

— Los textos de la Segunda Parte de la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales han sido fielmente reproducidos. En consecuencia, los errores de transcripción que ellos pudieren contener no son de responsabilidad de la Editorial Jurídica de Chile. Excepcionalmente, una nota al pie de página reiterará, en algunas sentencias, que su transcripción es fiel al original.

— Esta publicación se edita en cuatro números anuales, incluyéndose el índice general en el último de ellos.

DERECHO

LEGISLACION ANTIMONOPOLICA Y DISTRIBUCION ELECTRICA CONCESIONADA

Domingo Valdés Prieto⁽¹⁾

I. SUMARIO. II. APLICABILIDAD DE LA LEGISLACION ANTIMONOPOLICA A LAS INDUSTRIAS REGULADAS 2.1. Soluciones dadas ante la Sherman Act, antecedente de nuestra legislación antimonopolica 2.2. El Decreto Ley 211 para la tutela de la libre competencia 2.2.1. Inciso primero: legislaciones excepcionadas y servicios públicos. 2.2.2. Inciso segundo: legislaciones excepcionadas y tarificación. 2.2.3. Inciso tercero: estancos y control antimonopolico de legislación excepcionada. 2.3. La jurisprudencia antimonopolica nacional 2.3.1. Una interpretación en torno al artículo quinto del Decreto Ley 211. 2.3.2. El principio de la especialidad ante la Comisión Resolutiva. III. LA DISTRIBUCION ELECTRICA CONCESIONADA Y LA LIBRE COMPETENCIA 3.1. Aspectos generales 3.2. La libre competencia por parte de los concesionarios de distribución eléctrica 3.2.1. Barreras a la entrada 3.2.2. Competencia por medios lícitos 3.2.3. Competencia vía suposición de concesiones IV. CONCLUSIONES.

II. APLICABILIDAD DE LA LEGISLACION ANTIMONOPOLICA A LAS INDUSTRIAS REGULADAS

La literatura especializada da cuenta de un tópico ya clásico y no por ello menos actual: el de la aplicabilidad de la legislación antimonopolica a las denominadas industrias reguladas, entre las cuales hallamos precisamente la de la distribución eléctrica. Las industrias reguladas son aquellas en las cuales la reglamentación de los negocios y sus actividades es principalmente efectuada por la Administración del Estado, de modo tal que en ellas queda un escaso o, a veces, un nulo ámbito de aplicación de los principios de

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 128.847, año 2002
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición en el mes de octubre de 2002

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1422-X

⁽¹⁾ Domingo Valdés Prieto, Abogado, Universidad de Chile; Diplomado E.L.I., University of Michigan; Master in Law, University of Chicago; Profesor de Derecho Económico, Universidad de Chile; Director de Empresa Distribuidora Sur S.A.; Edesur (Argentina) y Fiscal de Enerjis S. A.

El presente trabajo es responsabilidad exclusiva de su autor y no pretende representar en forma alguna opiniones de actores del mercado eléctrico.

la Libre Competencia. En efecto, en ciertas ocasiones la regulación administrativa llega a ser tan intensa que virtualmente se confunde con la propiedad estatal; en tanto que en otras circunstancias, existe un cierto reducho de toma de decisiones autónomo, esto es, un ámbito donde la autonomía privada de los particulares puede ser ejercitada sin hallarse sustruida por regulaciones legales y administrativas. Ordinariamente, la intensidad de la reglamentación dependerá del motivo por el cual esa industria es regulada y sustraida de los dominios de la autonomía privada. Esta desviación del principio de la autonomía privada o de la libre iniciativa, según lo formulan respectivamente juristas y economistas, suele hallar una razón justificante en el interés público comprometido; como tendremos oportunidad de apreciar más adelante una importantísima modalidad de interés público es la que conlleva el servicio público, noción de la cual nos haremos cargo. Atendido que ese interés público, por diversos motivos, no puede quedar entregado a la libre operatoria del mercado, es que se acude a la regulación que busca suplir tales deficiencias. Se ha dicho que el origen de esta regulación administrativa arranca de los problemas generados por monopolios naturales y que, posteriormente, se habría extendido a otras situaciones análogas, como estructuras de mercado en las cuales la competencia no es operativa o el nivel de información es inadecuado. Existen, también, justificaciones ajenas a consideraciones económicas, como acontece con ciertas razones de orden político orientadas a proteger determinadas industrias locales de la competencia foránea.

Las modalidades de regulación por parte de la Administración del Estado son innumerables, desde controles que implican barreras a la entrada o a la salida de un determinado mercado relevante; otorgamiento y revocación de concesiones; fijación de precios, establecimiento de bandas o bien tarificación de precios; determinación de la calidad y de la cantidad de los productos transados, regulación directa de las características

societarias de los agentes autorizados a intervenir en ese mercado, etcétera. Este fenómeno de carácter económico ha sido observado y analizado también desde una óptica jurídica, dando lugar a interesantes estudios acerca del Orden Público Económico y sus técnicas, entre las cuales se reconocen diversas fórmulas para lograr intervenir los contratos de los particulares.

Según hemos explicado, la legislación antimonopolio halla su razón de ser en intervenir en los mercados con el objeto de asegurar la Libre Competencia, por la vía de prevenir o proscribir las conductas que puedan menoscabar la sana operatoria de la oferta y la demanda. Así, mientras la regulación emitida por la Administración del Estado se basa en la premisa de que la Libre Competencia no puede campar en un determinado mercado en razón de la estructura de este último u otra circunstancia similar; la legislación antimonopolio descanza sobre el supuesto de que sí puede haber Libre Competencia en un determinado mercado relevante y que, por tanto, es necesario tutelarla de las agresiones u ofensas que puede sufrir por parte de competidores actuales o potenciales que participan en el mismo o de las propias autoridades públicas que intervienen dicho mercado. Sin embargo, ninguno de tales sistemas regulatorios es hermético o estranco; en efecto, la regla general es que la regulación emitida por la Administración del Estado no comprenda todos los aspectos de una industria regulada ni sea exhaustiva al momento de reglamentarlos y, por tanto, deje lugar a la aplicación del sistema normativo antimonopolio. Esto lleva a la coexistencia, en un mismo mercado regulado, de reglamentación estatal y de normativa antimonopolio, lo que implica subordinar dicho mercado a una doble tutela: la del regulador técnico y la de los organismos antimonopolios. La identificación de los límites de la regulación sustitutiva de la autonomía privada y de la regulación antimonopolio es casuística, por lo cual, intentaremos dar algunas directrices que pueden ser coligadas de la propia legislación antimonopolio.

2.1. SOLUCIONES DADAS ANTE LA SHERMAN ACT, ANTECEDENTE DE NUESTRA LEGISLACIÓN ANTIMONOPOLIO

En el Derecho Estadounidense, en el cual se originó la Sherman Act de 1890 (antecedente y fuente inspiradora de nuestro Decreto Ley 211, de 1973), se planteó el mismo problema, pero en dos niveles diferentes: el estadual y el federal.

A) "State Action Doctrine": esta doctrina tiene aplicación cuando la regulación específica de un mercado tiene un origen estadual (por oposición a federal) y entra en conflicto con la legislación antimonopolio. En este evento, la norma antimonopolio no puede prevalecer sobre una expresa orden emanada de una autoridad estadual y, por tanto, pierde vigencia para el caso particular la legislación tutelar de la libre competencia.⁽²⁷⁾ Posteriormente, este criterio se flexibilizó en cuanto que ya no fue preciso una expresa orden emanada de una autoridad estadual, bastando el silencio administrativo de aquélla, que fue leído como aprobación por parte del regulador respectivo. Sin embargo, en 1975 se rectificó camino, por la vía de que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América exigió que las conductas anticompetitivas quedasen comprendidas por una orden expresa emitida por el regulador respectivo y que, por tanto, ya no era suficiente el silencio administrativo para invalidar la aplicación de la legislación antimonopolio.⁽²⁸⁾

B) "Antitrust Immunity Doctrine": esta fórmula tiene lugar cada vez que la Sherman Act, entre en conflicto con una regulación de origen federal. Si ésta no contiene una exención expresa mediante la cual la respectiva industria regulada deba ser sustraida de la aplicación de la legislación antimonopolio o bien no se plantea una directa incompatibilidad entre la regulación específica y la norma antimonopolio, los tribunales no conferirán a esa industria regulada una inmunidad ante la normativa antimonopolio.⁽²⁹⁾ Allí donde no hay sino incompatibilidad entre la regulación específica y la legislación antimonopolio, esta doctrina ha concedido prevalencia a la regulación específica de la industria.⁽³⁰⁾ al igual que en la State Action Doctrine. Es posible reconocer tres situaciones de exención explícita de la legislación antimonopolio: a) El caso más simple es aquél en que el mismo Congreso excluye expresamente determinadas industrias de la aplicación de la legislación antimonopolio;⁽³¹⁾ b) el Congreso efectúa delegaciones de facultades en determinados reguladores con el objeto de que éstos determinen en qué casos ciertas actividades han de ser sustraidas de la aplicación de la legislación tutelar de la Libre Competencia; y c) en algunas oportunidades, el Congreso reformula los estándares antimonopolios con el objeto de ser particularmente aplicados a ciertas industrias reguladas o bien a ciertas prácticas específicas de éstas (por ejemplo, la Bank Merger Act de 1966). En lo que se refiere a exenciones "implícitas" de la legislación antimonopolio, éstas sólo han sido aceptadas en aquellos casos de manifiesta incompatibilidad entre la regulación específica de la industria y la legislación antimonopolio cuando concurren los siguientes requisitos copulativos: i) un regulador debidamente autorizado, ejercita sus atribuciones regulatorias sobre un determinado precio, haciendo imposible la aplicación de la legislación antimonopolio sobre el mismo, y ii) el referido ejercicio de potestades regulatorias debe ser tan profundo como para que resulte lógico inferir

la regulación específica de la industria regulada una inmunidad ante la normativa antimonopolio.⁽³²⁾ Allí donde no hay sino incompatibilidad entre la regulación específica y la legislación antimonopolio, esta doctrina ha concedido prevalencia a la regulación específica de la industria.⁽³³⁾ al igual que en la State Action Doctrine. Es posible reconocer tres situaciones de exención explícita de la legislación antimonopolio: a) El caso más simple es aquél en que el mismo Congreso excluye expresamente determinadas industrias de la aplicación de la legislación antimonopolio;⁽³⁴⁾ b) el Congreso efectúa delegaciones de facultades en determinados reguladores con el objeto de que éstos determinen en qué casos ciertas actividades han de ser sustraidas de la aplicación de la legislación tutelar de la Libre Competencia; y c) en algunas oportunidades, el Congreso reformula los estándares antimonopolios con el objeto de ser particularmente aplicados a ciertas industrias reguladas o bien a ciertas prácticas específicas de éstas (por ejemplo, la Bank Merger Act de 1966). En lo que se refiere a exenciones "implícitas" de la legislación antimonopolio, éstas sólo han sido aceptadas en aquellos casos de manifiesta incompatibilidad entre la regulación específica de la industria y la legislación antimonopolio cuando concurren los siguientes requisitos copulativos: i) un regulador debidamente autorizado, ejercita sus atribuciones regulatorias sobre un determinado precio, haciendo imposible la aplicación de la legislación antimonopolio sobre el mismo, y ii) el referido ejercicio de potestades regulatorias debe ser tan profundo como para que resulte lógico inferir

⁽²⁷⁾ Otter Tail Power Co. versus United States (U.S. 1973).

⁽²⁸⁾ United States versus Philadelphia National Bank (1963); Pan American World Airways versus United States; Gordon versus New York Stock Exchange (1975) y California versus Federal Power Comm'n (1962).

⁽²⁹⁾ Un ejemplo es la Sección 6 de la Clayton Act, que establece que la legislación antimonopolio no aplica a organizaciones sindicales o a los miembros de éstas, en la referente a conductas conducentes a legítimos objetivos sindicales.

⁽²⁷⁾ Parker versus Brown (U.S. 1943).

⁽²⁸⁾ Goldfarb versus Virginia State Bar (1975) y Cantor versus Detroit Edison Co. (1976).

rir que el Congreso ha estimado que la libre competencia no es el mejor medio para cautelar el interés público en el respectivo mercado.⁽⁷⁾

En general, la argumentación de existir las denominadas autorizaciones implícitas no ha prosperado, puesto que se ha contenido al Sistema de la Libre Competencia el carácter de política fundamental en la economía estadounidense y, como tal, ha de primar sobre otras regulaciones a menos que se constate la existencia de las excepciones vistas. En consecuencia, debe estructurarse cuidadosamente en qué medida es necesario excluir la aplicación de la legislación antimonopolística para que el esquema regulatorio de la industria funcione adecuadamente.

2.2. EL DECRETO LEY 211 PARA LA TUTELA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A la luz del Decreto Ley 211, que contiene los preceptos de rango legal de la legislación antimonopolística chilena, el problema se presenta más simple que el enfrentado por la Sherman Act. En efecto, por de pronto no existe en Chile la tensión entre lo federal y lo estadual, desde el momento en que nuestro Estado es unitario; en segundo lugar, siguiendo nuestra tradición continental, el problema quedó bastante más acotado que en los Estados Unidos de América por la vía de su solución expresa en el Decreto Ley 211, aun cuando con algunas deficiencias en su claridad, que analizaremos. Cabe observar que, en Chile, el intento de sustraer ciertas industrias reguladas de la aplicación de la legislación antimonopolística ha seguido dos rutas diferentes, que han dejado huellas en la jurisprudencia: la primera ha sido la elaboración de ciertas interpretaciones en torno al artículo 5° del Decreto Ley 211, en tanto que la segunda, ha consistido en invocar el Principio de la Especialidad. A continuación explicaremos la función que desempeña el artículo quinto del Decreto Ley 211 y su alcance.

La primera duda que surge al interpretar es si resulta aplicable al ámbito de ciertas industrias reguladas y, particularmente, a la de la distribución eléctrica, la legislación antimonopolística nacional. La respuesta exhibe cierta complejidad como consecuencia de la existencia del artículo quinto del Decreto Ley 211, que prescribe a la letra:

"Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial, a la minería, especialmente al petróleo, a la producción, comercio y distribución del salitre, yodo y cobre; las contenidas en la Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas; las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales; las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores; como también las que digan relación con los transportes, fletamientos y carbotajes, y crédito prendario.

Igualmente quedarán en vigor las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas, incluso aquellas que se refieren a la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento.

Con todo, no podrá establecerse ningún estanco, ni aún en virtud de los preceptos referidos en los dos incisos precedentes, sin previo informe favorable de la Comisión Resolutiva.⁽⁸⁾

2.2.1. Inciso primero del artículo 5°: *legislaciones exceptuadas y servicios públicos*

La explicación de este inciso radica en que el Decreto Ley 211, a través de su

artículo quinto, sustrajo de la derogación tácita que su entrada en vigencia hubiera producido, determinados cueros legales y reglamentarios que razonablemente podía estimarse contravenían la Libre Competencia y que, sin embargo, se consideraron necesarios para la buena marcha de la sociedad civil. El inciso primero del artículo 5° del Decreto Ley 211 efectúa una descripción de las disposiciones legales y reglamentarias que continuaban vigentes, no obstante la dicitación de la Ley para la Defensa de la Libre Competencia. Así, ninguna norma jurídica que, a la fecha de dicha promulgación, fuere considerada conculcadora de la Libre Competencia podría estimarse vigente, a menos que se hallare señalada en el precepto mencionado. Esto debe entenderse, naturalmente, sin perjuicio de disposiciones de superior jerarquía normativa, las cuales no podían quedar afectadas por la entrada en vigor del Decreto Ley 211.

Entre las disposiciones legales y reglamentarias que continúan vigentes a que alude este primer inciso en comento, hallamos "las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos". Ciertamente, entre las empresas de servicios públicos se cuentan las distribuidoras eléctricas que operan mediante concesiones, según pasamos a explicar.

La noción de servicio público, que no será desarrollada en esta oportunidad por exceder el objeto del presente trabajo, ha experimentado una larga evolución desde los tiempos en que el denominado fallo "Blanco", fue dictado por el Tribunal de Conflicto de Francia, el 8 de febrero de 1873. En esta evolución, se desarrolla esta noción como una forma de superar la insuficiencia del distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, que se había diseñado para aplicarlo a los actos del Estado y de esa manera establecer cuándo tales actos habían de ser conocidos por la justicia ordinaria. A la noción de Duguit, según la cual toda actividad administrativa que satisficiera una necesidad de interés general es un servicio público, se sigue la de Jéze, quien postula que lo relevante es atender al régimen jurídico aplicable, que se caracteriza por ceñirse a los procedi-

mientos del derecho público, esto es, un régimen susceptible de ser modificado en cualquier momento por leyes o reglamentos y al cual no cabe oponerse en forma alguna. Posteriormente, otros autores como Maurice Hauriou continuaron reelaborando esta noción; en síntesis, no existe una concepción única acerca de qué es un servicio público, ni siquiera entre los propios autores que le dieron vida. Sin embargo, es posible consignar dos criterios en la caracterización del servicio público:

a) Criterio subjetivo: el servicio público correspondía a una empresa u organismo de propiedad o bajo el control de la Administración. Este criterio perdió aceptación desde el momento en que se hicieron patentes dos deficiencias del mismo: podía ser calificada de servicio público, puesto que no siempre correspondía a servicios de interés general y, adicionalmente, personas privadas también desarrollaban estas actividades por encargo de la Administración, quedando vinculados por un contrato administrativo de concesión.

b) Criterio objetivo: para calificar una actividad de servicio público se atiende a la actividad misma, con independencia de si quien la desarrolla es la Administración o un ente privado. Lo determinante es que se trate de una actividad medianamente la cual se satisfagan necesidades de interés general; de esta forma, se produce un distanciamiento del sujeto estatal, no siendo ya prístina la necesidad de que la Administración intervenga directamente o por vía contractual.

La doctrina administrativa moderna se divide, a este respecto, en dos grandes grupos: quienes niegan la noción de servicio público y quienes afirmando su existencia, la vinculan al denominado criterio objetivo. Como consecuencia del bien común comprometido en las actividades correspondientes al servicio público, la doctrina administrativa exige a este: continuidad, regularidad y obligatoriedad.

La distribución de suministros eléctricos cumple con los requerimientos planteados por el criterio objetivo: por regla general media una concesión de distribución eléctrica que, en su modalidad definitiva, es

⁽⁷⁾ United States versus AT&T (1978).

⁽⁸⁾ Para un estudio sobre la Libre Competencia y el Decreto Ley 211, véase, VALDÉS PRIETO, Domingo, *La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopolística*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1992.

otorgada mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, por orden del Presidente de la República; esta actividad se ha considerado de bien común, toda vez que su adecuada prestación interesa a la sociedad toda y corresponde a lo que se conoce como un artículo o servicio esencial, según lo prueba la intensa dependencia en el mundo moderno del suministro eléctrico.

La antes mencionada conclusión de orden doctrinario demostraría, a nuestro juicio, que el artículo 5º del Decreto Ley 211 pretendió salvaguardar la vigencia del régimen jurídico existente a la época para los concesionarios de distribución eléctrica. Si bien a la sazón, se encontraba vigente el Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del 24 de julio de 1959, que ha sido reemplazado por el hoy imperante Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del 13 de septiembre de 1982, es interesante observar lo dispuesto por el artículo 7º de este último cuerpo normativo. Este artículo 7º, en su inciso primero, preceptúa: "es servicio público, el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conectan a las instalaciones de la concesionaria median-
te líneas propias o de terceros".⁽⁹⁾

En conclusión, el artículo 5º del Decreto Ley 211 ha salvaguardado expresamente de una derogación tácita la legislación eléctrica en, a lo menos, lo concerniente a la concesión de distribución eléctrica.

2.2.2. Inciso segundo del artículo 5º: legislaciones exceptuadas y tarificación

El inciso segundo del artículo 5º del Decreto Ley 211 tiene por objeto comple-

⁽⁹⁾ Esta conclusión de asociar el servicio público con la concesión de servicio eléctrico ha sido confirmada por la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, en sus Oficios N° 703 y 1.835, ambos de 1984, en los que informó: "Como regla general, para que una persona natural o jurídica —de las referidas en el artículo 13 del D.F.L. N° 1, de Minería, de 1982— pueda otorgar servicio público de distribución, debe ser concesionaria de tal servicio en los términos del artículo 7º, del mismo cuerpo legal."

mentar la salvaguarda de que da cuenta el inciso precedente. A tal efecto, el inciso en comento alude a las atribuciones de las autoridades públicas para el ejercicio de las actividades económicas y, particularmente, para la fijación de tarifas. En cuanto a la intervención en actividades económicas por parte de la autoridad pública, cabe observar que ello debe ser subordinado a los principios y garantías constitucionales; particularmente importante es el Principio de la Subsidiariedad,⁽¹⁰⁾ que en su faz negativa impide a las autoridades públicas, directa o indirectamente, desarrollar actividades económicas que puedan ser realizadas por personas privadas o por los cuerpos intermedios a través de los cuales se estructura la sociedad civil y la exigencia constitucional de una ley de quórum calificado que habilite al Estado a ejecutar actividades empresariales.⁽¹¹⁾

Cabe observar que la expresa salvaguarda de la normativa legal y reglamentaria que permite a ciertas autoridades públicas la fijación de precios máximos es importante, puesto que existen algunas formas de distribución eléctrica que, si bien excepcionales, se verifican sin concesión y, por tanto, no podían haber quedado comprendidas en la noción de "empre-

⁽¹⁰⁾ Véase, MILLAN PUELLES, Antonio, "La Función Subsidiaria del Estado", en *Sobre el Hombre y la Sociedad*, Madrid, Ediciones Rialp, 1976, pp. 153-167, y SOTO KLOSS, Eduardo, "Consideraciones sobre los Fundamentos del Principio de Subsidiariedad", *Revista de Derecho Público* N° 39-40, Universidad de Chile, pp. 32-49.

⁽¹¹⁾ Artículo 1º, inciso 3º. Constitución Política de la República de 1980: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos" y Artículo 19 N° 21: "El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado."

sas de servicios públicos" a que se refería el primer inciso del artículo quinto. Entre tales casos de suministro eléctrico en los que no media concesión, podemos mencionar el caso de las cooperativas eléctricas y el abastecimiento eléctrico en áreas privadas no comprendidas en una determinada concesión. Así, el artículo quinto, en su inciso segundo, ha salvaguardado normas que permiten la tarificación de precios, sea que éstos correspondan o no a las empresas de servicios públicos. Es preciso advertir que existen formas de distribución eléctrica que no están ni concebidas ni tarifadas.⁽¹²⁾ Así, toda la legislación que da cuenta de la distribución eléctrica, sea que se efectúe mediante concesión o no, en tanto que importe tarificación de precios, ha quedado exceptuada de la derogación provocada por la entrada en vigencia del Decreto Ley 211.

Es preciso destacar que no toda la normativa correspondiente a la tarificación de la distribución eléctrica, exceptuada en virtud de este artículo quinto del Decreto Ley 211, se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, sino que también existen preceptos sobre la materia fuera de este último. Entre éstos se halla, por ejemplo, el artículo 414 del Código del Trabajo,⁽¹³⁾ que exige que la autoridad tarifadora considere, entre los costos a determinar, las remuneraciones vigentes en el mercado y no en la empresa monopolística respectiva, para los trabajadores que se desempeñan en esta última.

⁽¹²⁾ En conformidad con el Decreto Ley N° 3.351, de 1980, pueden constituirse cooperativas especializadas de abastecimiento de energía eléctrica. Estas pueden proporcionar hasta un 50% de la energía distribuida a quienes no sean socios y su Consejo de Administración puede fijar libremente el precio de la energía eléctrica.

⁽¹³⁾ Prescribe a la letra: "En el caso de las empresas monopolísticas, calificadas así por la Comisión Resolutiva, establecida en el Decreto Ley N° 211, de 1973, si la autoridad fijare los precios de venta de sus productos o servicios, lo hará considerando como costos las remuneraciones vigentes en el mercado, tomando en cuenta los niveles de especialización y experiencia de los trabajadores en las labores que desempeñan y no aquellas que rijan en la respectiva empresa."

Así, el inciso segundo en comento viene a confirmar la conclusión anterior, toda vez que hace una expresa salvaguarda de las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades públicas atribuciones para "la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento". Esta es una clara alusión a la potestad normativa, que en la materia que nos ocupa se refiere a la Comisión Nacional de Energía, que le permite participar en el procedimiento mediante el cual se establecen tarifas y, posteriormente, verificar su aplicación; entre tales tarifas, claramente han de incluirse las que imperan en el sector eléctrico y, particularmente, en el ámbito de la distribución.⁽¹⁴⁾ En síntesis, no sólo fue salvaguardada la normativa eléctrica en cuanto al otorgamiento y funcionamiento de concesiones de distribución eléctrica, sino también en cuanto al sistema tarifario eléctrico mediante el cual se establecen precios legales.

2.2.3. Inciso tercero del artículo 5º: estancos y control antimonopolístico de legislación exceptuada

Dispone el artículo quinto del Decreto Ley 211, en su inciso tercero, que lo prohibido es establecer un estanco, esto es, un monopolio de comercialización sin la previa concurrencia de un informe favorable emitido por la H. Comisión Resolutiva. Es desafortunada la referencia al estanco que realiza este precepto transitorio, puesto que aquél es una modalidad específica de monopolio en cuanto se circunscribe al monopolio del comercio en sentido estricto; es decir, excluye los monopolios de producción, extracción o de naturaleza industrial en general.

En efecto, los monopolios que el Fisco español establecía a fines del siglo XVIII con el objeto de obtener recursos para la Hacienda Pública recibieron el nombre de "estancos", nombre que ya se empleaba

⁽¹⁴⁾ Título IV "De las Tarifas", artículo 90 y siguientes, del D.F.L. N° 1.

en los tiempos de Alfonso X, el Sabio¹⁶, y que, posteriormente, pasó a utilizarse en Hispanoamérica. Los estancos generalmente recaían sobre bienes de muy alta estimación y de difícil sustitución: tabaco, papel sellado, sal, anises, fósforos, etc. Creemos que la denominación estanco, arranca precisamente del hecho de que los actos de autoridad pública que daban lugar a la formación de estos monopolios, "estancarban" o detenían la libre circulación o comercialización de los bienes; de allí que el propio Diccionario de la Lengua Española aún recoja esta acepción del verbo estancar.^{16b}

No obstante lo anterior, creemos necesario interpretar la voz estanco como sinónimo de monopolio estructural.^{16c} En efecto, el sentido obvio del precepto en comento es prohibir que se constituya un monopolio, de los previstos en los incisos normativos salvaguardados en los incisos primero y segundo del artículo 5º del Decreto Ley 211, sin la mediación de un informe favorable de la H. Comisión Resolutiva y no que tal norma se vea limitada a los estancos. Desde una óptica del Derecho de Monopolios es tan monopolio el estanco como un monopolio extratipo.

La explicación de este inciso tercero se halla en que el Legislador Antimonopolístico salvaguardó, en los incisos primero y segundo de este artículo quinto, ciertos cuerpos legales o reglamentarios que entran en colisión con el Decreto Ley 211. Algunos de dichos cuerpos normativos podían contemplar o derechamente contemplaban atribuciones en favor de diversas autori-

dades públicas para conferir monopolios o estancos, lo cual podía acarrear la paradoja de un doble régimen: ciertas autoridades públicas estarían absolutamente vedadas de otorgar monopolios en atención a la prohibición contemplada en el artículo 4º del Decreto Ley 211, en tanto otras se hallarían expresamente habilitadas para hacerlo al amparo de una legislación vigente y contraria a la Libre Competencia. A fin de controlar que los monopolios no crecesen desmedidamente, a partir de la legislación exceptuada de derogación por el artículo quinto referido, se creó esta prohibición que admite excepciones y, por ello, esta prohibición es también conocida como imperativa de requisitos. El requisito imperado es un informe favorable de la H. Comisión Resolutiva, el cual debe ser previsto a fin de evitar que el monopolio ya esté configurado, dando lugar a una situación de derechos adquiridos de difícil eliminación. En cuanto a dicho informe, éste puede ser favorable en lo que respecta a la concesión de un monopolio o estanco, pero en caso alguno puede autorizar el ejercicio abusivo de poder de mercado de ese monopolio. En efecto, esta última situación es siempre antijurídica y da lugar a la figura del abuso de posición dominante, expresamente proscrita por el Decreto Ley 211.^{16d}

Cabe destacar que esta disposición no señala quién es el destinatario de esta prohibición. Sin embargo, el estanco es un privilegio y, por tanto, se trata de un monopolio conferido por una autoridad pública. Luego, la norma generalmente prohibitiva que estudiamos va dirigida a una autoridad pública de una jerarquía inferior a la legislativa: tribunales y entes administrativos de toda suerte, entre los cuales se cuenta la H. Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas, creados por la legislación antimonopolística. A contrario sensu, las autoridades públicas dotadas de una jerarquía igual a la legal no quedan capturadas por esta norma generalmente prohibitiva; no obstante lo cual deben considerarse las prevenciones

emanadas de los principios y garantías constitucionales antes expuestos.

En cuanto a los eventuales beneficiarios de un estanco o monopolio prohibido al tenor del inciso tercero del artículo quinto, estimamos que éstos ordinariamente serán particulares, pero nada impide en teoría que lo sean otras entidades de derecho público o que lo permita el principio de la juridicidad o de la vinculación positiva, que sólo admite a los entes públicos realizar aquello a lo cual se encuentran previa y expresamente autorizados. En otros palabras, lo generalmente prohibido por el inciso tercero del artículo 5º es otorgar un monopolio estructural en virtud de la legislación exceptuada, por una autoridad pública de jerarquía inferior a la legal, y sea que dicho monopolio beneficie a una persona privada o pública.

2.3. LA JURISPRUDENCIA ANTIMONOPOLÍSTICA NACIONAL

Luego de este análisis de las disposiciones contenidas en el artículo quinto del Decreto Ley 211, cumple hacerse cargo de ciertas interpretaciones a que el mismo ha dado lugar en algunos procesos judiciales y que fueron planteadas con la finalidad de impedir la aplicación de la legislación antimonopolística a ciertas conductas relacionadas con industrias reguladas que aparecían salvaguardadas por dicho artículo. Luego de un detenido análisis de la jurisprudencia antimonopolística nacional emanada del máximo organismo competente, la H. Comisión Resolutiva, hemos identificado dos grupos de argumentos: los que desecansan en una interpretación del artículo quinto estatuido, hoy claramente rechazada y considerada caduca, y aquellos argumentos que se han elaborado a la luz del Principio de la Especificidad.

2.3.1. Una interpretación en torpeza

Artículo quinto del Decreto Ley 211

Se sostuvo que, de haber existido una intención positiva de que a los organismos normativos salvaguardados por el artículo

quinto les fueren aplicables los preceptos de la legislación tutelar de la Libre Competencia, no se habría establecido la excepción concertada. En otras palabras, se afirmó que era lógico colegir que, por una parte, todas las conductas adoptadas por las autoridades públicas en conformidad con las normas salvaguardadas y, por otra, los hechos, actos o contratos realizados por personas privadas en cumplimiento de lo prescrito por tales cuerpos normativos o de lo imperado por tales autoridades públicas, había de quedar al margen de la legislación antimonopolística. Bajo esta interpretación las salvaguardas del artículo quinto generarían ámbitos separados, en los cuales no había comunicación ni conflicto; así, por una parte, la legislación propia de la industria regulada que había sido exceptuada por el artículo quinto del Decreto Ley 211 y, por ello, permanecía intocada por la legislación antimonopolística y, por otra, se hallaban los demás mercados, en los cuales se aplicaba con todo vigor la normativa antimonopolística. De esta manera se quiso construir un símil a la hipótesis más evidente de la "Antitrust Immunity Doctrine", aquella en la cual el propio Congreso de los Estados Unidos de América excluye expresamente ciertas industrias de la influencia de la legislación antimonopolística. En diversas sentencias judiciales la Comisión Resolutiva desestimó tal paralelismo y la referida interpretación del alcance de las salvaguardas del artículo quinto, acudiendo a consideraciones de estructura de mercado, características de las industrias reguladas. En efecto, se dijo que el carácter de monopolio estructural de ciertas distribuidoras eléctricas concesionadas hacía competente a la Comisión Resolutiva y aplicable la legislación antimonopolística.

Un ejemplo de este raciocinio, en materia de concesionarios de distribución eléctrica, lo hallamos en la Resolución Nº 281, emitida por la Comisión Resolutiva con fecha 3 de mayo de 1988. Dicho organismo estableció en el Considerando Tercero de la Resolución Nº 281 que la calidad de única compradora distribuidora de energía eléctrica, constituía a la requerida en fuente exclusiva de la prestación de un servicio, circuns-

^{16a} Las Siete Partidas, partida III, título XXVIII, ley 11.

^{16b} Estancar: "2º. Prohibir el curso libre de determinada mercancía, concediendo su venta a determinadas personas o entidades." *Diccionario de la Lengua Española*, p. 640. Vigésima primera edición, 1982.

^{16c} He denominado "monopolio estructural" una acepción de la voz monopolio que, usualmente, aparece implícita en el Derecho de la Libre Competencia y que se caracteriza por comprender una amplia gama de casos (monopolios puros, monopolios parciales y situaciones monopolísticas, comprensivas no sólo de la oferta, sino que también de la demanda) y sin que ellos necesariamente correspondan a un ilícito o delito monopolístico.

^{16d} Artículos Sexto y Octavo, letra c), del Decreto Ley 211.

tancia que, sin perjuicio de las cuestiones legales o reglamentarias que le correspondía fiscalizar a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, otorgaba a la Comisión Resolutiva competencia bastante para juzgar si la requerida había incurrido en abusos de posición monopolística, de conformidad con el Decreto Ley 211, de 1973. Esta sentencia reconoció expresamente la competencia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC),⁽¹⁶⁾ pero a la vez reservó a la Comisión Resolutiva el conocimiento de atentados u ofensas a la Libre Competencia y, particularmente, el abuso de posición monopolística que, como ya hemos señalado, es siempre antijurídico. La exclusividad en el otorgamiento del servicio (entiéndase a clientes con suministro tarifado) fue ciertamente una circunstancia decisiva, toda vez que un único prestador de servicios evocaba con toda su fuerza el paradigma del monopolio puro desarrollado por la Economía y comprendido en el concepto de monopolio estructural desarrollado por el Derecho de la Libre Competencia.

Así, la interpretación defendida por la concesionaria eléctrica en el caso sub lite se estrelló contra la sentencia de la Comisión Resolutiva que sostuvo que la salvaguarda del artículo quinto no podía ser leída de esa manera, y que las conductas realizadas al amparo de las leyes y reglamentos exceptuados debían ajustarse a la legislación Antimonopolística. Del hecho de

que determinados cuerpos normativos quedasen vigentes por mandato expreso del Legislador Antimonopolístico no podía inferirse que las conductas realizadas por personas públicas o privadas al alero de los mismos, quedasen en una situación de inmunidad antimonopolística.

En nuestra opinión, la posición de la Comisión Resolutiva estaba perfectamente justificada por dos razones:

i) el abuso de posición monopolística a que alude el Decreto Ley 211 es siempre antijurídico y no puede concederse a persona alguna, pública o privada, una autorización o inmunidad para ello. Es preciso notar que la antijuridicidad que caracteriza el abuso de posición monopolística no es susceptible de ser removida por una determinada causal de justificación, ni siquiera una de origen legal. En efecto, dado que todo abuso es "un mal uso", en este caso, del poder de mercado de que se encuentra dotada una concesionaria de distribución eléctrica, ninguna norma de rango legal puede autorizar que ello ocurra; lo anterior contravendría la unidad o coherencia sistemática que ha de exhibir el orden jurídico y, sin duda, violaría principios y garantías constitucionales.

ii) En segundo lugar, el propio inciso tercero del artículo quinto estableció la necesidad de obtener autorizaciones previas para el otorgamiento o explotación de monopolios en virtud de los cuerpos normativos exceptuados. Según señalábamos, estas autorizaciones pueden ser otorgadas o denegadas por la Comisión Resolutiva, mediante la emisión de un informe previo sobre el particular, que podrá ser favorable o desfavorable; lo cual ratifica la idea de la existencia de un control antimonopolístico sobre las conductas desarrolladas en las industrias reguladas a que se refieren las legislaciones mencionadas en los incisos primero y segundo del artículo quinto. En otros términos, el propio artículo quinto prueba, a través de su inciso tercero, que no se quiso sustraer ciertas industrias del imperio de los orgánismos antimonopolísticos, sino más bien evitar la derogación tácita de ciertos cuerpos normativos como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto Ley 211.

2.3.2. El principio de la especialidad ante la Comisión Resolutiva

Otro argumento de gran importancia, que ha sido utilizado en la misma dirección por parte de quienes sostienen que no procede la aplicación de legislación antimonopolística a ciertas industrias reguladas, ha sido el del Principio de la Especialidad.

El Principio de la Especialidad es un principio general del Derecho que tiene por objeto resolver conflictos normativos entre preceptos de idéntica jerarquía en atención a la especificidad de la materia. En otras palabras, a diferencia de la interpretación vista del artículo quinto que pretende resolver conflictos normativos que se hubiesen suscitado en atención a la prioridad cronológica, el Principio de la Especialidad descansa sobre la especificidad de la materia contenida en los preceptos en conflicto. Este principio postula que en un conflicto normativo entre una disposición de materia general y otra de materia especial, subsistan ambos preceptos, pero con diversos ámbitos de aplicación: la disposición especial rige la materia caracterizada por la especificidad a que aquélla refiere, en tanto que la disposición general impera sobre las materias a que alude, con excepción de la materia que ha sido signada como especial. Andrés Bello sintetizaba el Principio de la Especialidad en la siguiente forma: "En el conflicto de dos disposiciones, se debe preferir, *ceteris paribus*, la menos general, esto es, la que concierne más especialmente al caso de que se trata."⁽¹⁷⁾ La mayoría de los autores consideran que este principio se aplica tanto cuando la ley general es anterior a la particular como cuando ocurre a la inversa; a tal efecto, suele invocarse el aforismo "lex posterior generalis non derogat priori speciali".

Desde una perspectiva del Derecho Positivo, el Principio de la Especialidad ha sido recepcionado, entre otros, por los artículos 4º y 13º del Código Civil y artícu-

los 2º y 96º del Código de Comercio. Se deduce de lo dicho en tales preceptos que la disposición especial prima respecto de la general en lo que aquélla pugna con ésta, pero allí donde tal colisión cesa recae imperio la norma general. Es preciso observar que en la aplicación del principio en comentario los artículos antes citados no distinguen si la ley general es anterior o posterior en su promulgación a la ley particular con la cual entra en conflicto. Esta interpretación ha sido acogida en la jurisprudencia nacional.⁽¹⁸⁾

La Comisión Resolutiva ha fallado que el principio de la especialidad, en el ámbito de la Libre Competencia, no resulta aplicable; no obstante lo anterior, podría ser considerado ese principio si el precepto o normativa respectiva se hallare salvaguardado expresamente. En efecto, el máximo organismo antimonopolístico resolvió: "Por otra parte, discrepa de la argumentación de la Dirección General de Aeronáutica Civil, en el sentido de que por existir oposición entre la ley Nº 16.752, que sería especial, y la legislación antimonopolística, que tendría un carácter general, prevalecería la primera sobre la última. Esta Comisión estima que si el otorgamiento de una concesión importa una discriminación que afecta a la libre competencia, el Decreto Ley 211, de 1973, cobra aplicación preferente sobre toda otra norma legal, a menos que dicha aplicación esté también legalmente exceptuada." (Considerando 5º, Resolución 183).

Creemos necesario plantear dos líneas de análisis en relación con el considerado transcriptor: primero, si el Principio de la Especialidad está bien aplicado en el

⁽¹⁶⁾ Este reconocimiento de la competencia técnica de la SEC quedó, también, recogido en el Dictamen Nº 475/549 de la Comisión Preventiva Central, que en su numeral 4º, inciso segundo, estableció: "... Si no llegaran a acuerdo [el Denunciante y Frontal] debe recurrir a la instancia de la Superintendencia de Servicios Eléctricos, que es el organismo que tiene facultades para servir de árbitro en las dificultades que surjan entre particulares y las empresas concesionarias especialmente en los aspectos en que incide el reclamo del señor Litcoqueo, antes de recurrir a los organismos antimonopolísticos, si considera que en alguna de las instancias anteriores se han infringido las normas del Decreto Ley 211, de 1973". El mencionado Dictamen fue confirmado por la Resolución Nº 194, mediante el cual la Comisión Resolutiva desechó un recurso de reclamación contra dicho Dictamen. Véase, también, Resolución Nº 337, Numeral 7º, inciso final.

⁽¹⁷⁾ BELLO, Andrés, "La Autoridad de la Ley, la Interpretación del Derecho y las Oposiciones entre Preceptos Jurídicos", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 1986, Editorial Edeval, 1987, p. 85.

⁽¹⁸⁾ "[Especialidad] de acuerdo con la cual, cada vez que existen dos preceptos legales, o aun, dos leyes en aparente concurrencia, será siempre aplicable el precepto o la ley especial con primacía al precepto o la ley general. Y ello en razón de que aquellos contienen un análisis más riguroso y profundo de la situación jurídica que les toca regular, o concretando el concepto... una especificación más exacta y manifiesta de los elementos constitutivos de cada uno de los delitos en examen..." Contra Jorge Greenchhoff, Corte de Apelaciones de Iquique, 1º de junio de 1954, Considerando 13º. R., t. 51, 2ª parte, sec. 4º, p. 148.

caso mencionado y, segundo, cuál es la doctrina que fijó la Comisión Resolutiva sobre el particular.

Lo que en el caso correspondiente a la Resolución N° 183 ha ocurrido es que la parte requerida ha intentado aplicar indebidamente el Principio de la Especialidad a una situación que no lo ameritaba. La supuesta oposición normativa entre la Ley 16.752 y el Decreto Ley 211 no es tal, puesto que dicha ley sólo consagra una potestad reglamentaria que puede ser ejercitada por el Director del Servicio respectivo. En dicha potestad no hay nada contrario a la legislación antimonopolística; donde sí existe tal contradicción es entre el ejercicio concreto que de esta facultad realizó el Director del Servicio y dicha legislación (Considerando Sexto, inciso segundo, Resolución N° 183). En consecuencia, el Director General de Aeronáutica Civil debió haber considerado la legislación antimonopolística al tiempo de ejercer su potestad emitiendo la resolución N° 120, mediante la cual benefició a Lan-Chile en desmedro de uno de sus competidores, puesto que todo acto administrativo ha de ceñirse no sólo a la ley que confiere la potestad del cual aquél emana, sino que también a las demás normas jurídicas y principios generales que le sean aplicables. Entre éstos se cuenta ciertamente el Orden Público Económico, uno de cuyos contenidos fundamentales es la Libre Competencia y el Principio de la No Discriminación Arbitraria.

El segundo aspecto dice relación con las peculiaridades que exhibe el Principio de la Especialidad en materia de Libre Competencia. A la luz de la sentencia comentada, una actividad regulada legal o reglamentariamente, por especialísima que sea su materia, no puede quedar sustraida del imperio del Decreto Ley 211, a menos que así lo ordene este último cuerpo normativo. Aparentemente, este raciocinio de la Comisión Resolutiva —en el cual esta autoridad no ahondó— descansa, en nuestra opinión, sobre la premisa de que la Libre Competencia es más que un precepto, se trata de un principio rector de la conducta no sólo de los privados, sino también de las autoridades públicas. En

cuanto principio que es la Libre Competencia ha de aplicarse siempre, cualquiera que sea la materia de que se trate, salvo que exista una disposición legal o de superior jerarquía normativa que establezca lo contrario y, en tal caso, dicha disposición deberá ajustarse a los principios y garantías constitucionales respectivos. Así, el Principio de la Especialidad no puede emplearse para evitar que una determinada materia sea regida por la legislación tutelar de la Libre Competencia porque no se trata de una prescripción general contra una particular, sino que estamos ante un principio jurídico llamado a recibir una total aplicación a todas las conductas, sea que éstas estén gobernadas por preceptos generales o específicos. Luego no hay, como a primera vista parecería, una antinomia en el caso juzgado en la Resolución N° 183, sino que la transgresión de un principio jurídico del Orden Público, que es la Libre Competencia, que como tal no puede ser removido sin norma legal o superior de carácter expreso y, como se ha dicho, ajustada a los principios y garantías constitucionales aplicables.

Así, la Comisión Resolutiva ha desechado toda aplicación del Principio de la Especialidad al caso en litigio y, adicionalmente, ha resuelto que la invocación de dicho principio con el objeto de evitar la primacía de la legislación antimonopolística requiere, a lo menos, de una prescripción legal que así lo establezca.

En síntesis, se ha producido en la legislación chilena el rechazo de los dos principales argumentos, la interpretación vista del artículo quinto del Decreto Ley 211 y el Principio de la Especialidad, en virtud de los cuales se quiso sustraer ciertas industrias reguladas al imperio de la Libre Competencia.⁽²²⁾

(22) Entre 1973 y 1980 son escasos los pronunciamientos de la Comisión Resolutiva en relación con actividades de las industrias reguladas; a partir de 1980, el número de tales fallos se incrementa y éstos se concentran en las denominadas empresas de servicio público. Véase: PAREDES M., Ricardo, *Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile*, Estudios Públicos N° 58, 1995, p. 239.

III. LA DISTRIBUCION ELECTRICA CONCESIONADA Y LA LIBRE COMPETENCIA

3.1. ASPECTOS GENERALES

Advertimos que el Principio de la Libre Competencia alcanza esta industria regulada, en lo que se refiere a los concesionarios de distribución eléctrica. La Libre Competencia no es sólo el bien jurídico tutelado por el Decreto Ley 211, que contiene el corazon de la legislación antimonopolística, sino que es un principio rector de todo el orden jurídico nacional y que, como tal, confiere forma a otros principios generales y también a preceptos de rango constitucional y legal. Entre los principios generales con los cuales la Libre Competencia se articula se halla el Principio Jurídico de la Igualdad,⁽²³⁾ el Principio de Subsidiariedad, el Principio de la Autonomía Privada o de la Iniciativa Privada, entre otros, los que a su vez sirven de fundamento a diversas garantías constitucionales. No puede haber Libre Competencia sin autonomía privada y ésta resulta resguardada en su existencia misma por el Principio de Subsidiariedad y amparada de las injusticias distributivas por el Principio de la No Discriminación Arbitraria; a su vez, la Libre Competencia es un medio eficaz en la prosecución del Bien Común, fin hacia el cual toda autoridad pública ha de conducir la sociedad civil y el cual consiste en el máximo desarrollo espiritual y material de todos y cada uno de los integrantes de esta última.

Son, asimismo, muchos los cuerpos jurídicos de rango legal, además del Decreto Ley 211, que convocan el Principio de la Libre Competencia y ordenan su aplicación en industrias reguladas, por parámetro que ello pueda parecer.⁽²⁴⁾ No constitu-

ye una excepción la distribución eléctrica concesionada, ámbito en el cual hallamos importantes instituciones constituidas sobre la noción de Libre Competencia.

Habiéndose concluido que los organismos antimonopolísticos se hallan dotados de potestades suficientes para conocer de transgresiones al Decreto Ley 211, aun cuando éstas tengan lugar en la industria regulada de la distribución eléctrica concesionada, corresponde entregar una breve noticia de ésta.

La industria eléctrica reconoce tres fases productivas: generación, transmisión y distribución. El segmento de la distribución corresponde al transporte de la energía eléctrica a voltajes inferiores a 23 kv y la comercialización de ésta a consumidores finales. Estos consumidores finales son de dos clases: aquellos que adquieren suministro y cuya potencia conectada es inferior o igual a 2.000 kilowatts (clientes "regulados") y aquellos que perciben suministro y cuya potencia conectada es superior a 2.000 kilowatts (clientes "libres"). Esta distinción es de gran importancia, puesto que los clientes regulados reciben un suministro eléctrico tarifado y son los destinatarios de las prestaciones de la distribución eléctrica concesionada. Plantado en otros términos, la distribución eléctrica concesionada ha sido diseñada exclusivamente para abastecer a los denominados clientes regulados; en lo concerniente a los clientes libres, éstos pueden percibir suministro de una pluralidad de actores eléctricos que no precisan para ello gozar de concesión de distribución eléctrica.

Es importante destacar que la competencia que analizaremos en la distribución eléctrica concesionada es una denominada "competencia simulada" (yardstick competition) que se produce, para efectos de costos, entre las diversas empresas distribuidoras y aquella que ha sido definida como modelo por la autoridad pública.

Atendido que el elemento configurante del subsegmento eléctrico en análisis es la concesión, cumple destacar algunas palabras a ésta. Existe virtual unanimidad

(23) Véase: VALDÉS PRIETO, Domingo, "Algunas Notas Sobre el Principio Jurídico de la Igualdad", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1991, Editorial Edeval, Valparaiso, 1992, pp. 213-250.

(24) A modo de ejemplo, el artículo 43 de la Ley 18.940, *Organica Constitucional del Banco Central de Chile*, prescribe en su inciso primero: "El Banco [Central] deberá adoptar las medidas necesarias a fin de que el Mercado Cambiario Formal esté constituido por un número suficiente de personas o entidades, que permitan su funcionamiento en condiciones de adecuada competencia."

entre los tratadistas en cuanto a que la concesión es un contrato, el cual se encuentra regido por el derecho público y, por ende, da lugar a derechos públicos subjetivos, requiriendo de un procedimiento reglado para su constitución.⁽²⁶⁵⁾ Es interesante, en relación a la naturaleza del contrato de concesión, recordar la opinión del jurista Eduardo Soto Kloss, quien efectuó el siguiente voto de prevención en una sentencia antimonopolista: "... la concesión de servicios públicos en la cual el funcionamiento mismo del servicio es conferido a una persona—normalmente jurídica, sea privada, sea incluso de las llamadas de economía mixta—... constituye una típica manifestación de la técnica contractual pública administrativa, en la cual si bien concurren declaraciones unilaterales de voluntad estatal, como por ejemplo la que decide la selección o determinación del concesionario, la caducidad de la concesión, etc., ellas se insertan o incluyen en una relación genérica contractual, con derechos y obligaciones recíprocos, en que la primacía del bien común se manifiesta en las prerrogativas de que puede hacer uso la Administración para asegurar la regularidad, permanencia y continuidad del servicio público, y en que el interés del concesionario co-contratante se manifiesta, igualmente, en los derechos y acciones que la propia concesión y el ordenamiento jurídico le reconocen, puesto que, como contrato administrativo que es, está sujeto a los principios básicos de que es una ley para las partes y que ha de asegurarse un equilibrio financiero al concesionario, sin lo cual es impensable que el servicio pueda subsistir".⁽²⁶⁶⁾

⁽²⁶⁵⁾ Para los aspectos procedimentales de la concesión de concesiones eléctricas véase, Vergara Blanco, Alejandro, "La Concesión Eléctrica: Procedimiento, Servidumbres y Ocupación del Suelo Privado y Público. Proposiciones Concretas de Cambios Legislativos", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21 N° 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994, pp. 468 y siguientes.

⁽²⁶⁶⁾ Resolución N° 236, Véase, Parte Declarativa, Prevención al Considerando 7°, fechada por el ex Decano Subrogante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Eduardo Soto Kloss.

En síntesis, la concesión es un contrato celebrado por la autoridad pública con el cedente y el concesionario, del cual emanan derechos públicos subjetivos, cuyos contenidos dependerán de la naturaleza del respectivo contrato y que corresponden a derechos adquiridos susceptibles de tutela constitucional. Ciertamente, entre tales derechos públicos subjetivos se encuentra el derecho incorporado a que se respete la facultad de explotar la concesión que ha sido entregada al concesionario por la autoridad pública competente. Sobre esta materia, cabe recordar un importante fallo: "[E]l derecho del concesionario tiene así un elemento contractual y constituye un derecho de uso y goce legalmente protegido. El concesionario no explota la concesión en virtud de un acto de mera tolerancia de la autoridad, sino que en razón de un derecho que le otorga la concesión, que se incorpora a su patrimonio y del cual no puede ser privado en virtud de un acto administrativo unilateral, pues tal derecho se encuentra protegido por la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad".⁽²⁶⁷⁾

En materia de distribución eléctrica existen concesiones provisionales y definitivas, cuyo procedimiento de constitución es diferente. A efectos de mayor similitud expositiva aludiremos a concesiones definitivas exclusivamente. Entre los receptores de concesiones definitivas pueden encontrarse no sólo personas naturales chilenas y ciertas sociedades domiciliadas en nuestro país, sino también cooperativas. Cabe recordar que no se considera servicio público la distribución eléctrica carente de concesión definitiva. Así, es servicio público la distribución efectuada por cooperativas que gozan de concesión definitiva y no hay servicio público cuando tal distribución es realizada por una cooperativa desprovista de concesión. La actividad del concesionario definitivo de distribución eléctrica puede tener por objeto el suministro eléctrico entregado a dos clases de "clientes regulados": 1)

los que se hallan dentro de la respectiva zona de concesión y (ii) los que se encuentran fuera de la respectiva zona de concesión, pero que se conectan a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros.

Una vez establecida una concesión definitiva de distribución eléctrica en un determinado ámbito geográfico, el abastecimiento a los usuarios localizados dentro de la respectiva zona de concesión sólo podrá ser efectuada por el correspondiente concesionario, salvo ciertas excepciones legales contempladas en el artículo 16 del D.F.L. N° 1, de 1982.⁽²⁶⁸⁾ Atendida la seguridad que el Legislador de dicho cuerpo normativo quiso garantizar a las personas y a las cosas en materia de distribución eléctrica es que estableció el régimen de concesiones como la figura arquetípica en este segmento de la actividad eléctrica. La utilización del régimen de concesiones ha sido visto como un importante incentivo para que el concesionario desarrolle las obras necesarias para abastecer a sus clientes dentro de la respectiva zona concesionada, asegurándole una razonable estabilidad en su actividad concesional.

Como es sabido, la distribución eléctrica concesionada, en lo que concierne a los clientes con suministro tarifado, corresponde a una estructura de mercado muy cercana a la noción económica de monopolio puro, sin perjuicio de lo cual constituye lo que hemos denominado un monopolio estructural para efectos del Derecho de la

Libre Competencia. La jurisprudencia administrativa y judicial de los organismos antimonopolísticos no ha visto el desarrollo de una explicación muy acabada de por qué los organismos antimonopolísticos se encuentran habilitados para conocer de las actividades de los concesionarios de distribución eléctrica; el principal y reiterado argumento, que simplemente se esboza, es el carácter de monopolio natural que tendría el mencionado concesionario.

Este monopolio natural⁽²⁶⁹⁾ se encuentra regulado legalmente en múltiples aspectos y si bien el propio D.F.L. N° 1, que contiene la Ley General de Servicios Eléctricos, trata el otorgamiento, funcionamiento y extinción de la concesión de distribución eléctrica, la tarificación de sus suministros a los clientes regulados⁽²⁷⁰⁾ y la calidad del servicio que se ha de conocer a éstos, existe una serie de aspectos que no son alcanzados por la regulación legal y administrativa. Ha de tenerse presente que existen casos jurisprudencialmente reconocidos de abusos de posición monopólica efectuados por concesionarios de distribuidoras eléctricas respecto de clientes regulados, lo cual evidencia áreas de actividad concesional entregadas a la autonomía privada de las distribuidoras eléctricas.⁽²⁷¹⁾ En efecto, el ilícito de abuso

⁽²⁶⁸⁾ Artículo 16 del D.F.L. N° 1: "Las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión. La distribución de electricidad a usuarios ubicados en una zona de concesión sólo podrá ser efectuada mediante concesión de servicio público de distribución, con las siguientes excepciones: 1. Los suministros a usuarios no sometidos a regulación de precios, indicados en los artículos 90° y 91° de la presente ley; 2. Los suministros que se efectúan sin utilizar bienes nacionales de uso público; 3. Los suministros que se efectúan utilizando bienes nacionales de uso público mediante permisos otorgados previamente al establecimiento de una concesión; 4. Todo otro suministro que se efectúe mediante un contrato que acuerden directamente las partes, incluidos los concesionarios."

⁽²⁶⁹⁾ Así lo ha confirmado la jurisprudencia administrativa de la Comisión Preventiva Central: "dado el carácter de monopolio natural que tienen las empresas productoras y/o distribuidoras..., no cabe duda que están sometidas a la supervisión de los organismos creados por el Decreto Ley 211, de 1973". (Dictamen 793, 10.1). Este Dictamen está en correspondencia con la Resolución N° 281, ya comentada, y lo confirman la Resolución N° 252, Considerando 2° y la Resolución N° 337, Considerando 8°.

⁽²⁷⁰⁾ En conformidad al Artículo 90 del D.F.L. N° 1, por regla general, están sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica a usuarios finales cuya potencia conectada es inferior o igual a 2.000 kilowatts.

⁽²⁷¹⁾ Así, por ejemplo, Resolución N° 241, Considerando 7° y Dictamen N° 417/351 de la Comisión Preventiva Central; como también Resolución N° 412, en confirmación del Dictamen N° 9 de la Comisión Preventiva Quinta Región, Sección III, 2; Dictamen 873/692, Sección 5, emitido por la Comisión Preventiva Central y Dictamen N° 60 de la Comisión Preventiva I Región.

de posición monopolística exige para su perpetración algún grado de autonomía privada, puesto que como afirmábamos al inicio de esta exposición no existe precepto jurídico válido que autorice u ordene abusar monopolísticamente. Luego, esta modalidad de ofensa a la Libre Competencia sólo puede tener lugar por parte de personas privadas y, en el evento de hallarse éstas reguladas por constituir monopolios naturales, tal ofensa sólo cabe concebirse allí donde ha quedado algún espacio a la autonomía privada. Un ejemplo de estos ámbitos de autonomía privada lo hallamos en casos en que la Comisión Resolutiva ha ejercitado su potestad reglamentaria —no la jurisdiccional mediante la cual resuelve controversias que versen sobre asuntos concretos y casuísticos— con miras a catalizar la transparencia del mercado eléctrico en la fase que se refiere a la compraventa de abastecimiento eléctrico entre los concesionarios de distribución y sus clientes con suministro tarifado.⁽³²⁾

3.2. LA LIBRE COMPETENCIA POR PARTE DE LOS CONCESIONARIOS DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA

El D.F.L. N° 1, que contiene la Ley General de Servicios Eléctricos, reconoce, de manera más bien implícita y en varios pasajes normativos de la misma, el Principio de la Libre Competencia. Esta situación ha sido constatada y declarada expresamente por la propia Comisión Resolutiva cuando se le ha solicitado el ejercicio de su potestad que permite requerir a determinadas autoridades legislativas o administrativas la modificación o derogación de preceptos que conculquen la Li-

bre Competencia y sean contrarios al Bien Común Nacional.⁽³³⁾

Uno de los preceptos legales que persiste en desarrollar el Principio de la Libre Competencia, es el artículo 17 del D.F.L. N° 1, que prescribe a la letra: "Podrá solicitarse otras concesiones de servicio público de distribución por una parte o la totalidad del territorio de concesiones de este tipo ya otorgadas. El Ministro de Economía podrá otorgarla de acuerdo a los procedimientos que establecen los artículos 2º y siguientes, imponiendo al nuevo concesionario las mismas obligaciones y derechos que otorgó al primero en el territorio que será compartido."

Según queda de manifiesto en dicho artículo del D.F.L. N° 1, puede producirse competencia al interior de un área geográficamente concesionada y en rigor esto debe ser fomentado por las autoridades públicas eléctricas y los organismos anti-monopolios. Esta idea de un monopolio natural que no sea tratado como un monopolio legal, en el sentido de que esté vedado el ingreso a un potencial competidor al respectivo mercado relevante, tiene una clara racionalidad en la teoría económica de los denominados "mercados contestables" (más precisamente concursables). Un mercado suele ser calificado de contestable cuando la entrada es libre y la salida no tiene costo. La libre entrada importa la ausencia de costos adicionales a aquéllos en que ya incurrieron quienes se encuentran establecidos al interior de un determinado mercado, en tanto que la salida sin costo presupone una recuperabilidad de los costos. Así, el ingreso de potenciales rivales a un mercado fuerza al monopolista a no abusar de su poder de mercado. Aunque el mercado de la distribución eléctrica concesionada no sea perfectamente contestable, cabe ob-

servar que si por ley se impide la entrada de nuevas empresas competidoras, se pierda un buen mecanismo que evita que el monopolio natural pueda abusar de su posición dominante.⁽³⁴⁾ Desde esta perspectiva, estimamos que el artículo 17 del D.F.L. N° 1 va en la dirección correcta al permitir la superposición de concesiones de distribución eléctrica.

Los competidores por la oferta de suministro a clientes regulados podrán ser concesionarios de distribución y distribuidores no concesionarios, en tanto estos últimos se hallen acogidos a alguna de las excepciones pertinentes contempladas en el artículo 16 del D.F.L. N° 1. Esta modalidad de competencia entre distribuidores no ha pasado inadvertida a la H. Comisión Resolutiva, tribunal que ha emitido sentencias judiciales de bastante relevancia sobre el tema, según explicaremos más adelante. Cabe recordar que la propia justicia ordinaria ha consignado la importancia del Principio de la Libre Competencia como instituto inspirador de la actividad desplegada por diversos actores eléctricos al interior de una zona concesionada.⁽³⁵⁾

Procede despejar algunas incógnitas acerca del mercado relevante. En el Derecho de Monopolios el mercado relevante queda determinado por el producto y el

⁽³²⁾ HAINDL RONDANELLI, Erika, "Análisis de la Regulación y Tarifación del Sector Eléctrico en Chile", en *La Industria Eléctrica en Chile. Aspectos Económicos*, Felipe G. Morandé L. Editor, 1996, p. 103.

⁽³³⁾ Sentencia de Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 23 de marzo de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 12 de abril de 1993. Considerando 16º, incisos 3º y 4º. "En realidad, aparece claro que el recurrente llama 'privación de su derecho' a la opción legítima de los clientes por el suministro a través de su cooperativa; es un error e incurrir en él, por sostener que la zona de concesión es de exclusividad; pero como ya se ha explicado, lejos de eso, es más bien una zona de competencia en la que puede participar SAESA, precisamente, porque es concesionaria y tiene derecho a suministrar energía. Las consecuencias de que SAESA no pueda cobrar servicios a quienes operan por la Cooperativa y que no pueda ocupar las instalaciones que realizó para atender eventuales clientes del loteo, no provienen de un acto ilegítimo de la Cooperativa, sino que del resultado de la opción legítima de los usuarios."

territorio. La importancia del mercado relevante es que éste constituye el ámbito en el cual debe ser analizado el grado de poder de mercado que ostenta el supuesto monopolista y el impacto monopolístico de la conducta que éste ha realizado, y que se sospecha antijurídica. Considerando que el presente estudio versa sobre la actividad de distribución eléctrica concesionada, sólo nos referiremos al producto que oferta una distribuidora eléctrica en cuanto concesionada, esto es, el suministro eléctrico tarifado. Bajo la denominación de suministro tarifado, cabe considerar dos bienes asociados: la energía y la potencia; donde la energía se define como el producto de la potencia multiplicada por el tiempo en que se la está utilizando. El suministro eléctrico puede ser ofertado por distribuidoras eléctricas concesionadas e independientemente de si éstas operan o no en el área de concesión en la cual se radica el cliente regulado.

El suministro tarifado es típicamente prestado por una concesionaria de distribución eléctrica dentro del ámbito geográfico correspondiente a su concesión respectiva y, eventualmente, a "clientes regulados" ubicados fuera de dicho ámbito y que se conectan a las instalaciones de la mencionada distribuidora mediante líneas propias o de terceros. Este es el objeto característico de la distribución eléctrica concesionada: el abastecimiento del suministro tarifado. Por tanto, aquí, en principio el oferente del producto es único —un monopolio natural, como le ha caracterizado reiteradamente la Comisión Resolutiva—, pero con dos posibilidades de que exista competencia efectiva: a) el abastecimiento de "clientes regulados" de otra zona de concesión que se conectan a las instalaciones de la distribuidora de referencia, y b) el ingreso de un nuevo concesionario, superpuesto total o parcialmente al territorio concesional anterior. Como resulta evidente, las dos vías de competencia descritas permiten a un concesionario avanzar sobre otras zonas de concesión ya adscritas a un titular, así como el que otros concesionarios puedan invadir su concesión original.

En un escenario de conexión a las instalaciones o de superposición de concesiones,

⁽³⁴⁾ Resolución N° 252, Considerando 2º. "Que las empresas distribuidoras de energía eléctrica, atendida la condición de monopolio natural en que prestan sus servicios, deben ser particularmente cuidadosas en la relación comercial con sus clientes, para cuya debida transparencia deban celebrar con éstos contratos escritos, con cláusulas precisas y claras, en especial en lo relativo a la renovación y término de dichos contratos. Asimismo, la información a los usuarios no debe dejar lugar a duda alguna."

⁽³⁵⁾ Resolución N° 205, Considerando 4º. "Que con el mérito de lo expuesto y teniendo presente que el D.F.L. N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería se dictó, precisamente, para dar cumplimiento a la política de libre competencia, esta Comisión no estima procedente recomendar la modificación de sus preceptos."

habría no un monopolio natural, sino más bien un duopolio natural (es preciso advertir que en la ley no se contempla límite al número de superposiciones). Esta diferencia, entre un monopolio natural y un duopolio o triopolio naturales, para efectos de la aplicabilidad de la legislación antimonopolista resulta indiferente, puesto que tales estructuras de mercado quedan subsumidas en la noción de monopolio estructural ya comentada. Recordamos que la fundamentación de la aplicación de la legislación antimonopolio a las industrias reguladas de los servicios públicos por parte de la Comisión Resolutiva ha sido excesivamente frágil al invocar un monopolio natural o una situación de exclusividad. Por ello resulta indispensable que los organismos antimonopolísticos empleen la noción de monopolio estructural antes que la del monopolio natural y profundicen los argumentos antes desarrollados de por qué es aplicable la legislación antimonopolística a las industrias reguladas y, particularmente, a la distribución eléctrica concesionada.

Retornando a la forma que asumiría el mercado correspondiente a un área concesionada para efectos de un suministro tarifado, cabe señalar que es preferible en principio una situación duopolística antes que una monopolística, puesto que la primera podría permitir una cierta competencia que en la segunda hipótesis está, por definición, ausente. Podría pensarse que la hipótesis de un duopolio debería rechazarse por la ineficiencia que ello podría acarrear; cabe observar que las dos fórmulas de competencia entre concesionarios mencionadas descañonan sobre el uso de líneas o instalaciones de terceros vía peajes. En otras palabras, ni en el abastecimiento de usuarios finales de otra zona de concesión que se conecten a las instalaciones de la distribuidora de referencia ni en el ingreso de un nuevo concesionario, superpuesto total o parcialmente, al territorio concesional anterior, existe una superposición de redes.

En los próximos acápite pasaremos revista a algunos dilemas que se han suscitado acerca de la competencia entre concesionarios y la forma en que fueron resueltos por la H. Comisión Resolutiva.

3.2.1. Barreras a la entrada

La siguiente observación apunta a que existe una importante barrera a la entrada en la competencia de un área ya concesionada: sólo pueden ingresar a abastecer a los usuarios de suministro tarifado allí localizados quienes oscenten una concesión de distribución eléctrica, salvo que puedan válidamente invocar algunas de las pertinentes excepciones legales contempladas en el artículo 16 del D.F.L. N° 1. Quienes disponen de una concesión de distribución eléctrica pueden comprar contra otros concesionarios (fórmula de la conexión de clientes finales a las instalaciones de otro concesionario y fórmula de la obtención de una superposición de concesiones) o bien contra no concesionarios que se asilen en alguna de las excepciones pertinentes previstas en el artículo 16° del D.F.L. N° 1.

Esta barrera a la entrada fue analizada por la Comisión Resolutiva y declarada aceptable a la luz de las consideraciones técnicas del D.F.L. N° 1: "En consecuencia, de la normativa vigente se desprende que el suministro de energía eléctrica está sometido a diversas regulaciones de carácter legal, que importan ciertas limitaciones a la libre y plena competencia en estas actividades, establecidas por razones de interés público general o de orden técnico, en la forma que autoriza el artículo 5° del Decreto Ley 211, de 1973".⁽³⁶⁾

De lo anterior se sigue que la propia Comisión Resolutiva efectúa una doble confirmación: la pervivencia de la reglamentación de la distribución eléctrica concesionada como consecuencia de la salvaguarda efectuada por el artículo 5° del Decreto Ley 211, por una parte y por otra, la vigencia del Principio de la Libre Competencia en dicho ámbito, ciertamente que con las limitaciones que impone la propia legislación eléctrica.

Lo interesante del fallo transcrito es que confirmó la barrera a la entrada de

⁽³⁶⁾ Resolución N° 190, Considerando 3°, inciso segundo.

origen legal antes indicada y estableció que la Cooperativa de Consumo de Energía Eléctrica de Osorno Limitada no podía competir válidamente con Sociedad Austral de Electricidad S.A., puesto que dicha cooperativa se hallaba impedida de hacer lo por no encontrarse concesionada ni poder acogerse a las mencionadas excepciones del artículo 16 del D.F.L. N° 1. En este sentido, dado que la competencia que pretendía desarrollar la referida cooperativa contrariaba la legislación eléctrica, esto es, se trataba de una modalidad de competencia prohibida, no había lugar a sancionar ofensas contra el Decreto Ley 211 que hubiere podido sufrir por parte de la concesionaria de distribución recurrida. En otras palabras, sólo cabe sancionar ofensas contra la libre competencia, allí donde ésta es jurídicamente posible. Así lo sentenció la Comisión Resolutiva al resolver: "...en la especie cabe concluir que la Cooperativa recurrente debe ejercer sus actividades en los términos autorizados por la ley, es decir, previo otorgamiento por la autoridad de una concesión de servicio público eléctrico, a menos que acredite en contrario en los casos de excepción que expresamente señala la ley, lo que en el presente caso no ha ocurrido".⁽³⁷⁾

Estimamos que el origen de dicha barrera a la entrada es una restricción consagrada por el Legislador Eléctrico con el objeto de asegurar que un servicio público tan fundamental como es la distribución eléctrica concesionada se halle adecuadamente reglamentado por el respectivo contrato de concesión y dé cumplimiento a los estándares de seguridad y continuidad que un producto esencial y masivo como éste debe cumplir. Así, esta barrera a la entrada impuesta por el Legislador exhibe un fundamento de orden público, lo que la H. Comisión Resolutiva comparte y, por tanto, ha estimado prudente no proponer a la autoridad pública competente su remoción.

Es característico de las industrias reguladas la existencia de barreras a la entrada legales y reglamentarias que, si bien

reducen la competencia en los mercados respectivos, tienen la virtud de conferir a la autoridad reguladora un más preciso control de quienes acceden a aquéllos y de los deberes y obligaciones que los interesados asumen.⁽³⁸⁾

3.2.2. Competencia por medios lícitos

Esta cierta competencia —que, por razones de estructura de mercado, mucho dista del modelo de competencia perfecta— no basta con que exista cuando se verifica entre concesionarios de distribución eléctrica, sino que desde una óptica jurídica resulta necesario se despliegue por medios lícitos. Así, no sólo ha de existir competencia, sino que ésta debe desarrollarse sana y lealmente, de forma que sea irreprochable ante la legislación tutelar de la Libre Competencia. Los concesionarios han de competir en términos de cabal respeto a la autonomía privada del otro competidor, que es la esencia del bien jurídico tutelado por el Decreto Ley 211. Esta competencia, aunque se halle limitada por la reglamentación eléctrica, debe preservarse "libre" de todo entorpecimiento y traba y ello justifica la permanente tutela de los organismos represivos del delito de monopolio en el ámbito de la industria eléctrica.

Así lo ha fallado la Comisión Resolutiva: "Que si bien es cierto, las dos empresas eléctricas involucradas son titulares de concesiones superpuestas en la zona en que tiene su domicilio Chimuña, lo que provoca o puede provocar un explicable interés de ambas de competir por los probables clientes, lo cierto es que esa competencia debe desarrollarse en forma leal, sin que la posición dominante de una respecto de la otra pueda ser usada por la primera para dejar fuera del mercado la segunda, aunque sea en una sola negociación".⁽³⁹⁾ En el caso "sub lite" las dos

⁽³⁷⁾ Es posible observar barreras a la entrada de tipo legal en multitud de industrias reguladas, v.g., actividad bancaria, de intermediación de valores, de seguros, de administradoras de fondos de pensiones, etc.

⁽³⁸⁾ Resolución N° 409, Considerando 5°.

concesionarias de distribución eléctrica, que se hallaban en una situación de superposición de concesiones, competían por un cliente libre y en este proceso se disputaron a Chimolisa, un cliente que si bien era libre, se hallaba localizado en una zona donde concurría la superposición de las respectivas concesiones. En estricto rigor, no se trata de un caso de competencia por suministro tarifado, sino más bien de competencia por oferta de suministro no regulado; no obstante lo anterior, es preciso reconocer la importancia de este fallo en cuanto consigna la necesidad de competir legal y sanamente entre distribuidores eléctricos concesionados.

Cabe observar que Empresa Eléctrica del Río Maipo S.A. (Río Maipo) abstiene a Empresa Eléctrica Puente Alto Ltda., la que, a su vez, entregaba suministro eléctrico a Chimolisa. Con el objeto de incrementar el suministro entregado a Chimolisa, Empresa Eléctrica Puente Alto Ltda. solicitó a Río Maipo un aumento de potencia conectada. Río Maipo retardó la conexión del aumento de potencia conectada; de esta forma, se dilató la percepción del suministro eléctrico que el disputado cliente había de recibir, constituyendo ello, en concepto de la Comisión Resolutiva, un abuso de posición de dominio derivado de la propiedad de las instalaciones a las cuales Empresa Eléctrica Puente Alto Ltda. había de conectarse. Así, se constata cómo dos concesionarias de distribución pueden competir entre sí en la zona de superposición de concesiones (aunque sea en este caso por un cliente libre) y cómo es posible atentar contra la Libre Competencia mediante arbitrios raramente aplicables fuera del mercado eléctrico.

3.2.3. Competencia *via superposición de concesiones*

Hemos visto que la competencia entre concesionarios de distribución eléctrica requiere superar la barrera a la entrada de tipo legal antes estudiada y exige dar cumplimiento a la legislación antimonopolio en la competencia que se desarrolle, no importando las imperfecciones estruc-

turales que esta última exhiba en el mercado concreto de que se trate.

El Principio de la Libre Competencia que inspira el artículo 17 del D.F.L. N° 1 (que a su vez autoriza la superposición de concesiones) ha tenido expreso reconocimiento en la jurisprudencia, tanto administrativa como judicial, de los órganos antimonopolios. La Comisión Preventiva Central ha resuelto: "Las concesiones por su propia naturaleza, otorgan al concesionario la exclusividad en la prestación del servicio de que se trata, lo que no obsta a que puedan coexistir diversos concesionarios en una misma zona o región, situación expresamente autorizada en la ley [general de servicios eléctricos], lo que permite, a la vez, cierto grado de competencia en el otorgamiento de dichos servicios".⁽⁴⁰⁾

Creemos que el tenor del considerando transcrito podría leerse en el sentido de que este plantea una suerte de competencia por la obtención de concesiones de distribución eléctrica; en estricto rigor, ello no es así, puesto que cabe siempre pedir una nueva concesión superpuesta total o parcialmente a la o las anteriormente otorgadas. Por ello, la lectura correcta es que la superposición permite competencia entre concesionarios por la captación de clientes "regulados", dentro del área concesional o fuera de ella a través de otras modalidades previstas en la legislación eléctrica.

A continuación nos haremos cargo de una interesante sentencia, la N° 342 de 27 de marzo de 1990, dictada por la Comisión Resolutiva, en que se trató la solicitud efectuada por Chilectra S.A. en orden a obtener una concesión superpuesta a la que ya tenía Empresa Eléctrica de Colina, la concesionaria originaria, en el sector geográfico de Colina. Chilectra S.A. gozaba de tarifas más bajas que las que regían para Empresa Eléctrica de Colina. Lo curioso de este fallo es que se rechazó la solicitud de superposición sobre la base de argumentos fundados en la propia Ley

General de Servicios Eléctricos y en la Libre Competencia.

A) El argumento tarifario

El artículo 17 del D.F.L. N° 1 -ya transcrito- en su parte final ordena a la autoridad pública concedente (Ministerio de Economía, por orden del Presidente de la República) que imponga al nuevo concesionario: "las mismas obligaciones y derechos que otorgó al primero en el territorio que será compartido". ¿Qué significa las mismas obligaciones y derechos? La Comisión Resolutiva interpretó esa frase con el siguiente sentido: "En la esferiéndole el siguiente sentido: "En la esfera, esta Comisión comparte el criterio de la H. Comisión Preventiva Central, en el sentido que lo que determina el tipo de tarifas que se aplica es la densidad de población del área geográfica de que se trate y no el que la empresa que se suscriba pueda tener en un área con distinta densidad poblacional".⁽⁴¹⁾

El artículo 17 del D.F.L. N° 1 contempla la posibilidad de que exista una superposición total o parcial de concesiones de distribución eléctrica y establece que la autoridad pública concedente debe imponer al nuevo concesionario las mismas obligaciones y derechos que otorgó al primer concesionario. Según se ha fallado por la justicia ordinaria, entre los deberes se encuentra el dar suministro a quien lo solicite (artículo 74 D.F.L. N° 1), sujeto a estándares de calidad, seguridad y continuidad fiscalizados por la autoridad pública competente, y someterse a la fijación de precios máximos (artículo 90 D.F.L. N° 1). En lo relativo a los derechos del concesionario, éstos son poder utilizar bienes nacionales de uso público (artículo 16 D.F.L. N° 1), imponer servidumbres (ar-

tículo 14 D.F.L. N° 1) y solicitar aportes financieros reembolsables a los clientes que pidan servicio (artículos 75 y 76 D.F.L. N° 1).⁽⁴²⁾ De lo expuesto resulta que entre los deberes se encuentra el respeto a las tarifas establecidas por la autoridad pública concedente y que, en consecuencia, éstas deben ser iguales para el concesionario original y para el concesionario solicitante de la superposición.

En nuestra opinión debe analizarse el alcance de la igualdad tarifaria imperada por el artículo 17 del D.F.L. N° 1. No compartimos la interpretación efectuada por la Comisión Resolutiva, puesto que consideramos que la igualdad prescrita por dicho artículo 17 no puede significar que los objetos de los derechos y obligaciones sean idénticos para el concesionario original y el sobreviviente. Si ello fuere así, a modo de ejemplo, el área geográfica de la concesión original y de la nueva deberían ser idénticas; de otro modo, el derecho a imponer servidumbres no podría ser el mismo y por ello debería rechazarse una solicitud de superposición. Creemos que la recta interpretación en materia de tarifas es que el nuevo concesionario también tenga tarifas, pero no que las mismas sean idénticas a las del concesionario original, puesto que de ser así las posibilidades de superposición serían remotísimas. Adicionalmente, nuestra interpretación resulta armónica con el fomento de la competencia que persigue el propio artículo 17 de la Ley General de Servicios Eléctricos y con las sentencias de la propia Comisión Resolutiva que reconocen que el D.F.L. N° 1 está inspirado en una Política de Libre Competencia.

B) El argumento de la competitividad

Visto que la igualdad de tarifas es un presupuesto de la superposición previsto en el artículo 17 ya comentado, surge la pregunta de cómo tratar una diferencia

⁽⁴⁰⁾ Dictamen N° 434, Numeral 3.3, Comisión Preventiva Central.

⁽⁴¹⁾ Resolución 342, Numeral 5° y 6°, inciso primero.

⁽⁴²⁾ Corte Suprema, 20 de noviembre de 1991. Recurso de Protección Cooperativa de Abastecimiento de Energía Eléctrica Temuco Ltda. con Empresa Eléctrica de la Frontera S.A., Considerando 2°.

tarifaria frente al Principio de la Libre Competencia.

Escuchemos a la H. Comisión Preventiva Central, que en su Dictamen 731-85 (luego revocado por la Resolución 342 de la Comisión Resolutiva, ahora en comentario) declaró sobre esta materia lo siguiente: "La superposición de concesiones, en sí misma, persigue fomentar la competencia entre empresas que pueden competir en igualdad de condiciones pero, si existe una gran disparidad entre ellas tal competencia se torna imposible y, entonces la autoridad no puede otorgar la segunda concesión pues hacerlo equivale a hacer desaparecer la empresa menor".⁽⁴⁸⁾

¿Cabe la competencia entre concesionarios con tarifas diferentes? Estimamos que ello es factible toda vez que la tarifa constituye un precio máximo y bien podría una concesionaria cobrar un precio inferior para mejorar su cartera de clientes, en tanto lo permitan sus costos. Si sus costos no le permiten competir, deberá abandonar el mercado respectivo y en ello consiste precisamente la Libre Competencia. Se podría argumentar en contra de lo anterior que las diferencias tarifarias no pueden ser toleradas desde una óptica de la Libre Competencia, puesto que aquéllas impiden una competencia entre concesionarios en igualdad de oportunidades; creemos que ello no es así: las tarifas son precios máximos y no precios específicamente determinados y, por tanto, es posible una competencia vía precios. Además de ser posible competir mediante precios específicos, cabe lo que se ha dado en denominar la competencia indirecta, que tiene lugar mediante aspectos diferentes del precio, v. gr. calidad del servicio, condiciones contractuales, etc.

De la conclusión emitida por la Comisión Preventiva Central pareciera seguirse que sólo puede haber competencia allí donde los competidores sean iguales en tarifas y otros aspectos que eviten una "gran disparidad entre ellos", lo cual resulta en una suerte de invitación a igualar a los competidores por acto de autoridad a fin de alcanzar una utópica "competencia entre iguales". Afortunadamente, la Comisión Resolutiva dejó sin efecto el Dictamen N° 731-85 y, con ello, esta peculiar concepción de lo que debe ser la competencia.

Conviene recordar que la igualdad propia de la Libre Competencia es la de oportunidades y no de resultados,⁽⁴⁹⁾ en efecto, ninguna autoridad pública —ni siquiera la propia Comisión Resolutiva o sus propios subordinados— están autorizados para mejorar a un competidor sobre otro, puesto que la igualdad de resultados sólo puede ser el eventual y raro fruto de la Libre Competencia, pero nunca la consecuencia de una intervención de una autoridad pública.

Si la Comisión Resolutiva ha creído que ambos concesionarios, el originario y el sobreviniente, puedan competir con tarifas idénticas, ya directamente en precio o indirectamente en la calidad del suministro, no se divisa por qué, a priori, debe descartarse una competencia directa o indirecta entre ellos, en un escenario en el cual las tarifas respectivas sean diferentes. Ciertamente que la fundamentación de por qué no puede haber competencia entre concesionarios con tarifas de distribución eléctrica diferentes es una materia de suyo importante que la Comisión Resolutiva debió haber explicado talamente y no haber descansado en una muy discutible interpretación del artículo 17 del D.F.L. N° 1.

Por otra parte, resulta llamativo el que la Comisión Resolutiva no haya emplea-

do su potestad requeridora, mediante la cual puede solicitar al Legislador la modificación o aclaración de un precepto tan fundamental para la Libre Competencia,⁽⁴⁵⁾ como lo es el artículo 17 del D.F.L. N° 1, a fin de que la concurrencia entre concesionarios de distribución eléctrica fuere realmente eficaz y se evitara que, por una formalidad como la diferencia tarifaria, se denegaran solicitudes de concesiones superpuestas.

C) Consecuencias de esta sentencia

La solución adoptada por la H. Comisión Resolutiva apuntó a confirmar que el solicitante de nueva concesión no pudo acceder a una nueva concesión ni podía invocar su tarifa, aunque fuere más baja que la del concesionario ya instalado. Así, se privó a los habitantes de la zona geográfica de Colina de acceder a una tarifa inferior (la del nuevo concesionario) y se les forzó a quedarse con la tarifa más cara (la del antiguo concesionario); por otra parte, se eliminó para los "clientes regulados" de dicha zona la posibilidad de beneficiarse de la concurrencia y de elegir proveedor de suministro eléctrico.

Al hacerse necesario contar con la misma tarifa para obtener una concesión superpuesta total o parcialmente a otra, se asegura el monopolio natural del concesionario de distribución eléctrica originario, ya que resulta improbable contar con la misma tarifa. Ello es negativo, puesto que el monopolio natural de la distribución eléctrica deviene en un monopolio legalmente protegido y, lo que es más dramático, protegido por el artículo 17 del D.F.L. N° 1. Esta disposición fue diseñada para fomentar la competencia, pero con la interpretación que le ha conferido la Comisión Resolutiva ha devenido en una barrera a la entrada virtualmente inextinguible. Desde la óptica de la teoría de los mercados contestables, parecería haberse perdido una gran oportunidad de reafirmar que el monopolista de la distri-

bución eléctrica concesionada no goza de un monopolio legal y que si realiza abusos de posición dominante puede sufrir los efectos de una competencia potencial que se torna actual.

IV. CONCLUSIONES

1. En un nivel de jerarquía normativa legal y reglamentario, la legislación específica de la distribución eléctrica concesionada ha sido salvaguardada de una derogación tácita por el Decreto Ley 211, que contiene las normas para la tutela de la Libre Competencia; lo anterior no significa, en manera alguna, que la distribución eléctrica concesionada esté exenta de control antimonopólico, según lo demuestra el propio Decreto Ley 211 y la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva.

2. La salvaguarda que el Decreto Ley 211 ha efectuado de la legislación específica de la distribución eléctrica concesionada, no importa en forma alguna que dicha legislación haya quedado relevada de cumplir con los principios y garantías constitucionales, entre los cuales destaca el Principio de Subsidiariedad y, por tanto, de asegurar la prevalencia de la autonomía privada por sobre la regulación emitida por la Administración del Estado.

3. El D.F.L. N° 1, que contiene la Ley General de Servicios Eléctricos, se halla inspirado, en muchas de sus instituciones, por el Principio de la Libre Competencia. Por tanto, la competencia entre concesionarios de distribución eléctrica ha de dar cabal cumplimiento a la legislación eléctrica, que es la que confiere forma a la regulación de este segmento del mercado eléctrico, pero también ha de ajustarse a la Legislación Antimonopolística, en todos aquellos ámbitos donde ésta resulte aplicable.

4. La competencia por el abastecimiento de los denominados "clientes regulados" puede tener lugar entre concesionarios de distribución eléctrica y personas autorizadas de conformidad con las excepciones pertinentes del artículo 16 del D.F.L. N° 1. Dicha competencia, entre concesionarios de distribución eléctrica, ad-

⁽⁴⁸⁾ Cabe recordar la Resolución N° 240, Visto 9°.

⁽⁴⁹⁾ Que en general, todo el que vende una cosa o proporciona un servicio debe brindar a los interesados las mismas condiciones en lo que de él depende; pero no está forzado, ni puede estarlo, a producir por actos positivos suyos, igualdad entre los consumidores, intervenidos o competidores, subsanando las diferencias previas que puedan existir entre ellos". Si esto se falló respecto de un vendedor en lo que hacía referencia con los competidores por comprar, con mayor razón se predica de la autoridad pública antimonopolística o de la autoridad eléctrica otorgante de concesiones, a las cuales les está vedado identificar la Libre Competencia con una igualdad de resultados.

⁽⁴⁸⁾ Resolución N° 342, Visto 1, letra c).

⁽⁴⁹⁾ Artículo 5°, inciso final, Decreto Ley 211.

mite dos fórmulas: el abastecimiento de clientes regulados de otra zona de concesión que se conecten a las instalaciones de una distribuidora y el ingreso de un nuevo concesionario, superpuesto total o parcialmente, al territorio concesional anterior. Estas modalidades de competencia deben ser fomentadas por las autoridades reguladoras eléctricas y por los organismos antimonopólicos, puesto que así se da un mejor cumplimiento no sólo del D.F.L. N° 1 y del Decreto Ley 211, sino que también de los Principios de Subsidiariedad, de la Libre Iniciativa y del Principio de No Discriminación Arbitraria, todos ellos previstos en la Constitución Política de la República. Lamentablemente, algo tan fundamental no ha sido siempre considerado así por los or-

ganismos antimonopólicos, según lo demostró el Dictamen N° 731-85, emitido por la Comisión Preventiva Central y la Resolución N° 342, emitida por la H. Comisión Resolutiva.

5. Lo anterior, nos lleva a sugerir se aproveche esta oportunidad en que se está evaluando una reforma del Decreto Ley 211 para contemplar, en adición a las muchas e interesantes propuestas que se han efectuado, la creación de dos salas en la H. Comisión Resolutiva: una especializada en industrias reguladas (principalmente los servicios públicos) y otra destinada a atender los restantes casos. Asimismo, la integración de tales salas deberá ser cuidadosamente reglamentada, no sólo en lo atinente a sus miembros titulares, sino que también a sus subrogantes.

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

(Sentencias civiles)

Casación en el fondo, 5 de julio de 2001

Soc. Imp. Ben Internacional Ltda. con
Soc. Bassarnal Lorca Ltda.

Recurso de casación en el fondo (nulidad de compraventa) – Nulidad de compraventa (recurso de casación en el fondo) – Impuesto territorial (bien raíz) – Bien raíz (impuesto territorial) – Obligado al pago (impuesto territorial) – Objeto ilícito (enajenación bien litigioso) – Enajenación bien litigioso (objeto ilícito).

DOCTRINA: El impuesto de que trata el artículo 1 de la Ley 17.235, cuyo texto actual consta en el D.F.L. N° 1 de 1998 del Ministerio de Hacienda, se encuentra ligado a la propiedad de los bienes raíces en el sentido de que, sin perjuicio de la posible existencia de otros obligados a su pago, afecta finalmente al titular del derecho real de dominio y en la medida que este mantenga esa titularidad.

Para la configuración del objeto ilícito en la enajenación de un bien litigioso no basta la sola existencia del juicio sino que es además necesario que el contacto se ce-

lebre con conocimiento del mismo, añadiendo que esto último sólo se logra con la notificación o con la competente inscripción que prohíba la enajenación.

En estos autos rol N° 72.579 del Primer Juzgado de Letras de Magallanes, la "Sociedad Importadora Ben Internacional Limitada" demandó a la "Sociedad Bassarnal Lorca Limitada" y a don Suresh Gokhani Kehnmani. En lo pertinente, la actora solicitó la declaración de nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato de compraventa otorgado por escritura pública de 7 de abril de 1995, ante el Notario de Punta Arenas don Horacio Silva, en cuya virtud la primera demandada vendió y transfirió al segundo el inmueble de calle Errázuriz número 685, de la ciudad de Punta Arenas. Asimismo, requirió una indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. Sucintamente, adujo la actora que la referida compraventa adolecería de objeto ilícito en razón de que ese inmueble se encontraba embargado, por el solo ministerio de la ley, en el proceso rol N° 18.084, del Tercer Juzgado Civil de Magallanes, y rol