

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 73/2008.

Santiago, veinte de agosto de dos mil ocho.

VISTOS:

1. Demanda.

1.1. Con fecha 17 de octubre de 2007, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante también FNE) interpuso un requerimiento en contra de la Empresa de Electricidad de Magallanes S.A. (en adelante EDELMAG), por conductas abusivas de su condición de monopolio en el servicio eléctrico de la localidad de Puerto Williams, consistentes en incrementos injustificados de las tarifas a sus clientes, que vulnerarían el artículo 3° del D.L. N° 211;

1.2. La FNE describe el sistema eléctrico de Puerto Williams, que cuenta con una potencia instalada total de 1.450 kW, más 1.000 kW de respaldo, en base a generadores diesel. La distribución eléctrica se realiza a través de una red de 20 km. de líneas de distribución y 19 transformadores, para proveer de energía eléctrica a aprox. 600 clientes. Originalmente, las instalaciones eran de propiedad del Gobierno Regional, y hasta 2002 era operado por la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas (EMAZA);

1.3. Señala también que, en el año 2002, el sistema fue privatizado y adjudicado mediante una licitación privada a la empresa EDELMAG, luego de declararse desierta una primera licitación pública. El contrato de concesión suscrito entre el Gobierno Regional y la empresa eléctrica contiene las fórmulas de indexación de las tarifas a clientes finales (Anexo N° 2 de las Bases). Éstas consideran un polinomio que utiliza, como parámetros, el precio del petróleo puesto en la planta generadora de Puerto Williams, el dólar observado, y el Índice de Precios al Consumidor (IPC), entre otros;

1.4. Sostiene la FNE que, en enero de 2005, y de acuerdo a los datos aportados por la propia requerida, se observa un cambio significativo en los precios de la energía a clientes finales, reajustados por sobre lo establecido en el contrato. Según estimaciones de la FNE, el incremento en los precios sería de entre 16% (enero 2005) a 27% (enero 2007), según el tipo de tarifa, por las que EDELMAG recibió, en ese periodo, un monto aproximado de \$192 millones exclusivamente por el alza de tarifas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.5. Considera la FNE que esto corresponde a la explotación abusiva de la posición monopólica de EDELMAG en el sistema eléctrico de la localidad de Puerto Williams, cobrando una tarifa eléctrica a los consumidores finales por sobre lo pactado contractualmente en el proceso de licitación que le permitió adjudicarse el sistema;

1.6. Esta conducta, según la FNE, afectaría el interés público, representado en este caso por los consumidores de Puerto Williams, directamente afectados por la vulneración de esta cláusula, y el interés privado, representado por el Gobierno Regional, quien otorgó el monopolio de la explotación del sistema a la requerida porque esperaba mayor eficiencia y menor precio para los consumidores, según la oferta efectuada por EDELMAG;

1.7. Afirma también en su requerimiento que, de acuerdo con los términos de la licitación, la tarifa sólo podía reajustarse en forma trimestral o de acuerdo al método de indexación contemplado en el anexo N° 2 de las bases, no siendo lícito recurrir a ninguna otra variable distinta;

1.8. Estima además que si la adjudicataria hizo un análisis equivocado de costos al presentar su oferta, al considerar que podía obtener la devolución del impuesto específico al petróleo, esto no la autoriza a traspasar ese costo a sus clientes, pues vulnera los términos del contrato y de la licitación, alterando las condiciones de competencia que se tuvieron en vista en su adjudicación;

1.9. Considera también que la eventual justificación de su proceder en una supuesta autorización del Gobernador Provincial de Cabo de Hornos no es plausible, tanto porque no se ha acreditado, como porque si así hubiere ocurrido, dicha autoridad no estaba facultada para ello, pues no era la contraparte en el contrato;

1.10. La FNE define el mercado relevante para este caso como el servicio de suministro de energía eléctrica proveído mediante el sistema de distribución eléctrica en la localidad de Puerto Williams y sus alrededores. Circunscribe su ámbito geográfico a la localidad de Puerto Williams y sus alrededores, ya que no existen interconexiones con otro sistema cercano, debido a su localización aislada, y que no existen sustitutos cercanos;

1.11. Señala además que, en sistemas eléctricos pequeños como el de Puerto Williams, las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad tienen características de monopolio natural. Por consiguiente, es eficiente tener una sola empresa operando el sistema completo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.12. La FNE considera adicionalmente que la entrada de un nuevo competidor, que discipline el comportamiento de EDELMAG, es prácticamente imposible dadas las barreras de entrada legales existentes para la implementación de un sistema eléctrico, y debido a que un gran porcentaje de las inversiones corresponden a costos hundidos;

1.13. Precisa además que, dadas las características del sistema (menos de 1.500 kW), éste no está regulado por ley. Sin embargo, para evitar una explotación abusiva de esta condición monopólica, su regulación se determinó por las bases de la licitación, la resolución que la adjudica y el contrato suscrito entre el Gobierno Regional y EDELMAG, siendo elemento esencial la tarifa eléctrica y su reajustabilidad, determinada por la oferta efectuada en la licitación y su estipulación en el contrato;

1.14. Finalmente, la FNE argumenta que la demanda eléctrica residencial tiene una elasticidad precio de la demanda más bien pequeña (inelástica) por lo que, para EDELMAG, un aumento de un 10% en sus tarifas no produciría una disminución significativa de la demanda y, por lo tanto, le sería rentable;

1.15. En mérito de lo descrito, la Fiscalía Nacional Económica considera que EDELMAG, unilateralmente y abusando de su posición dominante, desconoció las condiciones ofertadas por ella misma y en base a las cuales le fue adjudicado el sistema, elevando el precio de la tarifa eléctrica a partir de enero de 2005 en casi un 30%, sin que sus clientes tuviesen manera de mitigar el abuso y, por ende, apropiándose del excedente que a estos correspondía, y solicita:

- a) Se declare que la requerida ha incurrido en abuso de posición monopólica o dominante;
- b) Se corrijan sus cobros, ajustándolos a los pactados; y,
- c) Se le aplique una multa de 1.000 U.T.A. o la que el H. Tribunal estime apropiada, con expresa condena en costas;

1.16. La requirente acompañó al proceso los siguientes documentos:

1.16.1. Copia de las Bases de Licitación Pública del Sistema de Energía Eléctrica de Puerto Williams, y su anexo N° 2;

1.16.2. Copia de la Res. Ex. N° 10, de 13 de marzo de 2002, del Gobierno Regional de Magallanes y Antártica Chilena;

1.16.3. Copia de escritura pública de adjudicación de 1 de abril de 2002 a EDELMAG, y su modificación de 7 de abril de 2004;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.16.4. Carta EEMG N° 787/2007-G, de 11 de julio de 2007, enviada por EDELMAG a la Fiscalía Nacional Económica;

2. Contestación de la Empresa Eléctrica de Magallanes S.A.

2.1. Con fecha 5 de diciembre de 2007, a fojas 124, EDELMAG contesta el requerimiento, solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

2.2. Afirma que en el proceso de licitación, actuando con total buena fe, no consideró dentro de sus costos de explotación la aplicación del impuesto específico al diesel, ya que asumió que podía recuperar ese impuesto, lo que efectivamente hizo durante un primer período en virtud del débito fiscal generado por la compañía en las localidades de Puerto Natales y de Punta Arenas;

2.3. Sin embargo, sostiene que a comienzos del año 2003 supo que no podría seguir recuperando el impuesto específico, por la aplicación de la Ley N°18.392, "Ley Navarino". Luego, en marzo de 2004, recibió la interpretación oficial del Servicio de Impuestos Internos confirmando lo anterior. En el intertanto (veinticuatro meses), habría asumido todos los costos derivados del impuesto específico, sin traspasarlo a los usuarios;

2.4. Una vez aclarada la situación tributaria señalada, consideró insostenible funcionar bajo sus costos de producción y, según lo estipulado en las Bases de Licitación y el Contrato, empezó a reconocer dentro de los costos de su insumo principal el impuesto específico aplicado al diesel, como un "costo directo" de la generación de electricidad;

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

2.6. Además, describe que, en marzo de 2005, inició el procedimiento de obtención de su concesión de servicio público de distribución de energía eléctrica, la que a la fecha del requerimiento aún no le había sido otorgada. Sostiene que recién el año 2007 el sistema ha sobrepasado los 1.500 kW instalados, pasando a ser un sistema calificado como "mediano" para los efectos de la Ley General de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Servicios Eléctricos, por lo que su precio de generación y transmisión debe ser regulado;

2.7. Como situación análoga, señala que en el sistema “mediano” de Porvenir, zona que también presenta un régimen tributario especial, al realizarse el estudio tarifario para el periodo 2007-2010, el impuesto específico fue explícitamente reconocido como parte del costo del petróleo diesel;

2.8. Afirma la empresa requerida que ha actuado conforme a derecho, amparada por causa legal y contractual, sin haber obtenido provecho ilegítimo o utilidades sobrenormales al considerar el impuesto específico al diesel dentro de sus costos, y que además adoptó todas las medidas de prudencia a su alcance para informar a la autoridad de la situación e incluir el impuesto en el precio a los usuarios finales con el menor nivel posible de impacto económico para ellos;

2.9. Considera que se ajustó a los términos de las Bases de Licitación y del Contrato en cuanto a traspasar a los clientes sólo sus costos de operación. Afirma que, mientras pudo y no hubo de pagar efectivamente el impuesto específico, no traspasó el costo involucrado a los clientes, hasta agotar las posibilidades de no incurrir en el mismo;

2.10. Considera también que las Bases buscaban que el adjudicatario de la licitación pudiera resarcirse de todos los costos involucrados en la prestación del servicio, particularmente de todos aquellos vinculados al costo del petróleo diesel. Así, el Oficio Ord. N° 832, titulado “Respuesta a las consultas formuladas por los interesados a las Bases de Licitación”, explica que en éste debían considerarse todos los costos correspondientes al combustible “puesto en la central de generación” y, por otro lado, que debían descontarse los subsidios relacionados. Respecto a las fórmulas de indexación de las tarifas, contenidas en el Anexo N° 2 de las Bases, señala que éstas consideraban un precio del petróleo diesel promedio del año 2000 que incluía el impuesto específico;

2.11. Argumenta EDELMAG que, aunque hubiera considerado como costo el impuesto específico desde el inicio de la explotación del Sistema, igualmente se habría adjudicado la licitación, por lo que no se afectó la competencia en ésta;

2.12. Afirma que no ha obtenido un lucro injustificado o utilidades sobrenormales como consecuencia del traspaso de este costo, ya que las rentas de EDELMAG son inferiores que las que obtendría en caso de estar sujeta a fijación de tarifas, e incluso inferiores a las que obtiene en zonas aledañas sujetas a tarificación. Considera que la incorporación del impuesto específico en las tarifas no ha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

generado ni es apto para generar rentas sobrenormales, y que no es razonable que EDELMAG opere el Sistema Eléctrico de Puerto Williams cobrando una tarifa que no alcance a cubrir sus costos, y tampoco se le puede exigir subsidiar el suministro del servicio;

2.13. Por tanto, considera que el alza de tarifas a los clientes de Puerto Williams se debe fundamentalmente al incremento del costo internacional del petróleo diesel y que, en ese sentido, los cálculos de la FNE no aíslan ese efecto en el incremento de los precios y se lo atribuyen completamente a EDELMAG;

2.14. Argumenta además que el requerimiento imputa a EDELMAG un supuesto incumplimiento contractual, asimilándolo a un abuso de posición dominante, pero no argumenta ni acredita la existencia de precios abusivos, alteración de la calidad de los servicios o la obtención de rentas sobrenormales;

2.15. En cuanto al real impacto del impuesto específico en la tarifa de Puerto Williams, sostiene que éste es menor al calculado por la FNE, y lo estima cercano al 10% del precio de la energía. El error de la FNE probablemente deriva de que omitió el alza notoria, sostenida y pronunciada del precio internacional del combustible, en más de 80% desde 2002 a 2006, principal motivo del alza en las tarifas eléctricas no sólo en Puerto Williams sino que en todo el país;

2.16. Cita jurisprudencia de libre competencia sobre precios abusivos, en que se excluiría la existencia de abuso en la medida que los precios sean determinados en base a justificaciones objetivas, como en este caso un incremento de costos reales;

2.17. Considera como otra prueba de que EDELMAG no está abusando de una posición monopólica, el hecho que no se ha deteriorado la calidad del servicio, sino que, por el contrario, se ha incrementado en los últimos años y es similar al de una empresa regulada, no obstante no estar sujeta a regulación;

2.18. Por tanto, argumenta, al excluirse la existencia de un abuso y las imputaciones propias de libre competencia, el conflicto se trataría de una materia civil, de competencia de tribunales ordinarios. En ese sentido, establecer si el Contrato se modificó o no; si se alteró de acuerdo a los mecanismos pactados o no; o si se cumplieron o no sus estipulaciones, corresponde a una jurisdicción diversa a la de la libre competencia;

2.19. En subsidio, plantea la excepción de prescripción, argumentando que el plazo de prescripción de la acción imputada como ilícita comenzó a correr en abril del 2005, fecha en que se reconoce el 100% del impuesto específico como costo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del combustible en la fórmula para calcular las tarifas eléctricas, y que necesariamente prescribió en abril del año 2007, mientras que el requerimiento de la FNE fue presentado el 17 de octubre y notificado recién el 6 de noviembre de dicho año;

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

2.21. Solicita en definitiva que se rechace en todas sus partes el requerimiento y que se declare expresamente que EDELMAG no ha incurrido en ninguna infracción al D.L. N°211, ni ha cometido atentado alguno contra la libre competencia con motivo de las conductas que aquí se han descrito. En subsidio de todo lo anterior, de estimarse que existió alguna infracción, solicita se le exima del pago de la multa o se fije prudencial y proporcionalmente considerando las conductas razonables desplegadas por la compañía y la ausencia de abuso en su actuar, y se acoja en todo caso la excepción de prescripción planteada;

2.22. La requerida acompañó al proceso los siguientes documentos:

2.22.1. Copia del Oficio Ord. (DAC) N° 832, de 27 de noviembre de 2001, del Intendente Regional de Magallanes y la Antártica Chilena, "Respuesta del Gobierno Regional a las consultas formuladas por uno de los interesados a las Bases Generales de Licitación Pública del Sistema de Energía Eléctrica de Puerto Williams";

2.22.2. Copia del "Memorando informativo del Sistema de Energía Eléctrica", mayo de 2001, preparado por EMAZA S.A. con ocasión del proceso de licitación del Sistema Eléctrico de Puerto Williams;

2.22.3. Copia del Oficio Ord. N° 4202, de 7 de septiembre de 2004, del Director del Servicio de Impuestos Internos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 2.22.4. Copia del Informe de Consultora Guerra & Raby, de 12 de enero de 2005;
 - 2.22.5. Copia de noticia publicada en “Radio Magallanes Internet”, de 13 de noviembre de 2007;
 - 2.22.6. Versión confidencial de la contestación de la demanda, que contiene datos sobre su estructura de costos y rentabilidad;
 - 2.22.7. Informe “Análisis de los fundamentos económicos del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra EDELMAG S.A.”, de Vivianne Blanlot S., de abril de 2008;
 - 2.22.8. Copia de carta de fecha 14 de abril de 2008, en la que EDELMAG entrega a la CNE el Informe Final de Estudio de Planificación y Tarifación del Sistema Mediano de Puerto Williams, elaborado por SYSTEP Ingeniería y Diseños;
 - 2.22.9. Copia del Informe Final de Estudio de Planificación y Tarifación del Sistema Mediano de Puerto Williams, elaborado por SYSTEP Ingeniería y Diseños;
 - 2.22.10. Copia de correos electrónicos enviados por ENAP a EDELMAG informando los cambios de precios del petróleo diesel para cada mes del año 2006;
 - 2.22.11. Copia de publicación en el Diario Oficial del día 11 de abril de 2008, del Decreto N° 263 de la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, que otorga a EDELMAG la concesión definitiva del servicio público eléctrico de distribución en la comuna de Cabo de Hornos;
 - 2.22.12. Copia de artículos de prensa;
 - 2.22.13. Mensaje de la Ley N° 20.258, que “Establece un mecanismo transitorio de devolución del impuesto específico al petróleo diésel a favor de las empresas generadoras eléctricas”;
3. A fojas 195, habiendo considerado este Tribunal que no existían hechos substanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales debía rendirse prueba, se ordenó traer los autos en relación y, en la audiencia del día 26 de junio de 2008, se realizó la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CONSIDERANDO:

Primero. Que el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica imputa a la empresa eléctrica EDELMAG, que opera la concesión para la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en la localidad de Puerto Williams y sus alrededores, la explotación abusiva de su posición monopólica en dicho mercado, cobrando a los consumidores finales, a partir de enero del año 2005, una tarifa eléctrica injustificada y excesiva respecto de lo pactado contractualmente en el proceso de licitación del servicio;

Segundo. Que, en su defensa, la requerida ha argumentado que, si bien es efectivo que incrementó las tarifas en dicha localidad, ello se debió a que no podría recuperar, mediante su imputación al débito fiscal correspondiente, lo pagado por impuesto específico al petróleo diesel –principal insumo para la generación de energía en el sistema que opera-, lo que le hacía insostenible funcionar bajo sus costos de producción, por lo que, según lo estipulado en las Bases de Licitación y en el Contrato, incorporó el monto de dicho impuesto como “costo directo” en el cálculo de sus precios. Señala también que acordó con el señor Gobernador Provincial la forma de traspasar ese costo a los clientes de manera progresiva (80% en enero de 2005, y 100% en abril de ese año);

Tercero. Que, como situación análoga, argumenta que en el sistema eléctrico de Porvenir, calificado como “mediano” de acuerdo a la Ley General de Servicios Eléctricos, al realizarse el estudio tarifario para el periodo 2007-2010, el impuesto específico fue explícitamente reconocido como parte del costo del petróleo diesel;

Cuarto. Que también argumenta que constituye prueba de que no abusó de su posición monopólica, la circunstancia de no haberse deteriorado la calidad del servicio, sino que -por el contrario-, ésta se ha incrementado en los últimos años, siendo ahora similar a la de una empresa regulada;

Quinto. Que, por otra parte, EDELMAG alega que el requerimiento le imputa un supuesto incumplimiento contractual, asimilándolo a un abuso de posición dominante. Por tanto, una vez excluido el abuso y las imputaciones propias de libre competencia, el litigio se trataría de una materia civil, de competencia de tribunales ordinarios;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexto. Que, por último, en subsidio de las defensas descritas, alega la excepción de prescripción, considerando que, de ser efectiva la supuesta conducta imputada, ésta necesariamente prescribió en abril del año 2007, según dispone el inciso 3º de artículo 20 del D.L. N° 211, mientras que el requerimiento fue presentado el 17 de octubre de 2007, y notificado recién el 6 de noviembre de ese año;

Séptimo. Que las Bases de Licitación, sus anexos y documentos complementarios, que rolan a fojas 1 y siguientes, establecen que la adjudicataria debía ofrecer una tarifa media por kW/h, la que se reajustaría según las fórmulas de indexación contenidas en el Anexo N° 2 de dichas bases y estaría vigente hasta que obtuviese la concesión del servicio público sometido a regulación tarifaria;

Octavo. Que, por el tamaño del sistema adjudicado a la fecha de la licitación (inferior a 1.500 kW instalados), éste no estaba sometido a la regulación de tarifas establecida en el D.F.L. N° 1, Ley General de Servicios Eléctricos para los sistemas denominados “medianos”. En consecuencia, la libertad de la empresa adjudicataria para fijar sus precios a los consumidores finales sólo se encontraba restringida por el cumplimiento de las condiciones que voluntariamente suscribió al adjudicarse la licitación. Entre éstas, resulta especialmente relevante que las fórmulas de indexación de las tarifas establecidas en las Bases no correspondían a las variaciones de los costos efectivos en que incurriera la empresa adjudicataria, ni tampoco consideraban una rentabilidad mínima o estimada, por lo que esos elementos de riesgo debían ser considerados por cada empresa al estimar los precios promedio que formaban parte de sus ofertas. Así, la licitación se adjudicó a EDELMAG en consideración de su oferta, consistente en una tarifa promedio de \$122,93 por kW/h.- y en UF 250 por los activos del sistema, iniciando su operación en febrero de 2002;

Noveno. Que, a juicio de este Tribunal, atendido lo anterior y los demás antecedentes que obran en autos, el mercado relevante dentro del cual debe determinarse si se llevó o no a cabo la conducta que la Fiscalía imputa a EDELMAG, se circunscribe a la generación y distribución de electricidad en la localidad de Puerto Williams y sus alrededores. Por otra parte, dadas sus condiciones geográficas, la imposibilidad de interconexión con otros sistemas eléctricos, y su pequeño tamaño tanto en demanda de energía como en extensión

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de las redes, no resulta factible que ese mercado sea operado por más de una empresa, en ninguno de sus segmentos;

Décimo. Que, de esta forma, la adjudicación de la operación del sistema a EDELMAG, junto con la propiedad de las instalaciones de generación y transmisión, configuran una posición monopólica que, por lo demás, ha sido expresamente reconocida por la requerida, tal como se desprende de lo señalado en su escrito de fs. 124. Así, debe tenerse especialmente en cuenta que, tal como se ha dicho, el poder de mercado que le otorga esa posición monopólica sólo se encuentra limitado por las obligaciones contraídas en el contrato de concesión ya citado;

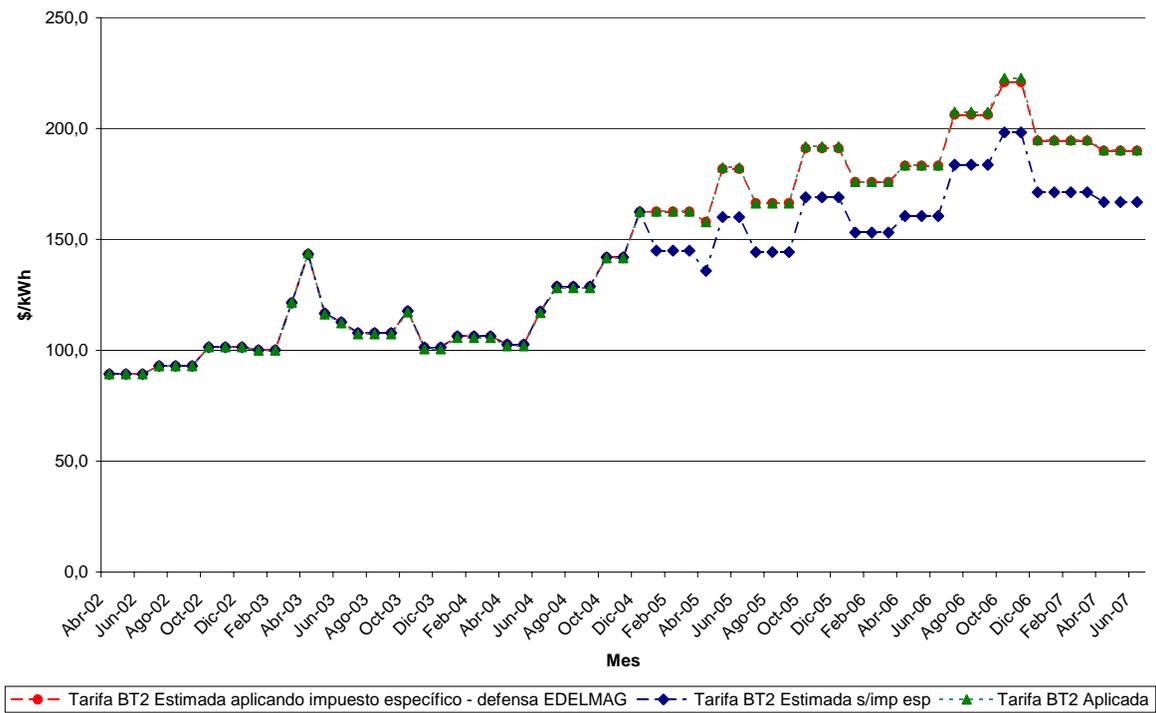
Undécimo. Que, asimismo, la requerida no ha controvertido la existencia del alza en los precios de sus servicios, a partir de enero del año 2005, ni la magnitud de ésta. Al efecto, ha acompañado, a fojas 203, un informe que contiene el listado de tarifas efectivamente cobradas por EDELMAG, mes a mes;

Duodécimo. Que, al respecto, en cuanto al alcance del alza antes referida, de la propia información proporcionada por la requerida en el listado antes mencionado, se ha establecido que EDELMAG incrementó las tarifas AT2 (para clientes comerciales, industriales y Armada, en alta tensión) y BT2 (para alumbrado público, clientes comerciales e instituciones públicas, en baja tensión) en el monto correspondiente a lo alegado en su defensa; esto es, en el traspaso del impuesto específico a precio (en un 80% entre enero y marzo de 2005, y en un 100% desde abril de 2005), siguiendo las fórmulas de indexación aplicables a esas tarifas. Sin embargo, el aumento aplicado por EDELMAG a la tarifa BT1 -esto es, la aplicada a clientes residenciales- fue incrementada en montos superiores a los que habrían correspondido por el solo traspaso a precio final del impuesto específico al petróleo diesel. Los gráficos siguientes dan cuenta de lo anterior;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico 1

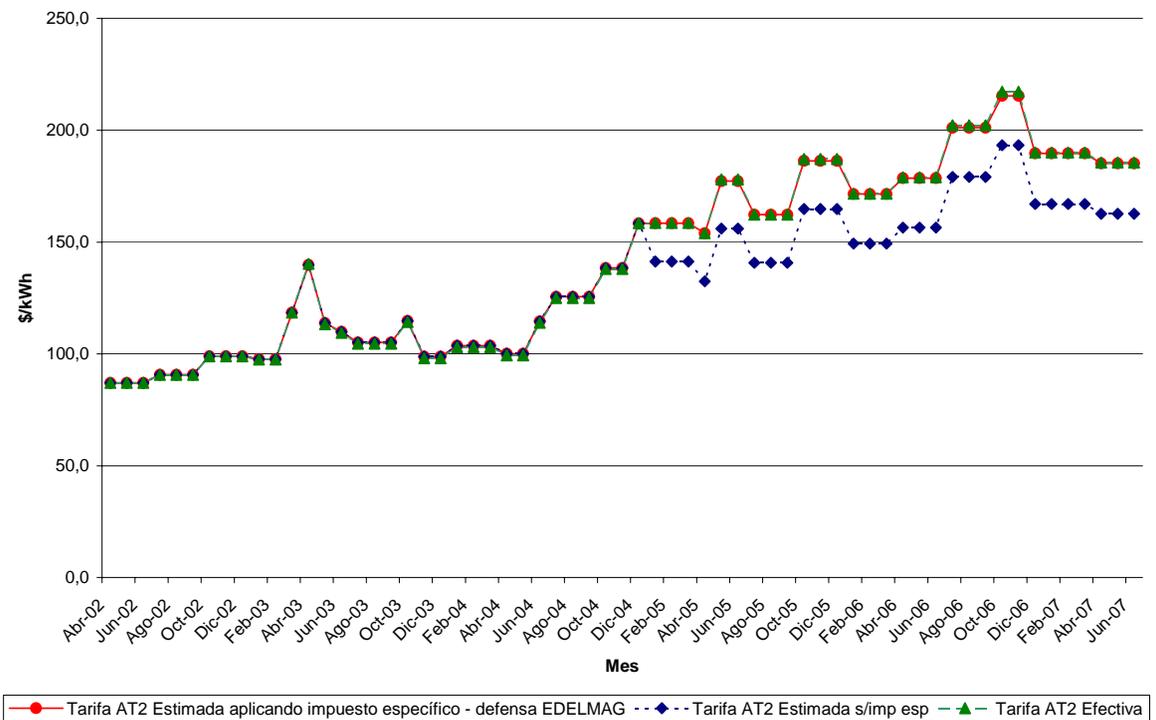
Tarifas BT2



Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada a fojas 49, fojas 259, e información extraída de <http://www.ine.cl> y <http://www.bcentral.cl>.

Gráfico 2

Tarifas AT2

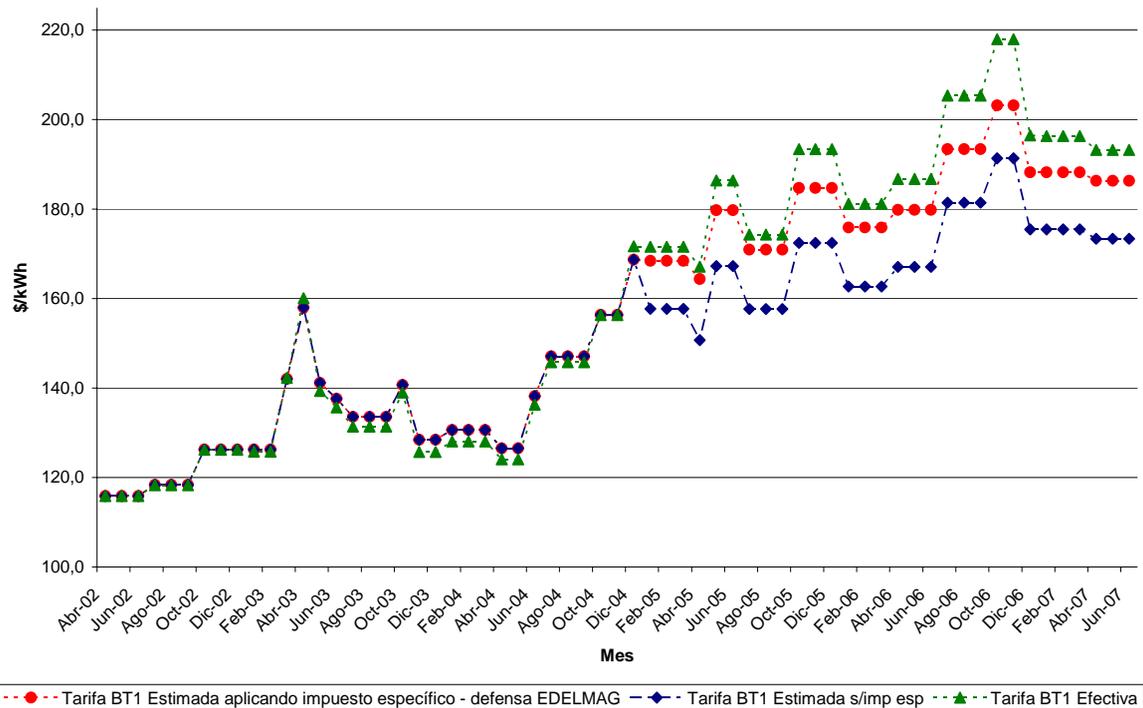


Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada a fojas 49, fojas 259, e información extraída de <http://www.ine.cl> y <http://www.bcentral.cl>.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico 3

Tarifas BT1



Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada a fojas 49, fojas 259, e información extraída de <http://www.ine.cl> y <http://www.bcentral.cl>.

Decimotercero. Que, en consecuencia, está acreditado que EDELMAG alzó sus tarifas, y que lo hizo, en el caso de las tarifas residenciales, por sobre el incremento que habría resultado de trasladar a clientes finales solamente el valor correspondiente al impuesto específico al petróleo diesel;

Decimocuarto. Que, así establecidos los hechos, la discusión de autos debe centrarse, en primer lugar, en determinar si el referido aumento de precios se encuentra justificado según lo permitido en las bases, y específicamente, en cuanto al régimen jurídico-tributario del impuesto al diesel y su recuperación, o si, por el contrario, corresponde a un abuso de su posición monopólica por alteración de lo estipulado en las bases y en el respectivo contrato de concesión;

Decimoquinto. Que, al respecto, el Servicio de Impuestos Internos ha informado, mediante Oficio que rola a fojas 362, que la recuperación del impuesto específico al diesel soportado en sus adquisiciones por empresas afectas al IVA, se encuentra regulada por la Ley N° 18.502, de abril del año 1986, y por la Circular S.I.I. N° 32, de mayo del mismo año, normas que se han mantenido sin modificación desde entonces y siguen vigentes a la fecha de esta sentencia. El mecanismo de recuperación consiste en su imputación sobre el débito fiscal por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

IVA, por lo que una empresa ubicada en una zona acogida a la Ley N° 18.392 (Ley Navarino), de 1985, que no genera débito fiscal por IVA según lo señalado en la Circular S.I.I. N° 52, de diciembre de 1985, se encuentra imposibilitada de recuperar el impuesto específico al diesel;

Decimosexto. Que, coincidente con lo anterior, la requerida ha afirmado que, desde el inicio de sus operaciones en el año 2002, pagó el impuesto específico del diesel por las compras del combustible requerido para el sistema eléctrico de Puerto Williams y que, al no generar un débito fiscal por la venta de servicios en la zona beneficiada por la Ley Navarino, exentos de IVA, no recuperó lo pagado por impuesto específico desde el año 2003;

Decimoséptimo. Que informa además el S.I.I. que no registra correspondencia oficial con la empresa EDELMAG respecto de esta materia. Sin embargo, da cuenta de una consulta de la empresa Guerra y Raby, en julio de 2004 –esto es, más de dos años después de adjudicada la concesión a EDELMAG-, referida a si procede que una empresa que vende petróleo a otra que está ubicada en la Zona Preferencial de la Ley Navarino recupere el impuesto específico como exportador. Dicha consulta fue respondida mediante el Oficio S.I.I. Ord. N° 4.202, de septiembre de 2004, acompañado en autos por la propia requerida a fojas 124, y concluye que no es posible extender el beneficio establecido en el artículo 9° de la Ley Navarino a otros tributos distintos de los expresamente considerados en esa norma;

Decimooctavo. Que, en consecuencia, teniendo en cuenta que el régimen de recuperación del impuesto específico al diesel para la zona de Puerto Williams no ha sido modificado desde el año 1986, éste debió ser conocido por la requerida al momento de presentar su oferta en la licitación por el sistema eléctrico de dicha localidad en el año 2002. Ello permite descartar su defensa basada en que, hasta fines del año 2004, consideró que recuperaría el impuesto específico, y que sólo en esa fecha confirmó que no era posible, pues su propio error o negligencia no puede eximirla del deber de no abusar de la posición monopólica en que se encuentra;

Decimonoveno. Que, al respecto, en opinión de este Tribunal, resulta inexcusable argumentar un incremento de costos, cuando el régimen jurídico-tributario aplicable al momento de la licitación se encontraba vigente desde el año 1986, por lo que debió ser conocido tanto por las empresas que operan en la zona

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como por los potenciales interesados en dicha licitación; régimen que, por lo demás no fue alterado en la época de la conducta materia del requerimiento;

Vigésimo. Que, establecido así lo anterior, corresponde en segundo lugar, de acuerdo con los términos del requerimiento, establecer si el alza de precios era una posibilidad contemplada en las bases y en el contrato y si, siéndolo, podía efectuarse unilateralmente por EDELMAG, y en qué condiciones;

Vigésimo primero. Que, en cuanto a la calificación de las conductas imputadas como ilícitos contrarios a la libre competencia, debe precisarse en primer término que el solo incumplimiento del contrato y de las bases de licitación no configuraría por sí mismo una infracción al artículo 3º del D.L. Nº 211. Dicha materia correspondería, en principio, a una contienda de naturaleza civil entre las partes contratantes, respecto de la cual no incidiría la posición monopólica de EDELMAG en la localidad de Puerto Williams;

Vigésimo segundo. Que, por otro lado, la relación entre dicha empresa y los consumidores finales no nace de un acuerdo contractual libre, en cuanto éstos no son parte del contrato suscrito entre el Gobierno Regional de Magallanes y EDELMAG, siendo esta empresa la única proveedora de energía eléctrica en la zona. Por consiguiente, la imposición de un aumento de tarifas a los consumidores finales distinto al que permitirían las bases de licitación corresponde ciertamente a una materia sobre la cual este Tribunal debe pronunciarse;

Vigésimo tercero. Que, en consecuencia, este Tribunal deberá establecer, tal como se ha dicho, si el alza de precios –que es la conducta que se imputa como abusiva a EDELMAG- estaba o no contemplada en las bases y en el contrato, pues sólo de esta manera es posible discernir si las condiciones tenidas en cuenta al adjudicársele el servicio –y que son las que limitan el poder monopólico que en virtud de las mismas le fue otorgado vía concesión a la requerida- fueron alteradas o no;

Vigésimo cuarto. Que, así las cosas, para establecer si el incremento de precios se encuentra justificado en razones de mercado o, por el contrario, corresponde a un abuso de posición monopólica, se debe considerar la estructura de indexación de tarifas definida en el Anexo Nº 2 de las Bases de Licitación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo quinto. Que, de acuerdo con lo establecido en las bases de licitación, la indexación del cargo fijo y de las tarifas a cliente final era de aplicación trimestral, salvo que se acumulara una variación de los parámetros que superase el rango de +/- 10%, caso en que debía aplicarse anticipadamente;

Vigésimo sexto. Que, por otra parte, la base de cálculo de las fórmulas de indexación corresponde al precio promedio ofertado por la empresa adjudicataria, esto es, EDELMAG; y los parámetros de indexación consisten en (i) las variaciones del precio del petróleo diesel puesto en Puerto Williams; (ii) las variaciones del Índice de Precios al Consumidor; y, (iii) las variaciones del Índice de Productos Importados, que considera la tasa arancelaria de importación de equipos electromecánicos y el dólar observado;

Vigésimo séptimo. Que, tal como se puede apreciar de lo anteriormente expuesto, las bases no contemplan como elemento del precio ofertado, ni de su indexación, la eventual recuperación tributaria del impuesto específico al petróleo diésel, o su adición a las tarifas a cobrar a usuarios finales en caso que dicha recuperación no fuese posible;

Vigésimo octavo. Que, en consecuencia, la recuperación tributaria de dicho impuesto (que, como ya se ha señalado, no era legalmente viable ni antes, ni durante, ni después de la época en que se llevó a cabo la licitación) no constituye un elemento de las bases, sino solamente un factor que EDELMAG, al momento de licitar, debió haber considerado conforme al marco jurídico-tributario aplicable a fin de establecer los términos de su oferta lo que, según los propios dichos de la requerida, no hizo;

Vigésimo noveno. Que, en cuanto a las argumentaciones de la requerida que, a su juicio, acreditarían que no existió un abuso de posición monopólica, éstas se refieren en síntesis a (i) que no ha tenido rentas superiores a las que habría obtenido de estar sujeta a regulación de tarifas; (ii) que no se afectó la competencia en la licitación del año 2002; y (iii) que ha realizado inversiones y mejoras en la calidad del servicio que serían inconsistentes con el comportamiento de un monopolista;

Trigésimo. Que el primero de estos argumentos debe rechazarse, pues, a juicio de este Tribunal, el hecho de no haber registrado EDELMAG rentas superiores a las que habría obtenido en caso de haber estado sujeta a regulación tarifaria durante el período en cuestión, incluso después de haber alzado las tarifas en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

forma ya acreditada, no es motivo suficiente para eximirla de responsabilidad. Lo anterior, toda vez que la licitación de autos, tal como se ha dicho, no garantiza a EDELMAG una rentabilidad predeterminada, ni tampoco que se cubrirán sus costos efectivos, siendo entonces ambos aspectos un riesgo inherente al negocio. A mayor abundamiento, si la operación de la concesión no cubría los costos incurridos para tal fin, EDELMAG podría haber solicitado una modificación de las tarifas de común acuerdo con su contraparte en el contrato o, derechamente, poner término al contrato de concesión, asumiendo las consecuencias de ello. Finalmente, tampoco se ajusta al mecanismo contemplado en las bases y en el contrato la forma en que EDELMAG pretende haber dado cumplimiento a una supuesta facultad de modificación “convencional” de su régimen de concesión, pues la mera comunicación de las nuevas tarifas al Sr. Gobernador Provincial de Cabo de Hornos, no habilitan a la requerida, ni a ninguna otra concesionaria en su mismo lugar y situación, a modificar de facto las tarifas por esta vía;

Trigésimo primero. Que, por otra parte, el segundo argumento de EDELMAG también debe ser desechado, toda vez que lo que se le imputa no ha sido alterar las condiciones de competencia en la licitación de autos del año 2002, sino haber abusado, con posterioridad a esa fecha, del poder monopólico que la consiguiente adjudicación le otorgó;

Trigésimo segundo. Que, por último, este Tribunal es de opinión que el tercero de los argumentos esgrimidos por EDELMAG debe rechazarse, pues la mejora en la calidad del servicio que invoca en su favor era y es parte de sus obligaciones como concesionario, y sólo son apreciables a partir del año 2006, por lo que no son aptas para eximirla de responsabilidad;

Trigésimo tercero. Que, en conclusión, este Tribunal entiende que EDELMAG cometió un abuso de posición monopólica al incrementar las tarifas a clientes finales, en forma injustificada y por sobre los parámetros de indexación definidos en su contrato de concesión. Lo anterior toda vez que, si EDELMAG no consideró el impuesto específico al petróleo diesel como un costo de producción al momento de postular a la licitación, ni al reajustar sus tarifas al inicio del contrato, no se encuentra justificada su inclusión unilateral a contar del año 2005, tal como se ha dicho en las consideraciones anteriores;

Trigésimo cuarto. Que, establecida la existencia de un abuso de posición monopólica, resulta procedente pronunciarse respecto de la excepción subsidiaria de prescripción alegada por la requerida. Al respecto, EDELMAG argumenta que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el requerimiento de autos le fue notificado el día 6 de noviembre del año 2007 y que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 inciso 3º del D.L. Nº 211, debe declararse la prescripción de la conducta imputada, ya que el incremento de precios ocurrió en abril del año 2005, fecha en que afirma haber traspasado el 100% del impuesto adicional a las tarifas, habiendo transcurrido entonces el plazo de dos años establecido en la norma citada;

Trigésimo quinto. Que, al respecto, este Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que el plazo de prescripción de una conducta contraria a la libre competencia debe computarse a partir del momento en que cesa dicha conducta. Así, si bien el incremento injustificado de precios se inicia en enero del año 2005, éste se mantuvo al menos hasta noviembre del año 2007, tal como consta de la información proporcionada por la propia requerida a fojas 259, por lo que resulta improcedente declarar la prescripción de la conducta ilícita en los términos argumentados por EDELMAG;

Trigésimo sexto. Que, sin embargo, se acogerá la excepción de prescripción en cuanto no se sancionará a EDELMAG por el incremento injustificado de precios entre enero y noviembre del año 2005, ni se tendrá en cuenta este período para calificar la gravedad de dicha conducta;

Trigésimo séptimo. Que por último, para la determinación de la multa este Tribunal considerará como elemento de base los ingresos injustificados –aquellos que exceden al nivel de tarifas que correspondería haber aplicado según los parámetros de indexación ya citados- obtenidos por la requerida entre diciembre del año 2005 y noviembre del año 2007, ambos meses inclusive, periodo para el cual este Tribunal cuenta con información de las tarifas efectivamente cobradas por EDELMAG a sus clientes. De acuerdo con la información que la propia empresa ha acompañado al expediente de autos, y a los valores del petróleo diesel para el periodo, estos ingresos ascienden a la suma total de \$122 millones;

Trigésimo octavo. Que, en cuanto a la gravedad de la conducta, se considerará especialmente que EDELMAG, en su calidad de oferente monopolista de un servicio básico como es la provisión de energía eléctrica, debió tener particular cuidado en atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo noveno. Que, atendida la gravedad de la conducta, y habida cuenta que la imposición de una multa apenas equivalente al monto del beneficio ilegítimamente obtenido no es suficiente para cumplir con el efecto disuasorio que toda multa debe tener, en la parte resolutive de esta sentencia se establecerá como sanción un monto superior a dicho beneficio;

Cuadragésimo. Que por último, respecto de lo solicitado por la Fiscalía en cuanto a que este Tribunal corrija los cobros injustificados efectuados por EDELMAG, ajustándolos según los establecido en las bases, cabe señalar que, atendidos los términos en que la FNE ha formulado este petitorio –de los cuales no es posible deducir si lo que se pide es que EDELMAG restituya retroactivamente el exceso cobrado injustificadamente o si, por el contrario, que desde ahora en adelante se deje de cobrar dicho exceso, o ambas circunstancias-, sólo cabe a este Tribunal imponer a la requerida el cese de la conducta a partir de la fecha de la presente sentencia. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos patrimoniales de los afectados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 del D.L. N° 211;

Y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, inciso primero y letras a) y b), 18º número 1, 19º, 22º, 26º, del Decreto Ley N° 211, y demás preceptos legales aplicables;

SE RESUELVE:

- 1) Acoger parcialmente la excepción de prescripción planteada por la requerida, sólo respecto del periodo anterior al día 6 de noviembre del año 2005;
- 2) Acoger parcialmente el requerimiento de fojas 53 del señor Fiscal Nacional Económico, y declarar que la EMPRESA ELECTRICA DE MAGALLANES S.A. ha incurrido en un abuso de posición dominante en el mercado de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en la localidad de Puerto Williams y sus alrededores, con costas;
- 3) Condenar a la requerida al pago de 400 Unidades Tributarias Anuales; y,
- 4) Ordenar a la requerida el cese inmediato de la conducta sancionada;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese y archívese en su oportunidad;

Rol C N° 147-07

Pronunciada por los Ministros señores Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic y Sr. Julio Peña Torres. No firma la Ministra Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido al acuerdo.

Autoriza, Alejandro Domic Seguich, Secretario Abogado (S).