

EN LO PRINCIPAL: Informa. EN EL OTROSÍ: Personería y poder.

## H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, con domicilio en Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, en los autos caratulados "Demanda de Gestora de Fondos de Inversión Privados San Pedro S.A. y otra contra CGE Distribución S.A.", Rol C N° 216-10, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Conforme a lo ordenado mediante ORD. N° 1077, de 28 de diciembre de 2010, de S.S., y encontrándome dentro de plazo, informo al tenor de la demanda y contestación de autos acerca del eventual compromiso para el interés público que podrían representar los hechos materia de la presente litis.

### I. ANTECEDENTES

#### I.1. LA DEMANDA

1. Con fecha 28 de octubre de 2010, Gestora de Fondos de Inversión Privados San Pedro S.A. y El Venado Fondo de Inversión Privado<sup>1</sup> (en adelante "Gestora San Pedro y Fondo El Venado" o "las demandantes") demandaron a la empresa CGE Distribución S.A. (en adelante "la demandada" o "CGE") por abuso de posición dominante y restricciones a la libre competencia.
2. Los hechos en que se funda la demanda tienen su origen en un Proyecto inmobiliario desarrollado por las demandantes, denominado Fundo y Loteo El Venado, ubicado en la comuna de San Pedro de la Paz, Concepción, VIII

<sup>1</sup> La sociedad Gestora de Fondos de Inversión Privados San Pedro S.A. es la actual administradora del Fondo de Inversión Privado El Venado.

Región, consistente en el loteo y urbanización de terrenos para la construcción de viviendas en la ciudad referida<sup>2</sup>, y en las correspondientes gestiones para la provisión y suministro de los servicios públicos básicos para ese proyecto, dentro de los cuales está el de energía eléctrica.

3. Conforme a lo anterior, Gestora San Pedro y Fondo El Venado hicieron ejecutar las obras necesarias de urbanización de su proyecto, dentro de las cuales estaba la red pública de electrificación y alumbrado y las redes tendientes a la obtención de alumbrado público y suministro de energía eléctrica de los terrenos, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N°1 de Minería del año 1982, en adelante LGSE<sup>3</sup>). De esta forma, las demandantes habrían cumplido con el deber de efectuar el aporte de financiamiento reembolsable para la extensión de las instalaciones hasta el punto del empalme.
4. Indican las demandantes que, de acuerdo con la disposición antes citada, dos son las formas o modalidades de entregar el aporte financiero:
  - 4.1. El peticionario podrá construir las obras de extensión sobre la base de un proyecto aprobado por la empresa eléctrica. El valor de estas instalaciones, que corresponde al financiamiento reembolsable aportado por el peticionario, será determinado por la empresa en el momento de aprobar el proyecto; y
  - 4.2. El peticionario podrá financiar las obras por el valor determinado por la empresa, obligándose ésta a construirla una vez asegurado el financiamiento.
5. Gestora San Pedro y Fondo El Venado, para la urbanización de las Etapas I, II, III de su proyecto, optaron porque CGE construyera las obras de

<sup>2</sup> Este proyecto de urbanización ha constado de distintas y sucesivas etapas: la I, II y III entre los años 2003 al 2006, la IV en el año 2008 y la actual V en el año 2010.

<sup>3</sup> El D.F.L. N°4/20.018, de 5 de febrero de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, fijó su texto refundido, coordinado y sistematizado.

infraestructura eléctrica. No obstante, para el caso de la Etapa IV, las demandantes optaron porque un tercero especializado autorizado, Sociedad Americana de Multiservicios Ltda. (CAM), las realizara, y que CGE pagara por esas obras los mismos valores que ella había cotizado previamente, más los eventuales aumentos de costos o valores<sup>4</sup>.

6. Se señala en la demanda que el monto total de las obras presentado a CGE por Gestora San Pedro y Fondo El Venado fue por la suma total de \$213.311.519.-, más otras partidas por concepto de estudios de proyecto e inspección técnica de obra.
7. No obstante, frente a la oferta formal de las demandantes para que CGE adquiriera las instalaciones eléctricas subterráneas de la Etapa IV del proyecto y se procediera a la transferencia de las obras recibidas por el Inspector Técnico de la Obra (ITO) de CGE, y se diera lugar a la extensión del certificado correspondiente que acreditara su existencia para los efectos de su recepción por parte la autoridad, la demandada habría respondido haciendo referencia a su nueva política de adquisiciones para el caso de obras ejecutadas por terceros, las que - habría anunciado - serían más gravosas que las seguidas en el evento de ser la misma CGE quien las ejecutara.
8. Es así que mediante Carta GZ N°009/2010, de 7 de junio de 2010, CGE - según se indica en la demanda - ofreció adquirir las obras e instalaciones señaladas por la suma neta de \$171.000.000.-, que correspondería al valor costo de CGE, monto que se pagaría conforme al grado de conexión del servicio público eléctrico de las unidades que conforman el loteo referido,

---

<sup>4</sup> Se debe considerar que las demandantes refieren en su libelo que las disposiciones que regulan la ejecución de su proyecto ordenan la canalización subterránea de las líneas distribuidoras de energía eléctrica y telecomunicaciones en el lugar donde éste se desarrolla. Citan el efecto: a) Plan Seccional El Venado, aprobado por el Concejo Regional de la Región del Biobío, según Ord. N°10, de 23 de mayo de 2001; b) Decreto Alcaldicio N°33, de 19 de enero de 2001 de la I. Municipalidad de San Pedro de la Paz, y c) Ordenanza Municipal N°17, del año 2003, de la I. Municipalidad de San Pedro de la Paz, que recoge el Acuerdo N°201 Ext.-40-2003, de 29 de abril de 2003, del Concejo Municipal de la misma Municipalidad.

hasta alcanzar el 100% de las conexiones. Adicionalmente, la demandada habría ofrecido, como alternativa, comprar dichas instalaciones en \$102.000.000.-, al contado, en dinero efectivo, al momento de celebración de la compraventa, considerando en esa nueva oferta el riesgo de recuperación de la inversión.

9. Posteriormente, y a pesar de lo anterior, las demandantes sumaron al valor inicial conceptos por aumento de obras eléctricas y por redes de corrientes débiles y gastos por Inspección Técnica de la Obra y Estudios del Proyecto, llegando a una suma global de \$291.902.555.-, lo cual fue comunicado a CGE por carta de fecha 30 de junio de 2010.
10. CGE, respondiendo la misiva anterior mediante Carta GZ N°012/2010, de 21 de junio de 2010, habría ratificado su presupuesto anterior y no habría aceptado los nuevos conceptos sumados, aduciendo diversas razones de orden técnico. Esta conducta, según estas empresas, se estaría reeditando en la Etapa V de su proyecto inmobiliario.
11. En definitiva, Gestora San Pedro y Fondo El Venado alegan que CGE, amparada en su posición dominante en este mercado y abusando de la misma, no habría accedido a comprar las instalaciones eléctricas referidas en las condiciones ofertadas, pues sabía que mientras no ocurriera ello no habría conexión ni se podría energizar las unidades y lotes del proyecto de las demandantes. Lo anterior se produciría porque los oferentes de productos inmobiliarios en la zona serían clientes cautivos de la concesionaria y porque los precios de las instalaciones eléctricas subterráneas no están sujetos a tarificación, lo que le permitiría condicionar y aplazar el reembolso de los costos de esas obras.
12. Solicitan las demandantes en la parte petitoria de su libelo que se declare que las conductas antes descritas son contrarias a la libre competencia; que se reembolsen los gastos incurridos por ellas o, en su defecto, que CGE

pague los montos indicados en su presupuesto; que se adopten medidas para que se ponga término a la conducta abusiva de CGE; se la multe y se le ordene realizar las conexiones eléctricas que se demandan y entregar el servicio de distribución de energía eléctrica respecto del alumbrado público.

## I.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

13. Con fecha 10 de diciembre de 2010, CGE contestó la demanda interpuesta por Gestora San Pedro y Fondo El Venado, señalando que las conductas abusivas denunciadas por las demandantes serían:

13.1. Su negativa a comprar las instalaciones eléctricas y de corrientes débiles o telecomunicaciones de la denominada IV Etapa del proyecto inmobiliario de las demandantes (incluyendo obras eléctricas y de telecomunicaciones de las avenidas John Mac Nab y William Condon) al precio pretendido por éstas; y

13.2. Su negativa a energizar las redes eléctricas mientras no se produzca su transferencia de dominio.

14. Respecto de las peticiones de las demandantes de que ese H. Tribunal ordene reembolsar los gastos para la construcción de las obras de energía eléctrica o pagar, a lo menos, los montos indicados por CGE en los presupuestos, y proceder a la inmediata conexión de sus instalaciones eléctricas a la redes de distribución de la demandada, CGE sostiene que se trataría de peticiones que no están dentro de las facultades que tiene el TDLC<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> La demandada sostiene que dentro de las medidas taxativas establecidas en el artículo 26 del D.L. N°211 no está la facultad de ordenar transferencias patrimoniales - a título de indemnización, reembolso, pago de obligaciones o cualquier otro - ni la de ordenar la conexión de instalaciones eléctricas o, en general, dar servicio eléctrico. En el primer caso, serían los Tribunales Ordinarios de Justicia los llamados a resolver esa petición, situación que se corroboraría con lo dispuesto en el D.L. N°211 en relación con las acciones de indemnización de perjuicios. Respecto del segundo, esto es, en cuanto a la conexión de nuevos clientes y la extensión de redes dentro de las zonas de concesión de las empresas que prestan el servicio público eléctrico de concesión, CGE sostiene

15. La demandada reconoce haber construido las obras correspondientes a las primeras tres etapas del proyecto de manera subterránea y a solicitud de Inmobiliaria San José S.A.<sup>6</sup>, no cobrando remuneración alguna o una mínima por esa gestión, asumiendo la totalidad o parte importante de los costos, lo cual se habría fundado en una decisión comercial errónea, a pesar de que la condición normal en ese momento era la construcción por vía aérea, de un costo mucho menor. En definitiva, señala que la tasa de ocupación y conexión al servicio fue lenta, no obteniéndose el retorno esperado de la inversión.
  
16. Basado en la experiencia anterior, y teniendo presente que el 10 de abril de 2007 la I. Municipalidad de San Pedro de La Paz dispuso el soterramiento de todas las líneas eléctricas para futuros proyectos en la zona, CGE publicó su nueva política comercial<sup>7</sup> de no volver asumir (al menos totalmente, según ella), los costos de construcción de líneas eléctricas para urbanizaciones, considerando que dicha inversión constituye parte del negocio del urbanizador y que, además, normativamente ese costo debía ser asumido por el desarrollador inmobiliario, según lo dispondría el artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. De esta forma, en virtud de esa nueva política, en lo relativo a la adquisición de redes, lo que CGE pagaría de ahí en adelante sería el costo de construcción de dichas redes, en caso que la construcción quedara entregada a un tercero, estableciendo, según ella, un criterio uniforme, con idéntico trato para todos los urbanizadores.

---

que la facultad de impartir instrucciones en relación a estas materias sería de exclusiva competencia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC): Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N°4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción), arts. 125 y 136; Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos (D.S. N°327 de 1997, del Ministerio de Minería), arts. 110 y 111; y Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Ley N°18.410), arts. 2° y 3° (N°, 4, 10, 13 y 36).

<sup>6</sup> CGE precisa que las demandantes se constituyeron como sociedades en los meses de noviembre y diciembre de 2008, y que solo con posterioridad a esa fecha, y cuando las obras de la Etapa IV y anexas ya habían sido encomendadas a CAM, tomó contacto con las demandantes.

<sup>7</sup> Carta GC-186/2009, de fecha 26 de mayo de 2009, de CGE, dirigida a la Delegación Regional de la Cámara Chilena de la Construcción.

17. Ahora bien, en el evento que fuese CGE Distribución S.A. la que prestase el servicio de construcción, vale decir, en el evento que esa concesionaria ejecutase la obra, ésta contemplaría un margen de utilidad, por sobre su propio costo de ejecución de la obra en su presupuesto<sup>8</sup>. Tal criterio sería la justificación del diferencial entre el presupuesto entregado por CGE al urbanizador por un valor de \$213.311.519 y el valor ofrecido para adquirir las obras, que fuesen ejecutadas por un tercero, por un valor de \$171.000.000.
18. La demandada refiere que, luego de entregado su presupuesto (de construcción de la obra) a las demandantes, éstas libremente contrataron a la empresa CAM para la construcción de las obras completas de urbanización eléctrica, lo que se habría verificado en el denominado mercado de la construcción de obras eléctricas. A pesar de lo anterior, igualmente se contrató a CGE para los efectos de que actuara como ITO, de modo de asegurar el cumplimiento de la normativa técnica y de seguridad de las obras eléctricas para su posterior venta y la obtención del certificado de dotación de redes de electricidad y alumbrado público mencionado en el artículo 3.4.1 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.
19. En esta parte de su alegación, CGE señala que no tenía ninguna obligación de prestar los servicios para los cuales en definitiva fue contrata la empresa CAM; que no tiene poder de mercado alguno para distorsionar los precios en ese mercado, y que no se le puede reprochar haber incluido dentro de su presupuesto un legítimo margen de utilidad sobre el costo de las obras presupuestadas.
20. En cuanto a la nueva política aplicada por la empresa, CGE señala que ésta siempre estuvo en conocimiento de las demandantes, ello desde antes de la construcción de la Etapa IV, ya que fue tratada en diversas reuniones

<sup>8</sup> Esto se deduce de la contestación de la demanda a fojas 59: *"No existiendo obligación alguna para CGE Distribución de prestar el servicio de construcción y no contando ella con poder de mercado para distorsionar los precios, resulta absolutamente irreprochable que nuestra representada haya considerado dentro de los presupuestos referidos un legítimo margen de utilidad, por sobre el costo de las obras presupuestadas..."*

sostenidas con sus representantes, tanto cuando lo eran de Inversiones San José como cuando lo eran de las actuales demandantes<sup>9</sup>, y porque ésta fue formalmente comunicada a la Cámara Chilena de la Construcción, Delegación Regional Concepción.

21. Acerca de una supuesta negativa de CGE a la recepción de las obras efectuadas por CAM, con el eventual afán de retrasar su entrega y así presionar por la compra de las obras eléctricas al último valor ofrecido, la demandada sostiene que las obras en un principio se rechazaron por razones técnicas, pero que una vez solucionadas fueron aprobadas, momento en el cual las demandantes solicitaron la emisión del certificado de ejecución de las redes y obras complementarias de electrificación y alumbrado público, el que suponía la adquisición previa de las obras por parte de la concesionaria, conforme lo establece la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en el N°4 del artículo 3.4.1., lo que en definitiva no ha ocurrido hasta la fecha por falta de acuerdo en el precio de las obras<sup>10</sup>.
22. Respecto del servicio público eléctrico y de la supuesta negativa de CGE a la prestación de ese servicio, afirma que se trata de un mercado sujeto a regulación tarifaria, donde ella, en calidad de oferente único o monopolístico, debe prestar ese servicio a los usuarios o clientes finales, conforme lo obliga la LGSE, su reglamento, normas reglamentarias y técnicas específicas y decretos de concesión. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos artículo 7° y 225, letra K), de la LGSE, los urbanizadores -indica- no tendrían la calidad de usuarios o demandantes de ese servicio, ya que su único interés sería dotar de factibilidad de ese servicio a los inmuebles

<sup>9</sup> CGE señala que su política original fue cambiada voluntariamente para beneficio de las demandantes, pues se pasó de considerar para efectos de reembolso los costos de las obras desde tendido aéreo a canalización subterránea.

<sup>10</sup> CGE sostiene que las demandantes obtuvieron la recepción definitiva de las obras de urbanización del loteo con un certificado de dotación eléctrica emitido por la SEC, institución que no estaría habilitada para emitir ese tipo de certificados, pues solo la concesionaria de electricidad puede otorgarlo, y siempre que adquiera las redes eléctricas o, en su defecto, extienda su propia red. Esta materia, mantiene la demandada, actualmente está siendo sometida al conocimiento de la Contraloría General de la República.



urbanizados, como insumo para su mayor valor y posterior venta; el usuario o cliente final se referiría únicamente a quien efectivamente consume energía para satisfacción de sus necesidades, lo que no se aplicaría a consumos potenciales, futuros e inciertos, como serían los asociados a lotes urbanizados. Estos serían destinatarios del servicio público referido solo una vez que sean adquiridos, efectivamente habitados y que comiencen a demandar energía eléctrica.

23. En cuanto al mercado de la construcción de redes eléctricas, CGE afirma que se trata de un mercado no regulado y competitivo, con pluralidad de oferentes<sup>11</sup> y demandantes, y que el margen de utilidad contenido en el presupuesto dado a Gestora San Pedro y Fondo El Venado y su diferencia con la oferta posterior para la adquisición de las redes construidas por CAM es absolutamente lícita.
24. Finalmente, en lo que dice relación con los aportes financieros reembolsables, ya en lo referido a la venta de redes eléctricas por parte de los urbanizadores, CGE asegura que dicha institución no es aplicable en la especie, ya que: a) dichos aportes se refieren al servicio público de distribución, que se presta a usuarios finales y no a un urbanizador; b) se justifica para beneficiar a un sujeto con necesidad propia de energía y no a un inversionista, y c) que el concepto de reembolso no corresponde a un precio, sino que a un medio de financiamiento para asegurar la dotación de suministro dentro de la zona de concesión. Señala, en definitiva, que aunque esta institución no es aplicable a la relación entre urbanizador y empresa distribuidora eléctrica, esos aportes siempre requieren de acuerdo previo entre usuario y concesionario, sin que el aportante pueda imponer un precio unilateral<sup>1213</sup>.

---

<sup>11</sup> CGE nombra las siguientes empresas: Ingeniería Eléctrica y Construcción Misael Flores Lara Ltda., Marco Araneda Letelier (Engelec) y Juan Ayala y Cía. Ltda.

<sup>12</sup> En esta parte de la contestación, CGE a pesar de sostener previamente que esa institución no es aplicable a la relación entre el urbanizador y la concesionaria, en la práctica la aplica y, además, utiliza el calificativo de usuario.

## II. CONDUCTAS IMPUTADAS

25. La discusión de autos se centra en la facultad discrecional que tendría la concesionaria del servicio de provisión de energía eléctrica para imponer o alterar válidamente las condiciones de adquisición de obras eléctricas en el caso que las mismas sean efectuadas por terceros distintos a ella, a petición de un urbanizador. En el caso de ejecutar estas obras directamente, las presupuestaría a un costo determinado, pero en el caso de hacer estas obras un tercero, y aún sobre la base de ese mismo presupuesto, rechazaría pagarlas a ese valor, rebajándolas sustancialmente.
26. Lo anterior se daría debido a que la concesionaria es monopólica en el área de concesión, por lo que los demandantes de sus servicios, como son Gestora San Pedro y Fondo El Venado, estarían cautivos y no podrían comercializar su proyecto mientras la demandada no realice las obras eléctricas de rigor o ellos no acepten las condiciones de adquisición de las obras hechas por terceros a su pedido, en términos de precios y plazos, lo cual se complejizaría aún más si se considera que las obras de instalación eléctricas subterráneas no estarían sujetas a regulación tarifaria.

## III. REGULACIÓN

27. La LGSE regula orgánicamente la industria eléctrica, rigiendo la producción, el transporte, la distribución, el régimen de concesiones y tarifas de la energía eléctrica, como asimismo las funciones del Estado en este ámbito. Esta normativa se complementa con el Reglamento de la LGSE, contenido en el Decreto Supremo N° 327, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial de fecha 10 de septiembre de 1998, dictado para la correcta ejecución y aplicación de la LGSE. Para los efectos del análisis del presente caso, también interesa desde el punto de vista normativo la Ley N°18.410, de

---

<sup>13</sup> Las sumas adicionales demandadas por Gestora San Pedro y Fondo El Venado CGE las rechaza por no estar considerándolas en el presupuesto original, por carecer de título concesional para operarlas y explotárlas (corrientes débiles) y, en general, por ser a su juicio improcedentes.

1985, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), fijando su estructura, funciones y atribuciones.

28. Desde la perspectiva regulatoria, la discusión de autos se enmarca en el segmento de distribución del mercado eléctrico, cuyas principales características son la exclusividad y la obligación de su prestación dentro de la zona de concesión.
29. En efecto, este servicio, que tiene como fin entregar el servicio de provisión de energía eléctrica a usuarios finales dentro de la zona de concesión respectiva, y que junto con el de generación y transmisión completan el ciclo eléctrico, funciona como monopolio legal, debido a que se otorga bajo un régimen de concesión.
30. Relevante resulta para el análisis del presente caso la obligatoriedad que caracteriza a este segmento del mercado eléctrico, particularidad que se correlaciona con el otorgamiento de la concesión misma que autoriza a las empresas distribuidoras a prestar su servicio y que al mismo tiempo las obliga a suministrar electricidad a los usuarios finales en función de una tarifa regulada, atendida su condición de monopolio legal. Así lo dispone el artículo 125 de la LSGE:

*‘En su zona de concesión, las empresas distribuidoras de servicio público estarán obligadas a dar servicio a quien lo solicite, sea que el usuario esté ubicado en la zona de concesión, o bien se conecte a las instalaciones de la empresa mediante líneas propias o de terceros, bajo las condiciones estipuladas en el artículo 126 (...).’*

31. Esta obligación de provisión del servicio público de suministro eléctrico en el área de concesión, implícitamente, contempla la realización de las obras necesarias para cumplir dicho objetivo, esto es, la construcción de la infraestructura o redes de distribución eléctrica necesarias que permitan brindar el servicio al cliente respectivo.

32. Atendido el hecho de que se está en presencia de un servicio de utilidad pública, la LGSE prohíbe que el concesionario de distribución de energía eléctrica discrimine entre los usuarios que requieren de ese servicio, alegando, a modo ejemplar, razones comerciales o de riesgo de la inversión u otras similares. Precisamente, para resolver esta problemática es que existen los denominados Aportes Financieros Reembolsables (AFR), los que se analizan a continuación.
33. El Título IV de la LGSE, denominado De la Explotación de los Servicios Eléctricos y del Suministro, en sus artículos 123 a 146, se ocupa, en lo que interesa, de la canalización subterránea de líneas, **alternativas de financiamiento de las obras frente a solicitudes de servicio o aumento de capacidad de consumo y los respectivo reembolsos**, de la obligatoriedad en la prestación del servicio eléctrico, la extensión de los servicios y el deber de mantenimiento de las instalaciones, entre otras materias.
34. Es relevante tener en cuenta que el artículo 124 de la LGSE dispone que el concesionario puede exigir la entrega de dichos aportes a las Municipalidades, cuando tales organismos han decretado la canalización subterránea de sus líneas de distribución<sup>14</sup>.
35. En la especie, interesa también lo preceptuado en el artículo 126 de la LGSE que faculta a las concesionarias distribuidoras, en cumplimiento de la obligación de provisión de servicio público, a solicitar aportes de fondos

---

<sup>14</sup> "Dentro del territorio en que el concesionario haga servicio público, en las calles o zonas que fijan los Alcaldes, éstos podrán decretar, oídos los concesionarios, que canalicen subterráneamente sus líneas de distribución existentes de energía eléctrica. En este caso el concesionario podrá exigir a la Municipalidad un aporte financiero reembolsable por el costo de las obras de la canalización subterránea, deducido el valor de los materiales de la línea aérea existente que se retire. El concesionario determinará los valores que correspondan, pero la Municipalidad podrá reclamar a la Superintendencia, quien efectuará en este caso una tasación definitiva. El cumplimiento del decreto alcaldicio de canalización subterránea, estará condicionado a la entrega del aporte financiero reembolsable, cuando corresponda, por parte de la Municipalidad".

reembolsables para la ejecución de las obras necesarias, y que indica, a la letra:

*"Cualquier empresa eléctrica podrá exigir a los usuarios de cualquier naturaleza que soliciten servicio, o a aquéllos que amplíen su potencia conectada, aportes de financiamiento reembolsables para la ejecución de las ampliaciones de capacidad requeridas en generación, transporte y distribución de energía eléctrica".*

36. Siempre en relación con los aportes reembolsables, pero ahora respecto a cualquier peticionario del servicio de distribución, el artículo 127 de la LGSE contempla lo siguiente:

*"...las empresas concesionarias de servicio público de distribución podrán exigir a los usuarios que soliciten servicio, un aporte de financiamiento reembolsable para la extensión de las instalaciones existentes hasta el punto de empalme del peticionario.*

*Dicho aporte puede ser solicitado en dos modalidades:*

- i) El peticionario podrá construir las obras de extensión sobre la base de un proyecto aprobado por la empresa eléctrica. El valor de estas instalaciones, que corresponde al financiamiento reembolsable aportado por el peticionario, será determinado por la empresa en el momento de aprobar el proyecto.*
  - ii) El peticionario podrá financiar las obras por el valor determinado por la empresa, obligándose ésta a construirla, una vez asegurado el financiamiento.*
37. Finalmente, el artículo 128 de la LGSE prevé la solución de los conflictos que pueden suscitarse entre el concesionario de distribución de energía eléctrica y el aportante de fondos reembolsables, disponiendo que, a excepción de las devoluciones mediante acciones, **los aportes deberán ser reembolsados por su valor inicial reajustado e intereses.** Asimismo, dispone en su inciso tercero, que **la forma y plazo de las devoluciones se determinarán en un contrato que se firmará entre la empresa y quien deba hacer el aporte**

**reembolsable.** A continuación, en su inciso 4, se establece que **las devoluciones podrán ser pactadas en dinero**, en documentos mercantiles, en suministro eléctrico, en acciones comunes de primera emisión de la propia empresa o mediante aquellas acciones que ésta hubiere recibido de otra empresa eléctrica como devolución de aportes por ella efectuados, o **mediante cualquier otro mecanismo que acuerden las partes.**

38. Por último, se dispone que **la elección de la forma de devolución corresponderá a la empresa concesionaria, pero el aportante podrá oponerse a ella cuando la devolución propuesta por la empresa no le significare un reembolso real. Si no hubiere acuerdo resolverá la Superintendencia, oyendo a las partes.**
39. De los artículos citados se tiene que los aportes financieros deben reembolsarse conforme lo determinen las partes mediante un acuerdo de voluntades, que debe satisfacer exigencias mínimas, justamente las indicadas en los artículos 128 de la LGSE y 141 del Reglamento<sup>15</sup>. En definitiva, si se llega acuerdo entre la concesionaria y el peticionario, tanto la forma como el plazo de las devoluciones deberán constar en un contrato que deberá ser firmado por ambas partes, y si no hay acuerdo, deberá resolver la SEC<sup>16</sup>.
40. En síntesis, como se vio anteriormente, el otorgamiento de la concesión de distribución de energía eléctrica, junto con otorgar al concesionario suficientes derechos para la adecuada prestación de su servicio, también le impone una serie de obligaciones, derivadas, precisamente, del carácter monopólico del servicio público que presta, siendo el primordial el otorgar el

---

<sup>15</sup> Dadas estas exigencias legales mínimas, se califica a este contrato como uno de carácter dirigido.

<sup>16</sup> Artículo 128, inciso 3° y 5°, de la LGSE, y 143 y 144 del Reglamento.

suministro eléctrico a quien lo solicite dentro de su zona de concesión, según lo dispone el artículo 125 de la LGSE, ya citado<sup>17</sup>.

#### IV. SEGMENTACIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO

41. El mercado eléctrico en Chile se compone de cuatro segmentos: generación de energía y potencia; transmisión de potencia en alta tensión; transmisión de potencia en baja tensión o distribución<sup>18</sup> y, venta de energía y potencia o comercialización, cuya regulación está contenida principalmente en la LGSE.
42. En la actualidad participan en esta industria aproximadamente 40 empresas generadoras, 7 transmisoras y más de 30 distribuidoras, que, en conjunto, suministran la demanda total nacional, distribuida geográficamente en 4 sistemas eléctricos<sup>19</sup>: el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING)<sup>20</sup>; el Sistema Interconectado Central (SIC)<sup>21</sup>; el Sistema Mediando de Aysén (SMA)<sup>22</sup>, y el Sistema de Magallanes<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Este precepto se debe relacionar con los artículos 126, 127 y 128 del mismo cuerpo legal, los cuales abordan el financiamiento de obras para capacidad y extensión, con el artículo 131, que se refiere a la extensión de servicio en las zonas de concesión, y con los artículos 110 y 111 del Reglamento, referidos a la conexión del servicio.

<sup>18</sup> Lo común es que la electricidad se genere alejada de los centros de consumo, razón por la cual, para llegar a los usuarios, es necesario usar el sistema de transmisión en alta tensión y luego distribuir la electricidad en cada uno de los centros de consumo.

<sup>19</sup> Se entiende por sistema eléctrico el conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica (artículo 225, letra a), LGSE).

<sup>20</sup> El SING cubre el territorio comprendido entre Arica y Antofagasta y, a diciembre de 2008, representaba un 27,42% de la capacidad instalada del país. En el SING operan 7 empresas de generación, 1 empresa de transmisión y 3 empresas de distribución. El parque generador es preponderantemente termoeléctrico (99,6%) y sólo existen dos unidades hidráulicas (0,4%). [www.cne.cl](http://www.cne.cl).

<sup>21</sup> El SIC se extiende de Taltal a Chiloé y representa un 71,45% de la capacidad instalada. En el SIC operan más de 20 empresas de generación, 4 empresas de transmisión y más de 30 empresas de distribución. El parque generador está constituido aproximadamente en un 53,46% por centrales hidráulicas y en un 46,34% por centrales térmicas. [www.cne.cl](http://www.cne.cl).

<sup>22</sup> El SMA abastece a la XI Región y representa un 0,38% de la capacidad instalada. En el Sistema de Aysén opera prácticamente una sola empresa que desarrolla las actividades de generación, transmisión y distribución. Su capacidad instalada está constituida en un 54,2% por unidades termoeléctricas, en un 41,7% por unidades hidráulicas y en un 4,1% por unidades eólicas. [www.cne.cl](http://www.cne.cl).

<sup>23</sup> El Sistema Magallanes abastece a la XII Región y representa un 0,75% de la capacidad instalada. En el Sistema de Magallanes opera una sola empresa, que desarrolla las actividades de

43. Atendido que el asunto controvertido en el presente caso se relaciona con el segmento de distribución de energía eléctrica, el informe se enfocará en lo que sigue en tal segmento de mercado.
44. Los sistemas de distribución están constituidos por las líneas, subestaciones y equipos que permiten prestar el servicio de distribución de la electricidad hasta los consumidores finales, localizados en zonas geográficas explícitamente delimitadas.
45. Las empresas del segmento operan bajo un régimen de concesión de servicio público de distribución, con obligación de servicio y tarifas reguladas para el suministro a clientes regulados en su área concesionada.
46. En el negocio de la distribución de energía eléctrica, el Grupo CGE<sup>24</sup>, a través de CGE Distribución<sup>25</sup>, desarrolla su actividad en comunas del sur de la Región Metropolitana y de las Regiones VI a IX del país. A diciembre de 2009, CGE Distribución contaba con 1.279.933 clientes en Chile<sup>26</sup>, tanto regulados -conforme a las concesiones de servicio público eléctrico de distribución que explota-, como clientes libres -conforme a los contratos de suministro de electricidad que de común acuerdo suscriben con éstos<sup>27</sup>.
47. La infraestructura de distribución de electricidad de CGE Distribución cuenta con aproximadamente 10.334.- kms. de líneas de media tensión, 14.001.- km. de líneas de baja tensión y 35.248.- subestaciones de distribución de MT/BT, con una potencia instalada de 4.046.- MVA<sup>28</sup>.

---

generación, transmisión y distribución. El 100% de su capacidad instalada corresponde a unidades térmicas. [www.cne.cl](http://www.cne.cl).

<sup>24</sup> En su conjunto, el Grupo CGE lleva energía a más de 2,2 millones de clientes en todo Chile, a través de nueve filiales, distribuidas desde Arica a Puerto Williams.

<sup>25</sup> CGE Distribución es filial de la compañía General de Electricidad, CGE, y participa principalmente en los mercados de distribución y transmisión de energía eléctrica.

<sup>26</sup> Fuente: <http://www.cge.cl/sectorelectrico/sectordistribucion/Paginas/CGED.aspx>

<sup>27</sup> Memoria Grupo CGE, 2009, Pág. 38.

<sup>28</sup> Memoria Grupo CGE, 2009, Pág. 38.



48. Un mercado conexo al de distribución eléctrica corresponde el de construcción de las obras eléctricas o de infraestructura que hace posible la provisión del servicio de suministro eléctrico. En este mercado participan empresas que ejecutan la construcción de redes aéreas y subterráneas en media y baja tensión, de acuerdo con normas y proyectos solicitados. Corresponde a un mercado no regulado y, en general, se observa que participan de él las empresas del segmento distribución, así como compañías que no necesariamente proveen el servicio de suministro eléctrico<sup>29</sup>.

## V. MERCADO RELEVANTE

49. Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado<sup>30</sup>.
50. La provisión y suministro del servicio de energía eléctrica requiere disponer, y, en consecuencia, construir, la infraestructura o redes de distribución eléctricas adecuadas que permitan conectar al cliente respectivo con las instalaciones de la empresa concesionaria.
51. Para satisfacer esos fines, la LGSE admite dos opciones:
- 51.1. Que la construcción de la misma sea efectuada por cuenta y costo de la propia concesionaria o mediante la solicitud de un aporte reembolsable y;
- 51.2. Que la construcción de las obras sean asumidas por el propio petitionario y ejecutadas por él o a través de un tercero, sobre la base

<sup>29</sup> Entre las más importantes se pueden contar: Chilquinta, Compañía Americana de Multiservicios Limitada (CAM), Leonor Soto y Compañía Limitada, Azeta Ltda., la propia CGE Distribución S.A., entre muchas otras. Como se adelantara, la demandada cita a Ingeniería Eléctrica y Construcción Misael Flores Lara Ltda., Marco Araneda Letelier (Engelec) y Juan Ayala y Cía. Ltda.

<sup>30</sup> Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Disponible en <http://www.fne.cl>.

de un proyecto aprobado por la compañía concesionaria, así como el valor de las instalaciones que, a su vez, constituyen el fondo reembolsable aportado.

52. Conforme a lo expuesto, esta Fiscalía identifica dos potenciales mercados relevantes eventualmente afectados por las conductas denunciadas en la demanda de autos:
  - 52.1. La prestación de los servicios de construcción de redes o líneas distribuidoras de energía eléctrica, sean aéreas o subterráneas, necesarias para la prestación del servicio público de distribución o suministro de energía eléctrica y;
  - 52.2. La venta (o preventa) de las obras a construir, que tiene lugar cuando el peticionario ejecuta la construcción de las obras, directamente o a través de un tercero.
53. En cuanto al ámbito geográfico, en ambos casos el mercado relevante abarca a todos aquellos usuarios actuales y/o potenciales que demandan la construcción de redes eléctricas, aéreas o subterráneas, y el suministro energético, que se ubican dentro y en las zona próximas al área de concesión de CGE (zona de influencia de CGE).
54. El primer mercado definido, esto es, el de la construcción de redes o líneas de distribución eléctrica, corresponde a un mercado no regulado y, en consecuencia, los actores interesados de participar del negocio no requieren de una concesión para proveer dicho servicio.
55. Desde una perspectiva económica, esta Fiscalía no advierte inversiones hundidas importantes que tornen prohibitivo el ingreso a este mercado de operadores distintos del concesionario del servicio de suministro eléctrico. De hecho, la propia LGSE contempla la posibilidad de que las obras sean ejecutadas por terceros, tal como acaeció, según consta en autos.

56. En consecuencia, respecto de este mercado no existirían barreras legales o económicas relevantes que impidan el libre ingreso de oferentes, toda vez que, por tratarse de servicios no regulados, pueden ser perfectamente prestados por operadores distintos del concesionario del servicio de distribución.
57. Por tal motivo, en lo que sigue, nuestro análisis de las condiciones de entrada se centrará en el mercado de comercialización (venta o preventa) de obras construidas para la prestación del servicio de suministro eléctrico que tiene lugar entre un peticionario y las compañías de distribución eléctrica.

## VI. CONDICIONES DE ENTRADA

### *Barreras a la entrada*

58. La Fiscalía entiende por barreras a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar<sup>31</sup>.
59. Para la explotación del servicio de suministro eléctrico las empresas concesionarias deben contar con el insumo o red física que conecte sus instalaciones a los puntos de empalmes de sus respectivos clientes.
60. Ahora bien, aunque en su artículo 17 la LGSE contempla la superposición de concesiones de distribución, la existencia de importantes inversiones hundidas hace que este segmento presente fuertes características de monopolio natural volviendo económicamente inviable e ineficiente que en un área de concesión operen simultáneamente dos concesionarias.
61. Desde el punto de vista legal, la concesión constituye un acto jurídico administrativo, por medio del cual se otorga al concesionario un monopolio

---

<sup>31</sup> Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>

legal que lo habilita para establecer, operar y explotar las instalaciones de servicio público de distribución, con obligación de suministro, a cambio de una tarifa regulada.

62. Atendido lo anterior, es poco probable que una empresa distribuidora, diferente al concesionario de la zona, manifieste interés en adquirir las obras o redes de distribución que extienden las instalaciones de la concesionaria local hasta el punto de empalme del peticionario.

### ***Tiempo y Suficiencia a la Entrada***

63. El mercado de distribución eléctrica tiene características de monopolio natural. La existencia de diversos costos fijos como mantenciones y reparaciones de las redes, además de los mencionados anteriormente, hacen que sus costos totales medios sean decrecientes a medida que aumenta el número de usuarios que atienden, enfrentando así importantes economías de escala<sup>32</sup>. Adicionalmente, se caracteriza por tener economías de densidad, esto por cuanto una empresa que distribuya en un área más densa tendrá costos medios menores que aquella que lo haga en una menos densa, ello debido, por ejemplo, a que en una red de baja tensión más densa

---

<sup>32</sup> El carácter de monopolio natural de las distribuidoras eléctricas dentro de su zona de concesión, desde antaño ha sido reconocido por la jurisprudencia de los tribunales antimonopólicos, así por ejemplo, en la Resolución N°537, del año 1999, la H. Comisión Resolutiva señaló que: "La distribución eléctrica es un monopolio natural en cada área de concesión, por ello la legislación establece que los precios son regulados por la autoridad del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción a propuesta de la Comisión Nacional de Energía, tanto para la venta de las empresas generadoras a las distribuidoras (precio de nudo), como de éstas a los usuarios finales de menos de 2.000 KW, de potencia contratada. Existen procedimientos técnicos objetivos y no discrecionales, para la fijación de estas tarifas máximas. Los precios de venta de electricidad a clientes de más de 2000 KW de potencia contratada son libres, pues la ley presume que estos usuarios tienen alternativas distintas de suministro, sea por otras empresas distribuidoras, o mediante fuentes propias de generación eléctrica.

Que, en consecuencia, la actividad de distribución eléctrica tiene, en un grado importante, características de monopolio natural, es decir presentan funciones de producción con rendimientos crecientes a escala, a diferencia del proceso de generación que 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."

se producen menores pérdidas de energía asociadas a la transmisión y distribución.

64. Dado lo anterior, en este tipo de industrias no es viable la operación conjunta de dos o más operadores, puesto que se requiere una escala mínima de operación. En particular, ese H. Tribunal, en su Sentencia N°73/2008, ha señalado que en aquellos mercados de distribución eléctrica con demanda de energía eléctrica y redes pequeñas –lo que ocurriría en la especie- no resulta factible la operación conjunta de más de un operador. Asimismo, en su Sentencia N°85/2009 ha resuelto que para que una empresa distribuidora pueda proveer zonas cercanas a su área de concesión debe gozar de economías de ámbito y ser capaz de extender las economías de escalas de al menos uno de los servicios que provee<sup>33</sup> hasta esa área, situación que resulta altamente improbable.
65. En síntesis, las condiciones de entrada en este mercado son ciertamente desfavorables para otras empresas de distribución que operan en otras zonas.

#### ***Comportamiento Estratégico***

66. Se entiende por comportamiento estratégico las prácticas que pueden impedir o hacer más costosa la entrada de nuevos competidores.
67. Teniendo presente las alternativas de financiamiento contempladas en la ley, así como de las de ejecución de las obras necesarias para la provisión del servicio a un peticionario en el área de concesión, esta Fiscalía advierte la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte de la compañía concesionaria, puesto que, en los hechos, la concesionaria suele ser el único

---

<sup>33</sup> Sentencia N°85/2009 del TDLC: *"Septuagésimo séptimo. Que, por lo tanto, para que una empresa sanitaria tenga ventajas para convertirse en proveedora en zonas cercanas a su área de concesión, es necesario que la empresa goce de economías de ámbito y que además pueda extender, fuera del área de concesión, las economías de escala de al menos uno de los servicios que provee. Si se cumplen estas condiciones, las empresas sanitarias pueden extender su monopolio natural fuera del área de monopolio legal..."*.

potencial comprador de la red a construir, lo que responde a las características de monopolio natural explicadas en los párrafos precedentes.

68. Por tanto, aún cuando el artículo 17 de la LGSE contempla expresamente la superposición de concesiones de distribución, facultando a terceros para que puedan solicitar concesiones de distribución en un territorio (o parte de él) en el que ya exista una concesionaria<sup>34</sup>, la condición de monopolio natural del segmento de distribución hacen improbable, salvo condiciones comerciales muy particulares, que terceras concesionarias consideren rentable proveer el servicio fuera de su área de concesión y efectúen las inversiones necesarias para extender sus redes y adquirir las nuevas obras que conectarían sus instalaciones con el punto de empalme del cliente.
69. Esta situación confiere al concesionario una condición monopsónica al ser el único potencial comprador de las obras efectuadas por terceros, según lo contempla el artículo 126 de la LGSE, ya citado, pudiendo derivar en un comportamiento estratégico por parte de la empresa distribuidora en cuanto a ofrecer adquirir las obras que extienden su red hasta el punto de empalme del cliente peticionario, a través del mecanismo de aportes reembolsables a un valor muy inferior al efectivamente desembolsado por el solicitante de suministro de servicio.

## VII. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

70. Para efectuar el análisis de la conducta es preciso tener en consideración dos características inherentes a las empresas concesionarias. Lo primero es que las empresas de distribución eléctrica operan bajo un sistema de concesiones, razón por la cual constituyen un monopolio legal de cara a los clientes finales dentro de su área de concesión.

---

<sup>34</sup> Resolución N°342 de 1990 de la Comisión Resolutiva: "Vistos: 4.- La superposición de concesiones eléctricas tiende a fomentar la libre competencia y a beneficiar a los usuarios mediante la rebaja de tarifas y mejoramiento del servicio...".

71. Al mismo tiempo, las características económicas del segmento de distribución confieren una condición monopsónica a la concesionaria respecto del mercado de adquisición de obras o redes eléctricas, necesarias para conectar su empalme a las instalaciones de la empresa, y que pudiesen haber sido ejecutadas por algún peticionario, directamente o a través de un tercero por ella contratado.
72. El primer aspecto no resulta relevante de analizar, por cuanto la propia ley sectorial, previendo la condición monopólica, contempla la regulación de precios para clientes sujetos a fijación de tarifas.
73. Respecto del segundo aspecto, esto es, la condición monopsónica de la concesionaria en el mercado de la adquisición de obras ejecutadas por peticionarios, cabe señalar que, en principio, existiría la posibilidad real de que la concesionaria pueda abusar de esa condición. A esta situación y, en general, a los incentivos que entran en juego en la negociación que sostienen urbanizador y concesionaria, se hará referencia en la siguiente sección.

#### ***Incentivos a comportamiento oportunista y legislación***

74. De conformidad al artículo 127 de la LGSE, la concesionaria, en cumplimiento de la obligación de provisión de servicio que le asiste en su área de concesión, puede exigir un aporte de financiamiento reembolsable al peticionario del servicio.
75. Siempre de acuerdo con la referida ley, el aporte reembolsable puede efectuarse de dos maneras. Tal como se ha expuesto, en un primer caso la ejecución de la obras puede ser llevada a cabo por el peticionario sobre la base de un proyecto aprobado por la concesionaria, en cuyo caso esta última determinará, además, el valor de las obras, lo que, a su turno, constituiría el aporte de financiamiento reembolsable. Alternativamente, la ejecución de las

obras podría quedar a cargo de la concesionaria, siendo el peticionario quien financie las obras en base al valor determinado por la empresa.

76. Dadas las alternativas contempladas en la ley, pueden darse en la práctica diversos escenarios. Si la ejecución de la obras es asumida por el peticionario, este último tendría incentivos a efectuar inversiones que excedan la calidad o dimensiones óptimas de la red, toda vez que ante la obligación de servicio que la LGSE impone al concesionario, éste último debería reembolsar los costos en que haya incurrido el peticionario.
77. Por otra parte, para la concesionaria no es racional desembolsar o pagar por las obras más de lo que a ella le hubiese costado efectuarlas por sí misma, por cuanto esa es siempre una alternativa disponible para la empresa concesionaria.
78. Por el contrario, si las obras son ejecutadas por la concesionaria, esta tiene incentivo a exigir un aporte por un valor muy superior a sus costos, toda vez que, aunque ese aporte ha de ser reembolsado, conforme a lo establecido por la LGSE, la obtención de esos fondos representa liquidez para la firma. Sin embargo, dado que el mercado de construcción de obras eléctricas operaría competitivamente, el peticionario no estará dispuesto a aceptar una propuesta que le importe financiar las obras por un valor superior al precio de mercado que pueda obtener para la construcción de las obras.
79. Se genera así, entonces, lo que en la literatura económica se denomina *curva de contrato* (o un espacio de negociación), en la que cada parte puede mejorar su posición en perjuicio de la situación de la otra parte. La situación final dependerá, entre otras cosas, de la impaciencia (o tasa de descuento) de cada una de las partes. Sin embargo, la solución de este problema, en



ausencia de asimetría de información o imperfecciones de mercado<sup>35</sup>, es eficiente en el sentido de Pareto<sup>36</sup>.

80. De esta forma, es deseable que, al momento de la negociación, la concesionaria -agente que mantiene una posición monopsonica-, anuncie, y comprometa, de manera simultánea, el valor en que estaría dispuesta a adquirir la obra que, previa aprobación del proyecto, eventualmente ejecute el peticionario, así como, el monto o aporte que requeriría o cobraría en el caso que fuese ella quien ejecutara la obra. Todo ello, a fin de que exista simetría de información en el proceso.
81. Y, por otra parte, como se señaló, para alcanzar una solución eficiente en el sentido de Pareto, es necesario –además- que la concesionaria sea privada de poder ejercer su poder de mercado ofreciendo un precio de compra que no se condice con el precio de mercado del activo construido ó, al menos, con el costo que le importaría a la propia concesionaria efectuar las obras.
82. En ese sentido la LGSE opera bajo un enfoque de incentivos, por cuanto la obligatoriedad establecida sobre la concesionaria **le exige a esa parte alcanzar un acuerdo ex-ante con el agente urbanizador**. Este es un punto de máxima relevancia, toda vez que, en cumplimiento de dicho deber, la empresa distribuidora está obligada a ejecutar las acciones necesarias para proveer el servicio al cliente que lo solicite dentro de su área de concesión.
83. En efecto, la LGSE, previendo situaciones propicias para un comportamiento oportunista por cualquiera de las partes, estableció en su artículo 127 que el peticionario podría ejecutar la construcción de las obras pero *“sobre la base de un proyecto aprobado por la empresa eléctrica”*, y que el valor de aquellas instalaciones corresponderá al financiamiento reembolsable aportado y sería determinado por la concesionaria al momento de aprobar el proyecto.

<sup>35</sup> Es necesario que ninguna de las partes sea capaz de ejercer poder de mercado.

<sup>36</sup> No es posible que una de las partes mejore su posición sin perjudicar a la otra.

84. De esta forma, el monto máximo que puede cobrar la concesionaria por la realización de las obras queda limitado por el precio de mercado. En tanto que una oferta oportunista –precio monopsónico– por parte de la concesionaria por la adquisición de las obras, en caso que las ejecute un tercero, puede ser rechazada por el peticionario. Ahora bien, dado que esta situación de desacuerdo podría tornarse indefinida en el tiempo, resulta oportuno que exista un plazo acotado para que las partes alcancen un consenso en precios y que, en cuyo caso tal acuerdo no prospere, exista un mecanismo de resolución de conflictos al cual puedan acogerse dichas partes. De este modo, es posible evitar el ejercicio de poder monopsónico por parte de la concesionaria.
85. Si bien la LGSE no explicita plazos para dicha negociación, el artículo 128, en su inciso 5°, hace referencia a que, en el caso que la concesionaria y el urbanizador no alcanzaren un acuerdo, corresponde que la SEC resuelva, escuchando a las partes<sup>37</sup>.

#### ***Asunto Litigioso***

86. De los antecedentes que constan en autos se desprende que las partes no habrían celebrado un contrato en el que se estableciera ex-ante el valor de las obras a ejecutar, valor por el cual la concesionaria estaría dispuesta a adquirir las instalaciones y que, a su vez, correspondería al fondo reembolsable aportado.
87. En efecto, en su presentación a ese H. Tribunal las demandantes señalan que: *"12.- Terminada la ejecución de las Obras Eléctricas, mediante carta de fecha 21 de enero de 2010, se solicitó por el Fondo a CGE Oferta Formal de Compra por las instalaciones eléctricas subterráneas relativas a la*

<sup>37</sup> "...La elección de la forma de devolución corresponderá a la empresa concesionaria, pero el aportante, podrá oponerse a ella cuando la devolución propuesta por la empresa no le significare un reembolso real".

*urbanización del Loteo El Venado IV Etapa, Avenidas William Condon y John MacNab, la comuna de San Pedro de la Paz. ..."* (El destacado es nuestro).

88. Vale decir, el precio no fue pactado entre las partes al momento de recibir una aprobación del proyecto, si es que la entrega del presupuesto por parte de CGE a Gestora San Pedro y Fondo El Venado se entiende como tal<sup>38</sup>.
89. Desde esta perspectiva, es racional que la concesionaria ofrezca un precio menor por la adquisición de las obras en relación con el pretendido por el urbanizador, cuya valoración, aparentemente, no fue pactada con anterioridad a su construcción.
90. Dada esta situación de hecho, esto es, que para las demandantes el presupuesto entregado por CGE constituye un proyecto aprobado en los términos que lo exigiría la LGSE y para esta última sería un mero presupuesto, ni existe un contrato formal en que las partes hayan establecido sus derechos y obligaciones recíprocas como lo exige la LGSE, es que resulta racional que CGE no haya estado llana a pagar por la obras en discusión más de lo que le costaría a ella construir un red paralela a la existente.
91. Por otro lado, si la interpretación de la normativa sectorial que resuelve eventuales discordias entre los negociantes en cuanto a la forma de devolución de los aportes incluye posibles diferencias en los montos convenidos, ello en la medida que el precio de las obras haya sido efectivamente pactado entre las partes - lo que significaría estimar que el presupuesto remitido por CGE a las demandantes constituye efectivamente

---

<sup>38</sup> Se debe considerar a este respecto que las mismas demandantes señalaron que los presupuestos por construcción de las obras recibidos de parte de CGE Distribución S.A. mediante Carta N°1042/2008, de 30 de julio 2008; N°1114/7/2008, de 08 de agosto de 2008; N°1224/2008, de 28 agosto de 08, y N°1043/2008, de 30 de julio de 2008, ascendían a un total valor neto de \$213.311.519.-; y, no obstante ello, en definitiva optaron por encargar la ejecución de la obras a CAM, cuyos costos resultaron finalmente más onerosos que los cotizados por la concesionaria, a saber, \$291.902.555.-

un proyecto aprobado en la forma dispuesta por la normativa sectorial -, sería la SEC el organismo competente en la materia para resolver dicha divergencia, por cuanto tal hipótesis de conflicto se encontraría prevista y regulada.

## VIII. CONCLUSIONES

92. CGE, dada su calidad de única y exclusiva concesionaria del servicio de distribución de energía eléctrica en su zona de concesión, tiene el carácter de monopsónica en el mercado de la adquisición de obras de infraestructura eléctrica construidas para la prestación del servicio de suministro eléctrico en la misma zona, bajo el sistema de los aportes financieros reembolsables.
93. No obstante lo anterior, dicho poder se encuentra delimitado por la ley sectorial. En efecto, la LGSE regula detalladamente la forma en que los interesados, esto es, la concesionaria y el aportante de fondos reembolsables, deben acordar *ex-ante* el valor y alcance de las obras a ejecutar y la forma y plazo en que la concesionaria las adquirirá, haciendo el respectivo reembolso de los mismos, disponiendo, además, que a falta de acuerdo, existe un sistema de resolución de conflictos ante la SEC.
94. Por otra parte, si bien lo precedentemente indicado no impide el ejercicio de las respectivas facultades legales por parte de los órganos de defensa de la libre competencia, a juicio de esta Fiscalía Nacional Económica, los hechos materia de estos autos no representan un compromiso para el interés público, en los términos del Decreto Ley N° 211, haciendo la advertencia de que a este Servicio no le corresponde pronunciarse sobre el interés público en esferas distintas a la normativa de promoción y defensa de la libre competencia.

**POR TANTO,**

**A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO:** Tener por evacuado el informe solicitado.

**OTROSÍ:** Sírvase tener presente ese H. Tribunal que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que en la calidad invocada y en la de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino y asumo la representación de la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de lo cual delego poder en los abogados de la Fiscalía don Cristián R. Reyes Cid, doña Vanessa Facuse Andreucci y don Hernán Fco. Rodríguez Flores, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente y que firman junto a mí en señal de aceptación.

  
FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI  
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO