

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 36/2006

Santiago, treinta y uno de enero de dos mil seis.

VISTOS:

1.- A fojas 15 de autos, AES Gener S.A. (“AES Gener”) y Norgener S.A (“Norgener”), empresas relacionadas de generación eléctrica, interpusieron demanda, con fecha 18 de mayo de 2005, en contra de la empresa de generación eléctrica y servicios portuarios Electroandina S.A. (“Electroandina”), argumentando, en síntesis, lo siguiente;

1.1.- La demandada es una empresa integrada verticalmente que opera en el Norte Grande tanto en el mercado de generación eléctrica como en el portuario. Es dueña y opera el puerto de Tocopilla, indispensable para la descarga y acopio de carbón, el que se utiliza como combustible para la generación eléctrica;

1.2.- Previo al inicio de las operaciones, en 1995, las centrales térmicas de Norgener en Tocopilla contrataron los servicios del puerto de Electroandina para la descarga, manejo y acopio del carbón necesario para su operación;

1.3.- Electroandina puso término, con efecto a partir de agosto de 2005, al contrato mencionado, exigiendo para su renovación condiciones que considera absolutamente abusivas y que constituyen un aprovechamiento de su poder de mercado en el servicio portuario, lo que le permitiría obtener rentas monopólicas tanto en el mercado portuario como en el eléctrico. Además, imputa a la demandada las conductas de: i) cobrar precios excesivos en relación a sus costos; ii) exigir la contratación de servicios no relacionados con la descarga de carbón y a precios excesivos; iii) intervenir en el negocio de generación de Norgener, de manera de manejar el precio *spot* y el mercado eléctrico; y, iv) realizar un manejo operacional abusivo del Puerto de Tocopilla;

1.4.- Lo anterior constituiría un abuso de posición monopólica previsto y sancionado en el artículo 3º b) del Decreto Ley número 211;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.5.- En atención a lo expuesto, solicitó a este Tribunal declarar que Electroandina debe abstenerse de efectuar, en la provisión de servicios de acopio y transferencia de carbón en el Puerto de Tocopilla, aumentos de las tarifas y otras exigencias que no aparezcan respaldadas por incrementos de costos y mejoras demostrables del servicio;

1.6.- Asimismo, solicitó que estos sentenciadores declaren que Electroandina deberá presentar un sistema de cobro objetivo y no discriminatorio del servicio de descarga, recepción, manejo y acopio de carbón en el Puerto de Tocopilla, basado en los costos marginales a largo plazo, manteniendo en el intertanto los términos del contrato original vigente con AES Gener;

1.7.- También solicitó la aplicación de una multa en contra de la demandada y la condena en costas a la misma;

2.- Electroandina S.A. evacuó el traslado de la demanda con fecha 9 de junio de 2005. En su presentación, que rola a fojas 212 y siguientes, argumenta, en síntesis, lo siguiente:

2.1.- El contrato vigente entre las partes adolece de una deficiente estructuración económica y jurídica. Es un contrato de suministro de servicios en que la cantidad demandada depende de la voluntad de una de las partes (Norgener, en este caso) y no contempla cantidades mínimas a demandar ni el establecimiento de cargos fijos;

2.2.- El uso de gas natural argentino disminuyó la demanda de carbón significativamente y, por ende, su desembarque en el Puerto de Tocopilla, por lo que Electroandina hizo uso de la cláusula contractual que la autorizaba para dar aviso de término del contrato en cuestión e iniciar una negociación de buena fe para continuar con un contrato modificado; negociación que no ha prosperado por la existencia de una posición de las partes similar a la de un monopolio bilateral;

2.3.- Niega una a una las conductas anticompetitivas imputadas y argumenta que sus acciones no han producido, ni han podido producir, efecto anticompetitivo alguno. Además, sostiene que el puerto de Tocopilla no constituye una instalación esencial para la operación de centrales carboneras de Norgener ni para su participación en el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), toda vez que es técnica y económicamente factible la duplicación de instalaciones;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.4.- Por lo expuesto, las acusaciones de las que es objeto la demandada no reúnen los requisitos que exige la ley para que se entienda configurada una infracción a la libre competencia que merezca la aplicación de sanciones. Por lo tanto, la demanda ha de ser rechazada en todas sus partes, a juicio de Electroandina, con expresa condenación en costas;

3.- A fojas 325 y siguientes de autos rola el informe de la Fiscalía Nacional Económica, en el que se concluye, en resumen, i) que la propiedad de un puerto por parte de una empresa eléctrica produce incentivos para que ésta maximice su utilidad al definir el precio por el servicio portuario; ii) que el costo del servicio portuario del carbón afecta los precios en el mercado eléctrico y iii) que, por medio de la posesión de un activo específico, una empresa eléctrica puede alterar el despacho de energía eléctrica de otra empresa del rubro; todo lo cual podría afectar la libre competencia en este mercado;

Por otra parte, en opinión de la Fiscalía, este Tribunal posee atribuciones para pronunciarse sobre los abusos en los que se incurra en el proceso de fijación de tarifas y para determinar las condiciones generales objetivas y no discriminatorias en la aplicación de precios;

4.- A fojas 344 y con fecha 30 de agosto de 2005, se llamó a las partes a conciliación;

Se realizaron cuatro audiencias de conciliación, entre las que se cuentan: la del día 27 de septiembre de 2005 (fojas 354); la del día 25 de octubre de 2005 (fojas 358), en la que las partes informaron al Tribunal haber llegado a acuerdo en los puntos esenciales del contrato que regirá sus relaciones comerciales y adjuntaron al expediente una "minuta de acuerdos" (fojas 355 y siguientes); y, la del día 19 de diciembre de 2005 (fojas 363);

En la presentación que rola a fojas 364, las partes acompañaron de común acuerdo al proceso, el día 26 de diciembre de 2005, el texto del contrato que negociaron y una minuta que da cuenta de las diferencias que aún mantenían respecto de la fórmula de reajuste del precio;

A fojas 371 obra el acta de audiencia de conciliación celebrada con fecha 10 de enero del 2006 en la que, entre otros puntos, las partes acordaron presentar a este Tribunal sus propuestas finales en materia de cláusula de reajuste de tarifas propias del contrato en cuestión, facultando a estos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sentenciadores para revisar las propuestas y modificarlas en lo que estimen ajustado a derecho;

5.- A fojas 373 y siguientes rola la propuesta metodológica de AES Gener S.A. y Norgener S.A. para proceder a la indexación de tarifas en el marco del “Contrato de Prestación de Servicios de Descarga, Recepción, Manejo y Acopio de Carbón” presentada con fecha 17 de enero de 2006. Dicha propuesta metodológica considera el reajuste anual del cargo fijo utilizando como indexador del costo fijo del contrato acordado por las partes, el promedio ponderado entre el cambio en el *Producer Price Index (All Commodities, Series Id WPUSOP3000, Not Seasonally Adjusted, Group Stage of Processing, Item Finished Goods)* de los Estados Unidos y el Índice de Precios al Consumidor de Chile, corregido por el cambio en el precio del Dólar Observado (IPC ajustado). Las ponderaciones se distribuyen, sin explicación alguna, en 0,75 para el *Producer Price Index* y 0,25 para el Índice de Precios al Consumidor Ajustado. A su vez, el mismo mecanismo de ajuste es aplicado al cargo variable por tonelada de carbón descargada, pero siguiendo una frecuencia semestral;

6.- A fojas 375, por su parte, consta la propuesta metodológica de Electroandina, del día 17 de enero de 2006, para proceder a la indexación de tarifas en el marco del “Contrato de Prestación de Servicios de Descarga, Recepción, Manejo y Acopio de Carbón”. Dicha propuesta contempla la indexación semestral de tarifas utilizando el *Consumer Price Index (All Urban Consumers, Series Id. CUUROOOSAO, Not Seasonally Adjusted, U.S. City Average)* tanto para el caso del cargo fijo como para el del variable. Además, Electroandina propone que a partir del tercer año de vigencia del Contrato cualquiera de las partes pueda solicitar la revisión de la Cláusula IV, sobre reajuste de tarifas,, a fin de proceder a su negociación y, en caso de fracaso, seguir el procedimiento arbitral contemplado en la Cláusula XXIII del referido Contrato. Por último, solicita en subsidio que la revisión de tarifas se realice semestralmente siguiendo el promedio ponderado del *Producer Price Index* y *Consumer Price Index*, dando una ponderación de 0,5 a cada uno:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CONSIDERANDO:

Primero.- Que en vista de que las diferencias entre las partes subsisten solamente en lo que respecta a la reajustabilidad del precio en el “Contrato de Prestación de Servicios de Descarga, Recepción, Manejo y Acopio de Carbón” y que en todo lo demás se ha alcanzado acuerdo en sucesivas audiencias de conciliación convocadas y dirigidas por este Tribunal, estos sentenciadores consideran eficiente y beneficioso para las partes aprobar los términos de los acuerdos a los que han llegado y que constan principalmente en la minuta que rola a fojas 355 de autos. Ello en consideración a que el referido avenimiento no afecta la Libre Competencia, toda vez que este Tribunal considera que, al solucionarse el conflicto que ha existido entre las partes, encuentran solución también los problemas que, desde el punto de vista de dicho bien jurídico, podrían haber existido como consecuencia del mencionado conflicto;

Segundo.- Que, habiendo sido facultado por las partes para ello, como consta en el punto 3) del acta de fojas 371, este Tribunal complementará el acuerdo alcanzado entre ellas, estableciendo los criterios de indexación que deberá contener la cláusula de reajuste del precio del contrato en el que se materializa dicho acuerdo;

Tercero.- Que, por lo anterior, este Tribunal resolverá las diferencias persistentes sobre la base de los propuestas realizadas por las partes y que obran en el expediente, aún cuando de las mismas no es posible colegir con precisión la estructura de costos del Puerto de Tocopilla;

Cuarto.- Que, en consecuencia, este Tribunal considera que la propuesta de AES Gener puede ser utilizada como base para establecer un sistema de indexación de tarifas adecuado. Sin embargo, es necesario introducir a esa propuesta las modificaciones que se detallan en la parte resolutive de esta sentencia. Dichas modificaciones tienen por objetivo: i) reflejar de la mejor manera posible la estructura de costos de la empresa portuaria, al disponer la diferenciación en la estructura tarifaria de los costos fijos y variables; ii) reflejar de la mejor manera posible el cambio en el tiempo de los costos de prestación de servicio de la empresa portuaria, al establecer que la indexación de todos los costos se efectuará con una frecuencia semestral; y, iii) evitar que las tarifas se vean fuertemente influenciadas por factores cíclicos y coyunturales, en especial por la volatilidad del tipo de cambio;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, este Tribunal considera adecuada la propuesta de Electroandina en lo relacionado con la facultad y mecanismo para que las partes soliciten la revisión de la cláusula de reajuste que eventualmente permita establecer en el futuro un índice o índices que mejor reflejen las variaciones de costos de dicha empresa;

Por tanto, en atención a lo expuesto y a lo preceptuado en los artículos 1°, 2°, 3° y 22° inciso primero del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Primero.- Aprobar la conciliación a la que las partes han arribado en autos y cuyo proceso de formación y avenimiento constan en las actas de fojas 354, 358, 363 y 371, y en la minuta de acuerdos que corre a fojas 355 y siguientes;

Segundo.- Incorporar al “Contrato de Prestación de Servicios de Descarga, Recepción, Manejo y Acopio de Carbón” una cláusula de reajuste que deberá establecer que la indexación de las correspondientes tarifas se realizará de acuerdo con el siguiente método:

a) Cargo Fijo Anual:

El Cargo Fijo Anual se reajustará semestralmente en los meses de Enero y Julio de cada año, de la siguiente forma:

$$CF_i = CF_o * \left[0,85 * \frac{PPI_i}{PPI_o} + 0,15 * \frac{DOL_0}{DOL_i} * \frac{IPC_i}{IPC_o} \right]$$

Donde:

CF_i: Cargo Fijo Anual en dólares de los Estados Unidos de América, reajustado en los meses de Enero y Julio de cada año.

CF_o: Cargo Fijo Anual correspondiente a Septiembre de 2005 acordado por las partes.

DOL_i: Promedio del valor del dólar observado en los 12 meses previos al mes en que se reajusta la tarifa.

DOL_o: Promedio del valor del dólar observado en los 12 meses previos al mes de Agosto de 2005.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

IPC_i: Índice de Precios al Consumidor calculado por el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile (INE), correspondiente al mes previo al mes en que se reajusta la tarifa.

IPC_o: Índice de Precios al Consumidor calculado por el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile (INE), correspondiente al mes de Agosto de 2005 (base Diciembre de 1998 = 100).

PPI_i: *Producer Price Index, All Commodities, Series Id WPSSOP3000, Seasonally Adjusted, Group Stage of Processing, Item Finished Goods*, correspondiente al mes de (<http://data.bls.gov/cgi-bin/surveymost?wp>);

PPI_o: *Producer Price Index, All Commodities, Series Id WPSSOP3000, Seasonally Adjusted, Group Stage of Processing, Item Finished Goods*, Base Date 8200, de los Estados Unidos de América del mes de Agosto de 2005 (<http://data.bls.gov/cgi-bin/surveymost?wp>);

El Cargo Fijo Anual se pagará en cuotas mensuales que se calcularán dividiendo el valor del Cargo Fijo Anual vigente por doce.

b) Cargo Variable:

El Cargo Variable será reajustado para cada semestre, en los meses de Enero y Julio de cada año, en conformidad a la siguiente fórmula:

$$CV_i = CV_o * \left[0,75 * \frac{PPI_i}{PPI_o} + 0,25 * \frac{DOL_o}{DOL_i} * \frac{IPC_i}{IPC_o} \right]$$

Donde, rigiendo las definiciones establecidas para la fórmula anterior debe además entenderse por:

CV_i: Cargo Variable en dólares de los Estados Unidos de América por Tonelada Métrica reajustado en los meses de Enero y Julio de cada año.

CV_o: Cargo Variable en dólares de los Estados Unidos de América por Tonelada Métrica acordado por las partes para el mes de Septiembre de 2005.

Tercero.- Incorporar al final de la cláusula de reajustabilidad referida en el resuelvo anterior, la siguiente disposición: “Sin embargo, a partir del vencimiento del tercer año de vigencia del Contrato, cualquiera de las partes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

podrá solicitar a la otra la revisión de la presente Cláusula IV, mediante carta dirigida al Gerente General por medio de un Notario, de manera de establecer para el futuro un índice o índices que mejor reflejen las variaciones de costos de Electroandina. Las partes estarán obligadas a negociar de buena fe hasta por un plazo de treinta días corridos. Si no se produjere acuerdo en dicha negociación, el índice o índices serán establecidos conforme al procedimiento arbitral contemplado en la Cláusula XXIII."

Cuarto.- Poner término al proceso de autos y ordenar su archivo como consecuencia de la aprobación de la presente conciliación, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 22°, del Decreto Ley N° 211.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 66-05.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Pablo Serra Banfi. No firma el Ministro señor Menchaca, por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido al acuerdo de la resolución.