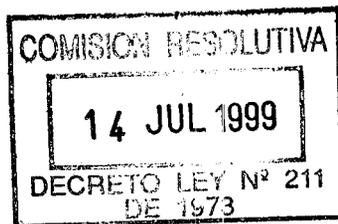


REPUBLICA DE CHILE  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA  
AGUSTINAS N° 853, PISO 12  
SANTIAGO



ORD. N° 295

**ANT:** Denuncia de Edelnor S.A. en contra de las empresas eléctricas Emelari S.A., Eliqsa S.A., Elecda S.A., de Emel S.A. y de la Sociedad Nopel Ltda.  
Rol N° 572-98 C.R.

**MAT:** Informe del Fiscal Nacional Económico.

SANTIAGO, 14 JUL 1999

A : H. COMISION RESOLUTIVA  
DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

1.- En cumplimiento a lo ordenado por esa H. Comisión a fs. 96 de los autos Rol N° 572-98, caratulados "Denuncia de Edelnor S.A. en contra de las empresas eléctricas Emelari S.A., Eliqsa S.A., Elecda S.A., la empresa Emel S.A. y la sociedad Nopel Ltda.", informo a US. en relación con los antecedentes de hecho y de derecho que rolan en el mencionado expediente.

2.- La empresa Edelnor S.A. ha formulado la siguiente denuncia en contra de las empresas antes referidas:

2.1. Las distribuidoras Emelari S.A., (Arica), Eliqsa S.A. (Iquique) y Elecda S.A. (Antofagasta), todas empresas filiales de Emel S.A., contrataron sus abastecimientos de energía eléctrica a partir del año 2002 directamente con la empresa generadora Nor Oeste Pacífico Generación de Energía Limitada, en adelante Nopel S.A. de propiedad mayoritaria de Endesa S.A. y de la Compañía de Inversiones CMS Energy Chile Limitada (40% cada una). Estas últimas son, a su vez, dueñas, en la misma proporción, del Gasoducto Atacama Limitada ("GasAtacama"), compañía de transporte de gas natural.

2.2. Los contratos de suministro celebrados entre las filiales de Emel S.A. como distribuidoras, y Nopel S.A. como abastecedora, son de fecha 6 de noviembre de 1998. La vigencia del Reglamento Eléctrico que incluye la obligación contenida en su artículo 240 inciso 2°, de implementar un procedimiento de licitación pública para la celebración de tales contratos, es de 9 de noviembre de 1998, esto es, el día hábil siguiente a la fecha en que se celebraron los contratos de suministro cuestionados.

Este hecho reflejaría el propósito de Emel y sus filiales, por un lado, y Nopel por el otro, de eludir la aplicación del citado Reglamento, prescindiendo de la licitación pública a que los obliga la citada disposición reglamentaria.

2.3. La Ley General de Servicios Eléctricos, contenida en el DFL N° 1 de 1982 del Ministerio de Minería, establece un sistema de fijación de precios en los diferentes eslabones de la cadena de la actividad eléctrica (artículo 96 de la Ley Eléctrica), los cuales, en lo que interesa para estos efectos, pueden resumirse como sigue:

a) Para las ventas del nivel de generadoras-transmisoras a las distribuidoras, el Ministerio de Economía, previo cálculo de la Comisión Nacional de Energía, fija por decreto y en forma semestral el "precio de nudo", que constituye el precio máximo al cual dichas transacciones pueden celebrarse y que se obtiene básicamente a partir de los costos de generación y transporte de la energía.

b) Para las ventas del nivel de distribuidoras a sus clientes regulados (cuya potencia conectada es inferior o igual a 2.000 kilowatt) el Ministerio de Economía fija por decreto, cada cuatro años, el precio máximo o tarifa para dichas transacciones, el cual se obtiene a base del precio de nudo y de un valor agregado por concepto de costos de distribución "de tal modo que el precio resultante de suministro corresponda al costo de la utilización por parte del usuario de los recursos a nivel producción-transporte y distribución empleados". (art. 105 de la Ley Eléctrica).

c) Aún cuando la Ley Eléctrica establece claramente que los precios fijados conforme a ella son "máximos", en la práctica las ventas de las generadoras a las distribuidoras y de éstas a los clientes regulados se ha realizado tradicionalmente a los precios máximos fijados. Los consumidores finales de energía eléctrica no se han beneficiado con una genuina competencia entre las generadoras por bajar sus precios de suministro por debajo del precio de nudo ni con una clara obligación de las distribuidoras de transferir a dichos consumidores los beneficios de tales menores precios.

2.4. La situación anterior habría cambiado desde la dictación, por parte de esa H. Comisión Resolutiva, de la instrucción de carácter general contenida en el numeral 4.4. de la parte declarativa de la Resolución N° 488, de 11 de junio de 1997. Dicha instrucción de carácter general dispone lo siguiente:

"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".

La instrucción de carácter general transcrita fue dictada de conformidad con las facultades que el Decreto Ley N° 211, de 1973 le otorga a la Comisión Resolutiva en su artículo 17 letra b), por lo que dicha instrucción tiene como

destinatarios y obligados por la misma, de conformidad con la propia disposición legal que faculta a la Comisión Resolutiva para emitirla, a todos los particulares – generadoras y distribuidoras- que celebren actos o contratos de suministro de energía eléctrica.

2.5. Por otra parte, la instrucción referida se dictó sin perjuicio de aquella otra instrucción de carácter general contenida en el numeral 4.1. de la misma Resolución N° 488 que se dirige expresamente a “la autoridad”, requiriéndole la promulgación a la brevedad del “reglamento del sector” y “estar siempre atenta a ampliar los espacios de competencia en el sector, cada vez que ello sea posible”.

De esta manera, la instrucción de carácter general contenida en el numeral 4.4. de la Resolución N° 488, con el objeto de perfeccionar el mercado eléctrico aumentando su transparencia y, en definitiva, beneficiar a los consumidores finales, vino a establecer con claridad las siguientes obligaciones para las generadoras y distribuidoras que celebren contratos de suministro de energía eléctrica:

- i) Que los contratos de suministro de energía eléctrica a distribuidoras deben licitarse; y
- ii) Que las distribuidoras deben traspasar los menores costos que provengan de esa licitación a sus clientes.

Por decreto supremo N° 327 del Ministerio de Minería que contiene el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, publicado en el Diario Oficial de fecha 10 de septiembre de 1998, se estableció, en el inciso 2° del artículo 240, que “para los efectos de tales contrataciones, los concesionarios de servicio público de distribución deberán implementar un sistema de acceso abierto a los diferentes oferentes del mercado, en que se convoque públicamente a éstos a participar en el abastecimiento que requieran contratar, bajo condiciones libremente definidas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y de público conocimiento”.

De esta manera se consagró a nivel reglamentario la obligación de las distribuidoras de energía de licitar públicamente sus necesidades de consumo, reafirmando así en términos prácticamente exactos la obligación preexistente, establecida en la instrucción de carácter general emanada de la Comisión Resolutiva. Así lo ha entendido también la Comisión Nacional de Energía, organismo asesor del Gobierno en materia de energía, con motivo de la dictación del Reglamento de acuerdo lo señalado en el encabezamiento del mismo. La autoridad en materia eléctrica, en este caso el Ministerio de Minería, dictó el Reglamento, incluyendo la norma en cuestión, en respuesta al requerimiento formulado por la Comisión Resolutiva en el numeral 4.1. de la Resolución N° 488.

2.6. Toda compañía que opera en el ámbito de la generación y distribución de energía, incluidas Emel y sus filiales no puede desconocer el contenido de la Resolución N° 488, cuya dictación fue ampliamente divulgada por la prensa nacional además de largamente esperada por las decisivas consecuencias que tiene el pronunciamiento de la Comisión Resolutiva en relación con la integración vertical en el negocio eléctrico. Adicionalmente, dicha Resolución N° 488 es indiscutiblemente

vinculante para las compañías que fueron parte de la causa en la cual ella se dictó. Pues bien, la denunciada Nopel es una sociedad de responsabilidad limitada cuyo socio mayoritario (40%) es Endesa, según consta de escritura pública de fecha 31 de diciembre de 1997 otorgada en la notaría de don Iván Torrealba Acevedo, cuyo extracto fue publicado en el Diario Oficial de 23 de enero de 1998 (hasta antes de dicha fecha, es decir al momento de la dictación de la Resolución N° 488, Endesa detentaba el 50% de la propiedad de Nopel).

2.7. Señala la denunciante que los contratos de suministro eléctrico celebrados el 6 de noviembre de 1998, por las empresas distribuidoras Emelari S.A., Eliqsa S.A. y Elecda S.A. y la generadora Nopel S.A., sin que hubiere existido un proceso previo de licitación pública, infringen el numeral 4.4. de la parte dispositiva de la Resolución N° 488, de 11 de junio de 1997, de esa H. Comisión, así como el citado Art. 240, inciso 2° del Reglamento Eléctrico, por lo que solicitan a ese Tribunal que se avoque de oficio al conocimiento y resolución de esta denuncia, y en definitiva, deje sin efecto los contratos de suministro de energía pactados por las denunciadas, de acuerdo con la atribución que le otorga el Art. 17, letra a) N° 1 del Decreto Ley N° 211, de 1973.

3.- Por resolución de fs. 96, esa H. Comisión resolvió avocarse de oficio, en virtud de sus propias atribuciones, al conocimiento de los hechos materia de la denuncia; dispuso dar traslado de la misma a las denunciadas y solicitó al Fiscal infrascrito que informara sobre estos antecedentes.

4.- La empresa Nopel S.A. evacuó el traslado, formulando en síntesis, las siguientes conclusiones:

4.1. Las afirmaciones de Edelnor S.A. en el sentido de que Nopel S.A. actuó guiada por el propósito deliberado de eludir la aplicación del Reglamento, no son efectivas. A la época de la suscripción de los contratos, no existía norma alguna que impusiera la obligación de licitar dicha clase de contratos, por cuanto la obligación establecida en el Reglamento en este sentido, sólo entró en vigencia el día 9 de mayo de 1999, por aplicación de los Arts. 240, incisos 1° y 2°, 1° y 20 transitorios del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 327, de 1998.

4.2. El numeral 4.4. de la Resolución N° 488 no es oponible a Nopel, y tampoco a las distribuidoras denunciadas, por cuanto la primera es una empresa generadora de electricidad y ninguna de ellas fue parte en el proceso a que dió lugar dicha Resolución.

Por otra parte, la citada Resolución N° 488 se emitió en relación con la integración vertical del mercado eléctrico del SIC, en circunstancias que el mercado eléctrico del SING, en el cual regirán los contratos impugnado por la denunciante, presenta características muy diferentes.

El SIC se extiende desde la ciudad de Taltal por el Norte hasta Chiloé por el Sur, y posee una capacidad de generación de aproximadamente 5.300 MW. Las mayores empresas de generación son Endesa S.A. (55%); Colbún (10%) y Gener (27%), siendo de propiedad de la primera casi la totalidad del sistema de transmisión

de electricidad. Dentro de este sistema, el consumo tiene una fuerte componente residencial, por lo que las empresas distribuidoras de servicio público son clientes de gran tamaño relativo, apetecidos por las empresas generadoras y, por lo tanto, con gran poder de negociación. En particular, la distribuidora Chilectra, por sí sola, concentra el 35% del consumo, a tal punto que no le es suficiente contratar con un solo generador, sino que contrata suministro con varios. Además, el atractivo de Chilectra se incrementa por su localización privilegiada dentro del sistema, lo que implica que su suministro no tiene asociado grandes inversiones en transmisión.

El SING, por su parte, abarca la I y II Regiones y posee una capacidad de generación de aproximadamente 1.550 MW. Los generadores participan en la capacidad eléctrica instalada en el SING en los siguientes términos: Electroandina (35%), Edelnor (30%), Norgener (18%) y Endesa (6%).

En cuanto al mercado de los consumidores energéticos, está dado principalmente por grandes empresas mineras e industriales que usan energía eléctrica en el desarrollo de sus actividades y faenas productivas y, dentro de éstos, cabe destacar a Codelco, empresa para la cual se estima que consume, en 1998 y por sí sola, el 40% del mercado eléctrico total del SING.

El consumo domiciliario no es relevante en la proyección de la demanda, de tal modo que las empresas distribuidoras sólo alcanzan porciones pequeñas del mercado (Emelari 2%, Eliqsa 3% y Elecda 4,5%). De esta forma, las empresas distribuidoras del SING no tienen un poder de negociación fuerte ni un gran atractivo para las generadoras, situación que se agrava por el hecho que, dada su ubicación geográfica, es necesario incurrir en fuertes inversiones en el sistema de transmisión para lograr servirlos.

La reseña anterior permite apreciar las diferencias sustanciales existentes entre el SIC y el SING, de modo que la Resolución N° 488, y las instrucciones de carácter general dictadas en un proceso de investigación sobre la integración vertical y sobre la base de las consideraciones de los actores eléctricos del SIC, no puede tener aplicación en un sistema como el SING, cuyas características y actores son absolutamente diversos.

4.3. La suscripción de los contratos entre Nopel y las distribuidoras Emelari, Elicsa y Elecda, no constituye ni puede constituir un atentado a la libre competencia, por cuanto para que exista un ilícito de monopolio, a la luz de las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, es necesario establecer y probar, mediante comportamientos concretos, que el motivo que determinó la celebración de los contratos fue la intención precisa de eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que la mera suposición de intenciones ilícitas, basada en conjeturas, sea suficiente para configurar dicho ilícito; y, en este caso, no existe conducta alguna de las denunciadas que hagan presumir dicha finalidad.

4.4. No existe ni puede existir abuso de posición dominante por parte de Nopel S.A. por cuanto ésta no detenta tal posición. Tampoco ha existido tal abuso por parte de las distribuidoras denunciadas, por cuanto poseen un pequeño peso en el mercado del consumo energético del SING y han actuado en forma transparente en la contratación del suministro eléctrico.

En cambio, si se configura un ilícito de monopolio que no reúna las circunstancias requeridas por el Decreto Ley N° 211, de 1973, y se llegara eventualmente a dejar sin efecto los contratos, se violentaría el orden público económico consagrado en la Constitución Política de la República, en el artículo 19 números 21, 23, 24 y 26.

Al celebrar los contratos de suministro, Nopel ha adquirido derechos que han ingresado a su patrimonio y que se encuentran amparados por la garantía constitucional del derecho de propiedad, por lo que su ineficacia afectaría la garantía del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política. Se afectaría, además, el número 26 del artículo aludido, que impide que el legislador pueda llegar a afectar los derechos en su esencia, ya que la esencia de la libertad contractual y del derecho de propiedad estaría abiertamente vulneradas. Finalmente, como consecuencia de la vulneración de las garantías señaladas, se afectaría además, el número 21 del citado artículo 19 de la Carta Fundamental, que consagra la autonomía de la voluntad como un principio de derecho público. Dejar sin efecto los contratos afectaría gravemente el derecho de desarrollar cualquier actividad económica, dentro de los límites establecidos por la propia Constitución, y significaría quebrantar las bases del sistema económico establecido, regulado y garantizado en el texto constitucional.

5.- Las empresas Emel S.A., Emelari S.A., Eliqsa S.A. y Elecda S.A., por su parte, contestaron en conjunto el traslado, formulando, en lo esencial, las siguientes observaciones:

5.1. El SING es un sistema eléctrico que posee características especiales que lo diferencian en variados aspectos estructurales del SIC, cuyo desarrollo responde a orígenes distintos.

Las características del SING y del SIC son muy diferentes. En efecto, su origen, desarrollo, clientes mayoritarios que constituyen su demanda, la naturaleza de la oferta y otras razones económicas han implicado que esos sistemas se hayan configurado en forma distinta. Así, por ejemplo, en el SIC los clientes de servicio público de distribución son mayoritarios y la consideración y peso de su demanda influye en la calidad del servicio prestado por parte de generadores y transmisores.

En el caso del SING en cambio, son los clientes libres los que han impulsado el desarrollo y orientación del sistema y respecto de los cuales, las empresas del sector eléctrico han realizado mayoritariamente las inversiones para proporcionar servicios. Consecuentemente, son aquellos los que poseen la mayor cuota del mercado.

En consecuencia, las pretendidas instrucciones de carácter general que se habrían emitido de conformidad al artículo 17 b) del Decreto N° 211, de 1973, deben ser diferentes tanto para el SIC como para el SING y las medidas pertinentes deben ser aplicadas en forma específica a cada uno de dichos mercados conforme a sus singulares características.

5.2. Las características del SING reflejan una realidad. Ni las empresas distribuidoras Emelari, Eliqsa y Elecda ni la generadora Nopel tienen una posición dominante o monopólica como demandante de electricidad las primeras, ni como oferente de electricidad la última. Sus participaciones de mercado en la demanda y la oferta de electricidad, respectivamente, hacen absolutamente irreal la acusación de abuso de una posición dominante, de la cual ellas simplemente carecen.

Las distribuidoras eléctricas son monopolios naturales exclusivamente en sus respectivas zonas de concesión y en tal caso sólo como suministradores de servicios eléctricos, nunca como demandantes del insumo "electricidad". Esta condición es transparente para el mercado, y es por eso que la ley establece un rígido sistema de tarifas fijadas por la autoridad con una periodicidad de 4 años.

En el mercado del Norte Grande las condiciones de competencia son casi perfectas en la segunda región, lo que no ocurre en la primera, en donde la integración vertical de Edelnor (generadora y transmisora) le da una posición muy dominante en el mercado.

Frente a esa situación la negociación conjunta de largo plazo de contratos de suministro efectuadas por las tres empresas distribuidoras, que en total no superan el 11% de la demanda del área, no es sino una correcta y legítima expresión de su autonomía para conducir la gestión de las compañías en la forma que mejor interese a sus accionistas.

Si empresas que demandan en su conjunto no más del 11% de la oferta de un bien, negocian directamente con una que, a su vez, no produce más del 21% del total de la oferta de ese mismo bien y acuerdan condiciones mutuamente aceptables para la compra de dicho bien, no puede de esa sola circunstancia derivarse que exista una conducta lesiva para la libre competencia o un riesgo potencial para ella.

La actuación conjunta y en bloque de 3 empresas distribuidoras eléctricas no puede ser reprochable desde el punto de vista de la legislación antimonopolios, porque, (1) no se trata de empresas competitivas entre ellas, teniendo cada una diferentes zonas de concesión; (2) concentran sólo el 11% de la demanda y no constituyen un oligopsonio; y (3) la electricidad no tiene el carácter de bien escaso.

5.3. Las instrucciones contenidas en los numerales 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4. de la Resolución N° 488 de 1997 de la Comisión Resolutiva no pueden imponer obligaciones a las partes denunciadas en materia de modalidades de comercialización de la potencia y energía eléctrica.

Dichas instrucciones son sólo recomendaciones de la Comisión, que no obligan ni a la autoridad ni a las empresas, en los términos que indica la denuncia.

Es efectivo que la letra b) del artículo 17 del decreto Ley N° 211, de 1973, señala que son deberes y atribuciones de la Comisión Resolutiva, entre otros: "b) Dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia".

Pero esta norma fue dictada el 22 de diciembre de 1973 y mantenida por el Decreto Ley N° 2760, de 5 de julio de 1979, que sustituyó diversas disposiciones del primitivo Decreto Ley N° 211, es decir con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política de la República e incluso de su dictación.

Por otra parte, las instrucciones, amparadas en el referido Artículo 17 letra b), imponen a las empresas distribuidoras eléctricas la necesidad de llamar a licitación pública para abastecerse de energía y de potencia y a traspasar a los usuarios las diferencias en el precio que obtengan con este sistema. Esta imposición atenta en contra de la garantía establecida en el Artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes. En efecto, la referida instrucción pretende imponer una modalidad cual es la licitación para la adquisición de suministro eléctrico. Tal como lo señala esta disposición constitucional, sólo "una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes". De esta manera, toda clase de instrucciones de la H. Comisión Resolutiva que impliquen cualquier tipo de restricción en la libertad para adquirir bienes deben estar respaldadas por una ley de quórum calificado, característica legal que el referido Artículo 17 letra b) no tiene.

Confirma este aserto la norma de la disposición quinta transitoria de la Constitución de 1980 según la cual: "Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen esos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales". Es decir, las disposiciones de la letra b) del artículo 17 del Decreto Ley N° 211, de 1973, son contrarias e inconciliables con las de la Constitución Política de la República de 1980, por lo que las facultades contempladas en ella no se pueden ejercer para restringir en forma general el derecho de propiedad.

Pero, además, es menester considerar que, aún en el tiempo en que ella estuvo vigente antes de la dictación de la Constitución Política de la República de 1980, su aplicación habría requerido que la o las instrucciones generales de la Comisión se publicaran en el Diario Oficial para que ellas pudieran aplicarse pues, de otro modo sólo podían obligar a las partes de la causa. En efecto, para que una norma tenga un carácter vinculante erga omnes, es necesario que ella se publique en el Diario Oficial, toda vez que solo con dicha publicación la norma pasa a ser conocida por todos. Si la norma no es publicada, ella no puede presumirse conocida por todos y solo es conocida y vinculante para las partes de la causa en la cual ella se dicta. Y las partes de la causa, son las personas naturales o jurídicas a las que fue notificada la Resolución N° 488, de 1997.

5.4. La instrucción del numeral 4.4. de la Resolución N° 488 de 1997 obedece a la realidad del mercado de servicio público de distribución del Sistema Interconectado Central ("SIC") y se aplica sólo a dicho mercado:

En efecto, la referida Resolución N° 488 fue dictada en una causa precisa seguida en contra de Endesa, Chilectra, Transelec y Enersis a propósito de su integración en forma vertical como dueños y operadores de empresas de generación, transmisión y distribución eléctricas en el SIC. En el marco de dicha resolución relativa exclusivamente al ámbito del SIC, la H. Comisión Resolutiva en el numeral 4.4. instruyó que los contratos de suministro a distribuidoras deben licitarse.

La razón de esta Instrucción se explica por la realidad comercial del SIC, en el cual más del 60% de la potencia conectada del sistema se destina a las empresas de servicio público de distribución y en particular a una de las denunciadas en dicha causa, Chilectra, que por sí sola es responsable de casi el 40% de la referida potencia constituyéndose en el cliente más grande del SIC. Esa empresa distribuidora está integrada verticalmente con Endesa que es, a su vez, la oferente mayoritaria de electricidad en el sistema. De este modo, la Instrucción así fundamentada puede ser entendida debido a la muy particular situación de las empresas distribuidoras en el SIC.

Sin embargo, la situación comercial del sistema Interconectado del Norte Grande ("SING") es totalmente diferente a aquélla registrada en el SIC. En efecto, las empresas distribuidoras denunciadas, que en el SING constituyen el total de las empresas de servicio público de distribución, suman en conjunto menos del 11% del total de la potencia conectada del sistema, siendo el SING más bien un mercado orientado a satisfacer la demanda de los clientes libres, responsables del 89% restante. Asimismo, esto ha significado que las empresas de distribución sean clientes no muy relevantes para las empresas generadoras, considerando en particular los costos de transmisión eléctrica para llegar a las distintas zonas de distribución, por lo que de hecho históricamente sólo dos empresas de las cuatro existentes en el SING (Edelnor y Endesa, por medio de Nopel) han manifestado interés real en contratar con las empresas de distribución.

De lo expuesto se desprende que difícilmente las empresas de servicio público de distribución podrían llegar a realizar actos que pudieran atentar contra la libre competencia dada su baja participación en el mercado.

5.5. En el Diario Oficial del 10 de septiembre de 1998 se publicó el nuevo Reglamento Eléctrico, el cual en su Art. 1° transitorio estableció que entraría en vigencia 60 días después de su publicación en el Diario Oficial, esto es, el día 9 de noviembre de 1998.

Sin perjuicio de lo anterior, estableció en otros artículos transitorios algunas normas especiales de vigencia. El Art. 20 Transitorio expresa que "la obligación establecida en el Art. 240 será exigible 180 días después de la entrada en vigencia del presente cuerpo normativo".

El Art. 240 del Reglamento establece en su inciso 2° la obligación de crear un sistema de acceso abierto para la contratación del suministro eléctrico que requieren las empresas concesionarias de servicio público. De acuerdo a lo señalado en el citado artículo 20 transitorio esta norma entró en vigencia el 9 de mayo de 1999.

La práctica tradicional de las empresas concesionarias y de servicio público a la fecha ha sido siempre la negociación directa, la cual jamás fue objetada, limitada ni prohibida por la autoridad.

El artículo 26 transitorio del Reglamento estableció que “en todas las materias o aspectos regulados en este Reglamento por disposiciones cuya vigencia haya sido diferida en los Artículos anteriores, continuarán rigiendo las normas o procedimientos en actual aplicación hasta la entrada en vigor de aquellas, salvo los casos en que se haya previsto una norma transitoria específica que regule de modo particular, para el tiempo intermedio, una determinada situación jurídica”.

La suscripción de los contratos con fecha 6 de noviembre de 1998, no puede verse afectada ni estar en colisión con una norma reglamentaria que sólo entró en vigencia el 9 de mayo de 1999.

El proceso de negociación que culminó el día 6 de noviembre de 1998, fue el resultado final de una operación que se inició antes del día 10 de septiembre de ese mismo año, fecha de publicación del Reglamento.

No podría, en consecuencia, imputarse a las denunciadas una actuación contraria a derecho, sino que, por el contrario, se han atendido al Art. 26 transitorio del Reglamento que dispone la sujeción de las empresas a las normas vigentes a la fecha en que realicen los actos jurídicos pertinentes.

5.6. En el ámbito económico constitucional, el Art. 19 N° 21 de la Constitución Política establece el derecho a realizar cualquier actividad económica sin más límite que los que establece la moral, el orden público, la seguridad nacional y el respeto a las normas legales que la regulen.

Especial relevancia reviste también la garantía constitucional del Art. 19 N° 24, en cuanto a reconocer el derecho de propiedad por una parte, y por otra establece que dicho derecho de propiedad sólo puede ser limitado en la forma que la propia Constitución establece.

Al amparo de esos derechos constitucionales, las denunciadas en su calidad de dueñas del negocio de distribución eléctrica han celebrado un contrato válido y legítimo con otra empresa privada, acordado en términos y condiciones compatibles con el ordenamiento jurídico chileno.

La exigencia del Reglamento, de licitar los suministros eléctricos, puede tener alguna racionalidad explicable desde el punto de vista de la libre competencia en un mercado oligopsónico del cual el SIC tiene ciertas características por la importante participación de Chilectra, pero es innecesaria en el SING, en donde las distribuidoras no tienen el carácter de oligopsónicos respecto de la demanda eléctrica.

Por su parte, la exigencia de licitar los suministros de energía que hace la citada Resolución N° 488 de 1997, dice relación con un mercado integrado verticalmente en que existe un gran demandante oligopsónico, como es el caso del mercado del Sistema Interconectado del SIC, situación que no se presenta en el SING.

Por las razones señaladas, las empresas Emel S.A., Emelari S.A., Eliqsa S.A. y Elecda S.A. solicitan el rechazo de la denuncia de Edelnor S.A..

6.- En relación con los antecedentes antes expuestos, el Fiscal infrascrito cumple con informar a esa H. Comisión lo siguiente:

6.1. Introducción.

El servicio eléctrico chileno, tanto en sus aspectos generación, como transmisión y distribución, está formado físicamente por cuatro sistemas interconectados, pero separados entre sí, a saber:

6.1.1. El Sistema Interconectado Central (SIC), que abarca desde la localidad de Taltal al sur de la II Región hasta Chiloé en la X Región. Este sistema es el más importante del país y representa más del 70% de la generación de energía eléctrica nacional.

6.1.2. El Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), que abarca las regiones I y II del país, que en generación de energía eléctrica representa alrededor del 24% del total generado en Chile.

6.1.3. Los otros dos sistemas corresponden al sistema eléctrico de Aysen (XI Región) y de Magallanes (XII Región). Estos dos sistemas más algunos pequeños autoprodutores, no representan más del 5% del total de generación de energía eléctrica.

6.2. Antecedentes Generales del Sistema Interconectado del Norte Grande SING (Anexo I).

6.2.1. Generación.

El sistema tiene actualmente una capacidad instalada en generación de 1.600 MW, repartida entre cuatro empresas generadoras: Electroandina S.A., Edelnor S.A., Norgener, filial de Gener S.A. y Compañía Eléctrica de Tarapacá (CELTA), filial de Endesa S.A.. Próximamente entrará en servicio una nueva generadora, la empresa Nopel Ltda., de propiedad de CMS Energy y Endesa S.A., proyecto que se describirá más adelante.

#### 6.2.1.1. Electroandina S.A. (Ex División Codelco-Tocopilla)

Esta empresa está controlada por la Sociedad Inversora Electroandina S.A., de la que forman parte Tractebel S.A., Iberdrola Energía S.A. y Enagas S.A.. A su vez Tractebel S.A. con Southern Electric, propietaria de Edelnor, son los dueños del proyecto Norandino de transporte de gas natural desde Argentina.

Electroandina tiene una capacidad de generación de 628 MW. Más del 70% de esta capacidad (460 MW aproximadamente) están destinados a abastecer a Codelco en sus yacimientos de Chuquicamata, Radomiro Tomic y El Abra. Durante 1997 vendió energía tanto a Codelco, como a otras generadoras y clientes libres por 2.911,8 GW/h que corresponde al 50,65% de la energía vendida en ese año en el sistema.

6.2.1.2. Edelnor S.A. controlada por Southern Electric International –SEL Chile, tiene una capacidad instalada de 437,2 MW. Además tiene en arriendo la planta diesel de la Minera Mantos Blancos (28,64 MW) más tres pequeñas plantas que agregan 5,89 MW adicionales, lo que da un total controlado por Edelnor de 471,73 MW. De este total más del 60% corresponde a las plantas a carbón –Mejillones N° 1 y N° 2. El resto está compuesto por centrales térmicas diesel y a fuel oil N° 6, además de 13,4 MW aportados por las dos únicas plantas hidroeléctricas existentes en el SING.

Edelnor es la única generadora que tiene contrato de suministro con las empresas distribuidoras que operan en el SING, mediante contratos a precio de nudo

Estos contratos son indefinidos, salvo que una de las partes dé aviso a la otra con una anticipación de tres años de su decisión de poner fin al contrato. Esto es lo que ha hecho Emel S.A., holding de las tres distribuidoras del SING (Emelari, Eliqsa y Elecda), en comunicación de 09 de noviembre de 1998, comunicándole a Edelnor el término del contrato existente a contar del 31 de diciembre del año 2001. Estos contratos representaron para Edelnor en 1998, un 40% de sus ventas totales de energía.

Esta generadora tiene proyectada la construcción de una central de ciclo combinado (gas-petróleo) –Mejillones N° 3 con capacidad de 240 MW, que entrará en funcionamiento a mediados del año 2000.

6.2.1.3. Norgener, filial de Gener S.A. (ex Chilgener), opera dos centrales a carbón de una potencia bruta total de 274 MW. Abastece a importantes empresas mineras de la zona como: Escondida, Soquimich y otras.

6.2.1.4. Endesa S.A. opera centrales diesel con una capacidad de 97 MW, más una térmica a carbón a 150 MW destinada principalmente a abastecer a la Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi. También da abastecimiento, en parte, a varias otras empresas mineras.

Además, Endesa participa en un 40% en la propiedad de la empresa Noroeste Pacífico Generación de Energía Limitada Nopel, que construye en la bahía de Mejillones una central de ciclo combinado (gas-petróleo) de 757,4 MW de potencia bruta. Esta central consta de dos módulos, el primero estaría en período de prueba

desde abril del presente año y en el segundo semestre entraría a operar el segundo módulo.

En el cuadro siguiente se desglosa con datos de 1997, los contratos de abastecimiento por sectores económicos de las cuatro generadoras.

Contratos (MW)	A Empresas Distribuidoras	A Empresas Mineras	A Empresas Industriales	TOTAL
Electroandina		460		460
Edelnor	150	174	18	342
Norgener		280	18	298
Endesa		285		285
Total	150	1199		1385

**Fuente: Banco Bice, con datos de la Memoria 1997 del CDEC SING.**

6.2.2. De acuerdo con la distribución de los consumos sólo un 10% de la energía vendida corresponde al abastecimiento de empresas distribuidoras reguladas, en cuyo caso la energía es vendida a precios de nudo fijados por la Autoridad, estando el resto de los clientes bajo la modalidad de precios libres, con contrato negociados.

Bajo este concepto las empresas generadoras, compitiendo por los clientes libres, instalaron centrales de costos menores, erigiendo plantas térmicas a carbón, cuyo costo es muy inferior al de las antiguas diesel o a vapor utilizando fuel oil N° 6. Esta política se ha visto reflejada en la baja de los precios de nudo de 1995 a la fecha. Con el ingreso de las plantas de ciclo combinado, cuyo costo se calcula en alrededor de US\$ 0,02 por KWh, valor que se compara favorablemente con el costo estimado de una central a carbón que es del orden de US\$ 0,03 por KWh, se produciría eventualmente una nueva baja de los precios de nudo y una presión de los clientes libres para renegociar sus contratos. Esto sin considerar el fuerte aumento que tendrá la oferta de energía hacia el año 2000 cuando se encuentren en pleno funcionamiento las plantas de ciclo combinado de Nopel y de Edelnor. La capacidad instalada del sistema se habrá duplicado en un contexto de paralización de ampliaciones y de nuevos proyectos mineros, ocasionados por la baja de los precios de estos productos en los mercados mundiales.

### 6.2.3. Transmisión.

Existe una empresa, filial de Edelnor llamada Sitranor, perteneciente en un 60% a esta empresa, en un 20% a Codelco y en otro 20% a Electroandina.

Esta empresa fue creada de acuerdo con lo dispuesto en el dictamen N° 874 bis/722 de 16 de septiembre de 1993 de la Comisión Preventiva Central, recaído en una consulta de la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, sobre licitación de acciones de Edelnor.

Además, existe otras líneas de transmisión de propiedad de otras generadoras y de algunas empresas mineras que cubren las necesidades de diversos centro mineros (Anexo 2).

#### 6.2.4. Distribución.

6.2.4.1. Las empresas distribuidoras del sistema son: Emelari (Arica); Eliqsa (Iquique), y Elecda (Antofagasta), todas filiales de Emel S.A. Estas empresas son el resultado de la desconcentración que hizo Corfo de Edelnor, siendo posteriormente privatizadas en 1989 y adquiridas por Emel S.A., sociedad formada en su mayoría por ex funcionarios de Endesa. Últimamente ingresó a la propiedad de Emel, la empresa PP&L Global (Pennsylvania Power and Light Global Inc.) con un 25% del capital accionario.

6.2.4.2. Las tres distribuidoras antes mencionadas tienen hasta el 31 de diciembre de 2001, contratos de suministro con Edelnor. Su demanda de potencia alcanza a un 40% de la potencia de esta empresa, pero sólo a un 10% de la total del sistema. En cuanto a energía, expresada en GWh, durante 1997 el consumo de las distribuidoras alcanzó a 729,6 GWh, sobre un total de venta de las cuatro empresas generadoras de 5748,9 GWh representando el consumo de las distribuidoras, un 14,5% del total.

#### 6.3. Principales características que diferencian al SING del SIC.

6.3.1. El Sistema Interconectado del Norte Grande, SING, como ya se ha dicho, está ubicado en las dos primeras regiones en que administrativamente se divide el país – Tarapacá y Antofagasta-.. Ambas ocupan una superficie de 185,142 Km<sup>2</sup> que corresponde al 24,5% del territorio nacional, excluyendo el Territorio Antártico Chileno.

El Sistema Interconectado Central, SIC, abarca desde Taltal al sur de la II Región, hasta la isla Grande de Chiloé por el sur. Esta área geográfica tiene una superficie de 326.412 Km<sup>2</sup> y corresponde al 43% del total del país, sin considerar el Territorio Antártico Chileno.

6.3.2. En cuanto a población, en el área del SING habita el 5,6% del total nacional, concentrada en unos pocos lugares muy distanciados entre sí.

En el territorio del SIC habita el 93% de la población del país, existiendo importantes centros urbanos cercanos entre sí. Las empresas distribuidoras del sistema dan servicio a 3.000.000 de clientes, en comparación con los 200.000 que son atendidos por las distribuidoras del SING.

6.3.3. En lo que respecta a generación, la potencia bruta instalada en el SIC alcanza a 6.000 MW, de los cuales más de un 70% corresponden a generación hidroeléctrica. En el SING con 1.600 MW de potencia bruta instalada, la generación hidroeléctrica es irrelevante.

6.3.4. En cuanto a ventas de energía, el consumo en el SING, según datos de 1997, últimos disponibles, fue de 6.612 GWh contra 23.882 GWh en el SIC. Como ya se ha mencionado, sólo el 14% aproximadamente corresponde a consumo de las distribuidoras, siendo el resto, consumo de empresas mineras.

6.3.5. De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende que el SING se caracteriza básicamente por lo siguiente:

- a) Centros de consumo de electricidad separados por grandes distancias.
- b) Escasos recursos de agua para generación eléctrica.
- c) Consumo de energía en las ciudades muy inferior al de las empresas mineras.

6.3.6. Otra característica del SING es que no existe integración vertical entre generación y distribución, lo que no ocurre en el SIC, donde Enersis S.A. controla a la principal distribuidora Chilectra S.A. que sirve, en conjunto con algunas filiales, a más del 50% de los clientes atendidos en el área del SIC, y también controla a Endesa S.A., que tiene una potencia instalada en generación superior al 50% del sistema. En cuanto a la transmisión, por las características de los consumos del SING, no existe una empresa como Transelec S.A., filial de Endesa S.A. que tiene el 70% de los kilómetros de líneas de transmisión existentes en el SIC, debiendo las otras generadoras utilizar mediante el sistema de peajes las líneas de Transelec para llegar a clientes que están fuera del alcance de sus líneas de transmisión propias.

6.4. Por Oficio GAGG042.99, de 13 de marzo de 1999, D. Rudolf Araneda Kauert, en representación de Nopel S.A., y en respuesta del Oficio N° 078, de 26 de febrero de 1999, de esta Fiscalía Nacional Económica, remitió copias autorizadas de los Convenios de Negocios y contratos celebrados el 6 de noviembre de 1998 por Emel S.A., Emelari S.A., Eliqsa S.A. y Elecda S.A. con la empresa Nopel Ltda.

Sin perjuicio de mantener en reserva tales documentos, atendida su importancia y confidencialidad, en los términos solicitados por la empresa Nopel S.A., en el referido oficio, el suscrito estima necesario, para la mejor comprensión y resolución de esta causa, formular ante esa H. Comisión algunas observaciones de carácter general relacionadas con los mencionados contratos, y con la participación que tuvo Edelnor con anterioridades a su celebración.

#### 6.4.1. Comunicaciones entre filiales de Emel y Edelnor.

6.4.1.1. En Octubre de 1998 las filiales de Emel indicaron a Edelnor las condiciones que requerían para prorrogar su contrato vigente, a fin de suministrar electricidad a partir de Enero del 2002. Entre ellas se solicitó: (i) que se pagara una prima en efectivo por la renovación del contrato, (ii) que se ofreciera un precio competitivo para poder atender a los clientes libres (el resto se compraría a precio de nudo).

6.4.1.2. El 20 de octubre de 1998, Edelnor respondió ofreciendo, entre otras cosas; (i) prorrogar el contrato (por tiempo indefinido) de modo de evitar la reali-

zación de una licitación que exigiría el nuevo reglamento, (ii) no se pagaría una prima en efectivo (por no ser compatible con la ley) pero se cobraría sólo el 95% del precio de nudo a partir del 2002 para los clientes regulados, (iii) se ofrecería un precio de 32 Milss/kwh para que las filiales de Emel atendieran los clientes libres.

6.4.1.3. el 09 de noviembre de 1998 Emel informó a Edelnor que sus filiales habían suscrito contratos con Nopel.

6.4.2. Convenio de negocios entre Emel y Nopel.

6.4.2.1. El 6 de noviembre de 1998 Emel y Nopel suscribieron un convenio de negocios, mediante el cual acordaron, entre otras condiciones, las siguientes.

6.4.2.2. Nopel se obliga a proveer toda la energía requerida para que las filiales de Emel atiendan a los clientes regulados y no regulados, en la forma establecida en el contrato. El contrato de suministro es de duración indefinida.

6.4.2.3. Nopel construirá determinados sistemas de transmisión, por cuyo uso las filiales de Emel pagarán peaje hasta el año 2021 en la forma establecida en el convenio.

6.4.2.4. Emel y Nopel acuerdan constituir una sociedad de transmisión que construirá ciertos sistemas de transmisión, los que operarán en condiciones de acceso abierto de acuerdo a la legislación. Emel (y sus filiales) poseerán el 60% de la sociedad y Nopel el 40% restante.

6.4.2.5. El precio de venta de la electricidad para los clientes regulados será el que fije la ley (es decir, el precio de nudo). Para los clientes no regulados los precios se convendrán en su momento.

7. Teniendo presente los antecedentes expuestos en el cuerpo de este oficio, el suscrito formula las siguientes conclusiones principales:

En cuanto a la omisión de proceso de licitación denunciado por Edelnor S.A. :

7.1. La exigencia contenida en el numeral 4.4. de la Resolución N° 488, de 1997 de esa H. Comisión, en orden que debe existir un proceso de licitación previo para proveer el suministro de energía eléctrico a las empresas distribuidoras, se estableció con motivo de la integración eléctrica en el SIC. Sin perjuicio de que el nuevo Reglamento Eléctrico haya generalizado respecto de todas las empresas de distribución eléctrica del país tal exigencia de la licitación, pero sólo con posterioridad a la celebración de los contratos impugnados por la denunciante.

Con todo, cabe señalar que la fiscalización en el cumplimiento del citado Reglamento es una materia de incumbencia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, de acuerdo con el D.F.L. N° 1 de 1982.

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

7.3. A lo anterior, habría que agregar que las empresas Emelari, Eliqsa, Elecda y Nopel no tienen una posición dominante en el mercado de compra y venta en bloque de energía y potencia en el SING, no obstante lo cual, por constituir las tres primeras monopolios naturales en sus respectivas áreas de concesión, es preciso reconocer que las condiciones acordadas con los proveedores necesariamente comprometen a los clientes de las distribuidoras, los que en general no tienen alternativas de abastecimiento.

En cuanto a los convenios celebrados entre el grupo Emel S.A. y Nopel S.A. :

7.4. El contrato entre Emel y Nopel involucra no sólo la compraventa de electricidad sino también el acuerdo de constituir una sociedad de transmisión conjunta en el SING.

7.5. Edelnor ofrecía vender su electricidad a precio rebajado (95% del precio de nudo). Emel, sin embargo, prefirió no acceder al descuento, pero optar en cambio por la construcción de un nuevo sistema de transmisión, competitivo al de Edelnor (en sociedad con ElectroAndina) y su participación en una sociedad de transmisión.

7.6. El convenio de negocios firmado entre EMEL, EMELARI, ELIQSA y ELECDA con NOPEL básicamente contiene dos puntos relevantes :

- a) Incluye contratos exclusivos de suministro en el cual el grupo EMEL y NOPEL se comprometen a una compra/venta de energía eléctrica por la totalidad de las necesidades del grupo EMEL, incluyendo clientes regulados y no regulados. Este contrato se inicia a contar del 1° de enero del 2.002 con duración indefinida. Se establece como precio de compra por parte del grupo EMEL a NOPEL, el precio máximo regulado, es decir, el "precio de nudo".
- b) Incluye el acuerdo de formación de una sociedad de transmisión entre el grupo EMEL y NOPEL. Esta sociedad se establecerá como sociedad anónima cerrada de giro exclusivo, sujeta a las normas aplicables a las sociedad anónimas abiertas.

Al respecto, el suscrito formula los siguientes reparos :

- I. Respecto de la exclusividad y la duración indefinida de los contratos de suministro.

Las cláusulas de exclusividad y de duración indefinida de los convenios significa dejar sin aplicación la instrucción de carácter general establecida en el punto 4.4 de la Resolución N°488 del 11 de junio de 1997, la cual indica :

"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".

También dichas cláusulas hacen inaplicable el artículo 240 del Reglamento Eléctrico que establece :

"Para asegurar el cumplimiento de la obligación de dar suministro, los concesionarios de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del abastecimiento de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total de sus necesidades proyectadas para, a lo menos, los próximos tres años.

Si la obligación anterior se cumple mediante contratos, para los efectos de tales contrataciones, los concesionarios de servicio público de distribución deberán implementar un sistema de acceso abierto a los diferentes oferentes del mercado, en que se convoque públicamente a éstos a participar en el abastecimiento que requieran contratar, bajo condiciones libremente definidas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y de público conocimiento".

Lo anterior debido a que al hacer contratos de exclusividad, de duración indefinida y pactados al precio máximo o precio de nudo, no podrán materializarse las normas establecidas por la H. Comisión Resolutiva y la Autoridad, que tienen como fin :

- el acceso sin discriminación al mercado de las empresas concesionarias de distribución por parte de cualquier empresa de generación eléctrica.
- el traspaso a los usuarios de los costos reales de compra por parte de las empresas concesionarias de distribución eléctrica, y no las tarifas máximas fijadas por la Autoridad.

Por tales razones el suscrito estima que procedería dejar sin efecto la cláusula que establece una duración indefinida en los contratos de suministro convenidas entre el grupo EMEL y NOPEL teniendo éstas que disponer una duración definida y, asimismo, considera que correspondería reafirmar el criterio de carácter general contenido en el 4.4 de la Resolución N°488, en el sentido de que las empresas

concesionarias de distribución deben traspasar a los usuarios los eventuales menores costos derivados de un sistema de licitación de compras de energía y potencia, instruyendo a la Autoridad para que esta instrucción se formalice en la instancia normativa correspondiente (Ley, Reglamento o instructivo de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles).

- II. Respecto del abastecimiento de clientes libres del grupo EMEL abastecidas actualmente por Edelnor S.A.

El segundo párrafo del punto 3.2 de la página 6 del convenio celebrado entre el grupo EMEL y NOPEL establece lo siguiente :

“Las partes convienen en realizar sus mejores esfuerzos para que los actuales clientes libres de las distribuidoras del SING, atendidas con el suministro adquirido a Edelnor, sean atendidos con el suministro de NOPEL, con anterioridad al 1° de enero del 2.002. Las condiciones y tarifas otorgadas por NOPEL para estos clientes serán a lo menos las condiciones otorgadas por Edelnor”.

Esta cláusula, a juicio del suscrito, sería atentatoria a la competencia en el sector eléctrico, pues las partes están conviniendo que el grupo EMEL el cual es dueño de las redes eléctricas a las que están conectados los clientes libres y que tiene contratos de suministro con éstos, promueva que estos clientes cambien de suministrador de Edelnor a NOPEL, antes del término de las condiciones contratadas entre las distribuidoras del grupo EMEL y Edelnor. La situación anterior es discriminatoria con Edelnor , por cuanto constituye un acuerdo entre el grupo EMEL y NOPEL para que Edelnor pierda rápidamente la entrega de suministro, afectándolo comercialmente en el corto plazo.

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

Esto se comprueba al estudiar los actuales contratos entre las distribuidoras del grupo EMEL en el SING y Edelnor referentes a clientes no sometidos a regulación de precios, los cuales tienen una duración al menos hasta el 2.002 y el 2.004.

Por las razones anteriores es que el infrascrito estima conveniente lo siguiente :

1. Que se deje sin efecto el párrafo 2° del punto 3.2 de la página 6 del convenio entre el grupo EMEL y NOPEL, además de las cláusulas de los contratos de las distribuidoras individualmente con EMEL que se relacionen con el párrafo descrito.
2. Hacer una prevención en el sentido que las empresas distribuidoras deberán permitir que se establezcan servidumbres de postación y de paso de electricidad/

2. Hacer una prevención en el sentido que las empresas distribuidoras deberán permitir que se establezcan servidumbres de postación y de paso de electricidad por parte de cualquier interesado según establecen los artículos 51° del D.F.L. N°1/82(M), Ley Eléctrica, y 77° del D.S. N°327/98(M), Reglamento Eléctrico, para los clientes indicados en el artículo 90° y 91° de la Ley Eléctrica y 251° y 252° del Reglamento Eléctrico. Además, la Autoridad deberá estar vigilante de que los clientes libres de empresas generadoras en zonas de concesión de empresas distribuidoras reciban el suministro en condiciones equivalentes al resto de los clientes de las empresas de distribución.
  3. Prevenir a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para que dicte la norma establecida en el artículo 95° del D.S. N°327/98(M), Reglamento Eléctrico, referida a servidumbres de paso de electricidad en instalaciones de distribución. Como, asimismo, se mantenga la información establecida en los artículos 93° al 95° del mismo cuerpo legal, a cualquier interesado en establecer servidumbres de postación y de paso de electricidad en instalaciones de distribución eléctrica.
- III. Respecto de la formación de una sociedad de transmisión entre el grupo EMEL y NOPEL

En el convenio entre el grupo EMEL y NOPEL se establece que estas empresas formarán una sociedad de transmisión la cuál se constituirá como una sociedad anónima cerrada de giro exclusivo, sujeta a las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas.

En esta parte, el convenio constituye otro ejemplo de las desventajas que presenta la integración vertical en el sector eléctrico. Edelnor S.A. es dueña de las líneas de transmisión desde las centrales generadoras hasta las instalaciones de distribución del grupo EMEL, entonces otra generadora como NOPEL prefiere construir, con EMEL, un nuevo sistema de transmisión para poder acceder a estas distribuidoras, en vez de negociar peajes con Edelnor. La decisión de construir un nuevo sistema de transmisión si bien mejora la competencia en el SING, representa un costo injustificado para el país por la duplicidad de inversiones; y esta duplicidad es debida a que NOPEL prefiere independizarse de las instalaciones de otro generador como Edelnor, pues asume que no podrá competir en igualdad de condiciones con una empresa que esta integrada verticalmente. Esta situación ya se había hecho patente con la construcción por parte de COLBUN S.A. de una línea propia de transmisión en el SIC. Cabe hacer notar que esta situación puede ocurrir en el Norte del país, donde es fácil conseguir servidumbres prediales, o para empresas como COLBUN en el SIC, debido a su localización y tamaño, pero esto se vuelve cada vez más difícil para empresas de menor tamaño, que se encuentren más lejos de los centros de consumo y a medida que las líneas deban cruzar zonas urbanas.

Si bien como resultado de lo anterior se obtienen dos empresas integradas verticalmente, lo que mejoraría la competencia en el SING, la integración vertical seguirá entabando a otros generadores actuales o futuros que no tengan líneas de transmisión.

Cabe destacar que la sociedad de transmisión que se creará será dueña de los activos de transmisión, sociedad anónima cerrada de giro exclusivo, sujeta a las normas aplicables a las sociedad anónimas abiertas. Esto se puede comparar con la otra empresa de transmisión en el SING, SITRANOR también sociedad anónima cerrada, la cuál administra los activos de transmisión de Edelnor y Codelco. O sea, en el SING se tendrán dos sociedades anónimas cerradas de transmisión, una dueña de activos, otra con activos arrendados.

Lo anterior apunta en el sentido contrario a la instrucción de carácter general del punto 4.2 de la Resolución N°488 del 11 de junio de 1997, la cual indica :

“Las asimetrías de información entre los distintos actores del mercado frente al transmisor en alta tensión, hacen necesario que la empresa Transselec S.A. se transforme, en la forma en 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”.

En este sentido esta Fiscalía estima que se debe establecer que en el convenio de negocios entre el grupo EMEL y NOPEL, la sociedad de transmisión que se está creando deberá convertirse en sociedad anónima abierta en un plazo razonable, no superior a dos años; conforme al criterio establecido en el punto 4.2 de la Resolución N° 488/97.

8.- En otro orden de consideraciones y teniendo presente que, a juicio del suscrito, la denuncia de Edelnor S.A., en lo que se refiere a la omisión de un proceso de licitación en el SING carece de fundamentos suficientes, he estimado inoficioso referirme a los diversos planteamientos de orden constitucional y legal que formulan las denunciadas, en relación con una supuesta falta de legitimidad y validez que atribuyen a una eventual decisión de dejar sin efecto los contratos en cuestión, del Reglamento Eléctrico y del alcance que tendría la Resolución N° 488, de 1997, de esa H. Comisión.

9.- Por las consideraciones expuestas el Fiscal infrascrito solicita a esa H. Comisión tener por evacuado el informe requerido a fs. 96 de estos autos, expresando a US. que, en su opinión, y salvo mejor parecer de esa H. Comisión, procedería // desestimar la denuncia formulada por Edelnor S.A. en contra de las empresas Emel S.A., Emelari S.A., Eliqsa S.A., Elecda S.A. y la sociedad Nopel Ltda en cuanto solicita dejar sin efecto los contratos a que se refiere el presente informe, en razón de haberse omitido un proceso de licitación para adjudicar el suministro de energía a las empresas distribuidoras del grupo Emel S.A...

10.- Sin perjuicio de lo anterior, solicito a esa H. Comisión que, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 17 letra a) número 1 del Decreto Ley N°211 de 1973, disponga la modificación del convenio celebrado el 6 de noviembre de 1998, entre las empresas del grupo Emel S.A. y Nopel S.A., en los siguientes términos :

1. Que se deje sin efecto la cláusula que establece una duración indefinida en los contratos de suministro convenidas entre el grupo EMEL y NOPEL teniendo estas que disponer una duración definida.
2. Que se deje sin efecto el párrafo 2° del punto 3.2 de la página 6 del convenio entre el grupo EMEL y NOPEL, además de las cláusulas de los contratos de las distribuidoras individualmente con EMEL que se relacionen con el párrafo descrito.

11.- Asimismo, solicito a esa H. Comisión se sirva acoger las prevenciones indicadas en el número 7.6. de este oficio, en cuanto :

1. Hacer una prevención en el sentido que las empresas distribuidoras deberán permitir que se establezcan servidumbres de postación y de paso de electricidad por parte de cualquier interesado según establecen los artículos 51° del D.F.L. N°1/82(M), Ley Eléctrica, y 77° del D.S. N°327/98(M), Reglamento Eléctrico, para los clientes indicados en el artículo 90° y 91° de la Ley Eléctrica y 251° y 252° del Reglamento Eléctrico. Además, la Autoridad deberá estar vigilante de que los clientes libres de empresas generadoras en zonas de concesión de empresas distribuidoras reciban el suministro en condiciones equivalentes al resto de los clientes de las empresas de distribución.
2. Hacer una prevención a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para que dicte la norma establecida en el artículo 95° del D.S. N°327/98(M), Reglamento Eléctrico, referida a servidumbres de paso de electricidad en instalaciones de distribución. Como, asimismo, se mantenga la información establecida en los artículos 93° al 95° del mismo cuerpo legal, a cualquier interesado en establecer servidumbres de postación y de paso de electricidad en instalaciones de distribución eléctrica.
3. Hacer una prevención al grupo EMEL S.A. y NOPEL S.A., respecto que la sociedad de transmisión que se está creando deberá convertirse en sociedad anónima abierta en un plazo razonable, no superior a dos años; conforme al criterio establecido en el punto 4.2 de la Resolución N° 488/97.

Saluda atentamente a la H. Comisión,

  
  
**RODRIGO ASENJO ZEGERS**  
Fiscal Nacional Económico

ISC/ACG/cmjg  
378