largo plazo de un sistema dinámico como es éste, no están todavía satisfactoriamente resueltos.

Que, así, el escenario de mediano plazo que la prudencia sugiere seguirá siendo uno en que la transmisión se realizará con la regulación de la autoridad; regulación que en el caso de Chile es susceptible de mejoras significativas hoy conocidas por todos los agentes involucrados y que sin eliminar la necesaria flexibilidad, eviten la injustificada arbitrariedad.

VIGESIMOSEPTIMO: Que por todas las consideraciones anteriores, esta Comisión Resolutiva ha llegado a la convicción que en el desarrollo del sector eléctrico la actual estructura de propiedad que presentan las empresas dominantes, no es un factor relevante y determinante que, por si solo, afecte la competencia, o que tienda a ello, en tanto se asegure en la legislación libre entrada a la actividad y condiciones homogéneas para todos los participantes respecto a los segmentos todavía no competitivos del mercado. En la relación de los

generadores con estos últimos, la realización de contratos libremente pactados entre las partes y sustentados en parámetros que la autoridad debe exigir sean iguales para todas las empresas situadas en condiciones semejantes, resuelven, sino todos, al menos la mayoría de los problemas ligados a la eficiente coordinación actual de la producción, transporte y distribución de electricidad y sus más importantes vías de desarrollo de largo plazo. Por esto, la desconcentración compulsiva del sector eléctrico nacional, no está en el fondo de los problemas que éste ha enfrentado, no es la solución a los actuales, ni permite esperar un aumento de la eficiencia de esta actividad en el futuro.

Que lo dicho no significa, por supuesto, que sea opinión de esta Comisión Resolutiva, que las condiciones en que operarán los distintos actores del mercado eléctrico en el futuro previsible sean tales que la sola acción de un mercado libre pueda conducir a una solución eficiente en todos los ámbitos requeridos. Si implica, en cambio, que, para esta Comisión, debe motivarse la acción del mercado en el mayor número de instancias posibles, y que debe velarse porque tal mercado funcione lo más competitivamente factible, ya que la regulación administrativa no será nunca más que un lejano sustituto de él.

Que en la eficiencia con la cual puede operar el mercado eléctrico en el futuro, cabe, por lo antes dicho, un rol destacado a los Organismos Antimonopolios; rol que también les cabe en cualquier otra actividad en que el dinamismo de los desarrollos tecnológicos y de las conductas estratégicas sea tal que, conceptos y estructuras hoy aceptados, pueden al poco tiempo ser desechados por ineficaces.

Por estas consideraciones, y teniendo presente, además, lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, su legislación complementaria, y los artículos 17 y 18 del Decreto Ley N° 211, de 1973, esta Comisión resolviendo en conciencia, de acuerdo con lo señalado en el citado artículo 18 letra K) de este último cuerpo legal,

DECLARA:

1.- Que no ha lugar a las excepciones de preclusión y cosa juzgada alegadas por las empresas eléctricas requeridas, a que se refieren los considerandos primero a séptimo de esta resolución.

2.- Que se acogen las tachas opuestas por la Fiscalía Nacional Económica a los testigos que se individualizan en el considerando décimo de esta resolución.

3.- Que no ha lugar al requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico de fs.554, ampliado a fs.950, y a la denuncia formulada por don Ramón Briones Espinosa, en cuanto solicitan que esta Comisión disponga la desconcentración y descentralización de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central (SIC), mediante la creación de empresas con patrimonios independientes y administración separada.

4.- Que, sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, esta Comisión, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 17 inciso segundo, letra b), del Decreto Ley N° 211, de 1973, y reconociendo la existencia en el mercado eléctrico de diversas áreas de conflictos actuales y potenciales que derivan de lo imperfectamente competitivo que son algunas de sus actividades, la incompleta regulación del sector para las realidades actuales, y la asimetría de información que caracteriza la situación de los distintos participantes en estas actividades, estima necesario formular las siguientes instrucciones de carácter general, destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico:

4.1. La autoridad debe promulgar a la brevedad el reglamento del sector y promover las modificaciones legales que correspondan con el objeto de resolver los problemas de ambigüedad hoy existentes y que dicen relación, muy especialmente, con la regulación del proceso de uso, tarifas y peajes de las redes de transmisión, tanto troncales como de los distribuidores. De igual modo, la autoridad deberá estar siempre atenta a ampliar los espacios de competencia en el sector, cada vez que ello sea posible.

4.2. Las asimetrías de información entre los distintos actores del mercado frente al transmisor en alta tensión, hacen necesario que la empresa Transelec S.A. se transforme, en la forma que definan sus accionistas y en un lapso prudente, en dueña de los activos de transmisión que hoy administra y en sociedad anónima abierta de giro exclusivo, así como lo deberán ser las demás empresas que entren a esta actividad en el futuro, estén o no relacionadas con empresas en otros segmentos del mercado eléctrico.

4.3. La falta de un procedimiento que asegure el eficaz crecimiento de la red troncal cuando ello sea requerido, hace conveniente que la empresa de transmisión se abra a la participación accionaria de terceros, generadores o no, interesados en tales ampliaciones.

4.4. Por último, 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 cualquiera posibilidad de discriminación arbitraria e ilegítima, traspasando a los usuarios los eventuales menores costos derivados de este sistema de compras.

Se previene que el Ministro Sr. Enrique Zurita Camps no comparte los considerandos séptimo y décimo, y el miembro de la Comisión Sr. Arturo Yrarrázaval Covarrubias, los considerandos quinto, sexto, séptimo y

décimo de esta resolución, y que las decisiones Nros.1 y 2 fueron acordadas con los votos en contra de ambos, por estimar, el primero, en lo que respecta a la excepción perentoria de cosa juzgada alegada por las requeridas, que procede acogerla, y rechazar en su totalidad las tachas deducidas en contra de los testigos que depusieron en autos; y el segundo, por estimar que procede acoger tanto la excepción de preclusión como de cosa juzgada alegadas por las denunciadas, y rechazar la totalidad de las tachas opuestas, en razón de los siguientes fundamentos, respectivamente:

D.Enrique Zurita Camps.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada.

1.- Que se ha opuesto por las requeridas la excepción de cosa juzgada, ya que en su concepto lo decidido en la Resolución N° 372, de 1992, hace improcedente el presente requerimiento, puesto que el anterior, fallado por la resolución mencionada, tenía como fundamento último el peligro de atentados contra la libre competencia, argumento que nuevamente sirve de fundamentación al actual y a su ampliación.

Que tanto el denunciante como el señor Fiscal Nacional Económico piden el rechazo de esta excepción, tanto por no concurrir la triple identidad exigida por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, como por estimar, en especial el Sr. Fiscal que el requerimiento es el cumplimiento de una orden expedida por la Excma. Corte Suprema al rechazar el recurso de queja deducido en contra de la Resolución N°372.

2.- Que los procesos emanados de las disposiciones del D.L. 211, de 1973, no son idénticos en propósitos y tramitación a los de la jurisdicción privada civil y la Comisión Resolutiva está investida de las más amplias facultades tanto en la apreciación de los hechos, la ponderación de las pruebas rendidas y por último para fallar en conciencia.

Que atento a lo que se ha reseñado en el fundamento que precede, es útil analizar tres presupuestos previos: Si existe la triple identidad que señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; si debe exigirse esta identidad, en el caso de autos, con la misma rigurosidad de la ley procesal civil y si es efectivo que la Excma. Corte Suprema ordenó un nuevo requerimiento.

Que despejando las incógnitas que surgen de las interrogantes planteadas en el motivo anterior, procede acoger la excepción perentoria de cosa juzgada alegadas por las empresas eléctricas, en razón de que la identidad de personas, cosa pedida y causa de pedir existe, ya que quien pide es el Fiscal y el denunciante, a quienes se pide es al grupo de empresas eléctricas que o son propiedad de Enersis o están bajo su control y la cosa pedida como causa última y finalista es decretar las medidas que prevengan la posible realización de actos que atenten contra la libre competencia.

Que por último del examen de la resolución de la Excma. Corte Suprema que junto con rechazar el recurso de queja deducido contra la Resolución N°372 que había desechado un requerimiento anterior en contra de Enersis -también formulado por el abogado señor Briones y el señor Fiscal Nacional Económico- instruyó al Fiscal para que observara el comportamiento del respectivo mercado, cabe concluir que dicha sentencia no contiene una orden para iniciar un nuevo requerimiento, ya que la instrucción era una decisión accesoria y que debía cumplirse si se comprobaba alguna conducta monopólica.

Que no lo entendió así el Fiscal de la época, que junto con ponerse el cúmplase al rechazo del recurso del queja, inmediatamente después presentó el actual requerimiento.

3.- Que por estas consideraciones corresponde acoger la excepción perentoria de cosa juzgada planteada por las empresas requeridas.

En cuanto a las tachas.

1.- Que en cuanto a las tachas de los testigos todas ellas se fundan en las vinculaciones que tendrían los testigos con las empresas requeridas, y además en la apreciación que se ha hecho en una de las alegaciones orales, de que estos testigos no testimoniaban como tales, sino que expresaban sus opiniones acerca de las ventajas o desventajas de la integración vertical.

Que dadas las características del tema debatido en estos autos resulta efectivo que los testigos, en su gran mayoría han emitido opiniones avaladas según ellos por sus conocimientos o por sus títulos profesionales, en pro o en contra de determinadas maneras de organizar el mercado eléctrico.

2.- Que en estas condiciones, procede rechazar todas las tachas y ponderar el valor de los testimonios en cada caso según las circunstancias profesionales, laborales u otras que dentro de su facultad para apreciar en conciencia y fallar del mismo modo, tiene esta Comisión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 letra K) del D.L. 211, de 1973.

D. Arturo Yrarrázaval Covarrubias.

En cuanto a las excepciones de preclusión y cosa juzgada.

1.- Que la ley de defensa de la libre competencia estableció una serie de mecanismos tanto administrativos como jurisdiccionales encaminados a garantizar la libre competencia. La ley ha supuesto la implantación de un verdadero sistema procesal, orientado a garantizar las reglas básicas para el correcto funcionamiento de los mercados, siendo necesario distinguir en el orden procesal dos grandes grupos de materias. Por un lado, aquellas acciones de carácter penal, que pueden iniciarse exclusivamente por denuncia o querrela formulada por el Fiscal Nacional, en todo caso a

requerimiento previo efectuado al Fiscal Nacional Económico por la Comisión Resolutiva, para perseguir el delito de monopolio del artículo 1º de la Ley. Por otro lado, se encuentran las acciones civiles para la protección de la libre competencia las que se encuentran reglamentadas en el artículo 17 letra a) números 1, 2, 3 y 4. La distinción que resulta del texto de la Ley entre las acciones civiles y penales tiene una enorme importancia práctica en materias tales como las reglas de procedimiento, la competencia y la cosa juzgada.

2.- Que la terminología legal tiene algunas acepciones propias del ámbito procesal penal. El artículo 18 letra B) de la Ley establece que las acciones se ejercen a requerimiento del Fiscal Nacional y que el "auto cabeza de proceso" junto con el "requerimiento" se mandará poner en conocimiento de las personas a quienes afecte. A pesar de la manifiesta imperfección en el uso del lenguaje, no se desnaturaliza la esencia de carácter civil de las acciones de defensa de la libre competencia. El contenido de una acción se define por su finalidad y no por las imperfecciones semánticas que pueda contener la Ley. En efecto, todas las acciones penales están excluidas de la Comisión Resolutiva. Lo único que puede hacer dicha Comisión es requerir al Fiscal Nacional Económico que inicie la acción penal ante el tribunal correspondiente, que en este caso es un Ministro de la Corte de Apelaciones.

3.- Que el proceso de la libre competencia podría calificarse como un proceso especial, cuya competencia corresponde a uno de los tantos tribunales especiales que no pertenecen al Poder Judicial, pero que realizan actividad jurisdiccional. En este caso el órgano jurisdiccional es la Comisión Resolutiva. En este proceso especial, la naturaleza civil de las acciones de la libre competencia se obtiene del propio texto de la Ley, cuando señala como normativa supletoria al procedimiento general establecido en el artículo 18, las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean incompatibles con él. Esta remisión legal, considerando la naturaleza civil que tienen las acciones para la protección de la libre competencia, lleva a estimar que son procedentes todas las instituciones propias del proceso contencioso civil que no contradigan el procedimiento especial del artículo 18 de la Ley.

4.- Que como consecuencia de la naturaleza civil de las acciones de la libre competencia en Chile, no puede sostenerse que no rigen en el ámbito de la Comisión Resolutiva instituciones como la excepción de cosa juzgada o la prohibición de modificar la demanda, también denominada preclusión. En efecto, siendo acciones civiles las que conforman el objeto del proceso que conoce la Comisión Resolutiva, no puede afirmarse la inaplicabilidad de tales figuras, sobre todo por la expresa remisión que hace el artículo 18 letra P) de la Ley a la normativa procesal civil.

5.- Que a mayor abundamiento, la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones emanadas de la Comisión Resolutiva, es una consecuencia directa que dicho órgano

cuando conoce de las acciones de protección de la libre competencia lo hace por su naturaleza jurisdiccional y no meramente administrativa. Sin embargo, no puede omitirse que en ciertas ocasiones la Comisión Resolutiva actúa como un ente administrativo, y por ello, sus decisiones serán modificables, no produciéndose cosa juzgada en esas actuaciones. Por el contrario, cuando conoce de las acciones de protección de la libre competencia actúa como un tribunal especial, cuya actividad produce cosa juzgada. Por consiguiente, las partes tienen el derecho de alegar en su beneficio la cosa juzgada siempre que se cumplan las exigencias de la triple identidad que requiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Habrá que recordar que la cosa juzgada es un atributo de todo órgano que ejerza jurisdicción, y que conforme se dejó constancia en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesiones 101 y 103, de 9 y 16 de Enero de 1975, no sólo el Poder Judicial ejerce actividad jurisdiccional, sino que el ordenamiento jurídico contempla otros órganos que también ejercen jurisdicción.

6.- Que de igual forma, rigen en el procedimiento de la Ley, las limitaciones para modificar el objeto del proceso, toda vez que es característica de nuestro sistema procesal civil la prohibición del cambio de demanda. El objeto del proceso -tema discutido- queda fijado en los escritos fundamentales de "requerimiento" y de "contestación al requerimiento". No es posible provocar una ampliación del proceso, ya sea de carácter subjetivo ampliando el requerimiento a otro o de carácter objetivo introduciendo otra causa de pedir, después que se ha trabado la contienda entre partes. La base de la afirmación anterior se obtiene de aplicar la normativa supletoria del Libro II del Código de Procedimiento Civil que prohíbe el cambio de demanda. El procedimiento civil no permite el cambio de demanda ni objetiva ni subjetivamente. Lo anterior es sin perjuicio del derecho del actor para iniciar paralelamente otro proceso y solicitar posteriormente una acumulación de autos.

7.- Que por estas consideraciones, y en especial, por cuanto en esta causa se ha acreditado, por una parte, que la presentación del requerimiento en contra de Enersis S.A. fue extemporáneo, ya que en la oportunidad en que se formuló se había extinguido o precluido la facultad de ampliar o rectificar el primitivo requerimiento, y por otra parte, que en la especie existe la triple identidad que menciona el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, vale decir, identidad legal de personas, de objeto de pedir y de causa pedida entre el actual proceso y el que dio lugar a la Resolución N° 372, de 1992, procede acoger las excepciones dilatoria de preclusión y perentoria de cosa juzgada alegadas en estos autos por las empresas eléctricas requeridas.

En cuanto a las tachas.

Que en cuanto a las tachas de los testigos procede rechazarlas en su totalidad, en atención a que esta Comisión aprecia la prueba en conciencia y falla del mismo modo, pudiendo admitir como medios de prueba, no sólo los indicados en el artículo 341 del Código de

Procedimiento Civil, sino que, además, cualquier indicio o antecedente que en concepto de la Comisión sean idóneos para establecer los hechos de la causa, según lo dispone expresamente el artículo 18 letras F) y K) del D.L. 211, de 1973.

Por último, se previene que los integrantes de la Comisión señores Yrarrázaval y Pattillo no comparten la frase "en dueña de los activos de transmisión que hoy administra y", que se contiene en la decisión 4.2., por estimar que es económicamente irrelevante.

Notifíquese al señor Fiscal Nacional Económico, al denunciante y a las empresas Endesa S.A., Chilectra S.A., Transelec S.A. y Enersis S.A.. Transcribese a los señores Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y Presidente de la Comisión Nacional de Energía.

Rol N° 460-94

[Handwritten signatures and initials: "Enrique Zurita", "AB", and "Pattillo"]

Pronunciada por los señores Enrique Zurita Camps, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; Alexis Guardia Basso, Director del Instituto Nacional de Estadísticas; Enrique Fanta Ivanovic, Director Nacional de Aduanas; Arturo Yrarrázaval Covarrubias, subrogando al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y Guillermo Pattillo Alvarez, subrogando al Decano de la Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago.

No firma el señor Enrique Fanta Ivanovic, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente del país.

[Handwritten signature]
GASTON MECKLENBURG VASQUEZ
Secretario Abogado
Comisión Resolutiva