

Materiales de
DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA:
ACUERDOS DE COLABORACIÓN
(*JOINT VENTURES*)

FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE

Materiales elaborados por Francisco Agüero

2013

SENTENCIA TDLC N° 74/2008, rol C 121-06

Requerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A. y otros

Primero: Que, la conducta denunciada por la Fiscalía Nacional Económica como constitutiva de infracción a las normas de defensa de la libre competencia, contenidas en el Decreto Ley N° 211, consiste en que los ochenta y cuatro médicos especialistas de Punta Arenas requeridos se habrían concertado mediante la constitución de una sociedad anónima –Ampatagonia S.A., en adelante Ampatagonia– para acordar expresamente los precios de las prestaciones médicas que otorgan. Para ello habrían sido inducidos por el señor Olguín –médico que organizó y administró la sociedad en cuestión– y por los señores Bustos y Margoni, quienes asistieron especialmente invitados a la reunión constitutiva en calidad de asesores. Según la requirente, la sociedad Ampatagonia, habría servido de plataforma jurídica para coordinar el arancel por especialidades y la desvinculación masiva de los convenios individuales que los médicos accionistas mantenían con las Instituciones de Salud Previsional (Isapres);

Segundo: Que, por su parte, los requeridos se defendieron sosteniendo, fundamentalmente, que no tenían intención de incurrir en conductas contrarias a la competencia, pues Ampatagonia perseguía objetivos lícitos, tales como servir de contrapeso al poder de mercado que las Isapres estaban ejerciendo a su respecto y efectuar la cobranza de honorarios de sus accionistas. Además argumentan que el acuerdo cuestionado no era idóneo para lesionar la libre competencia, toda vez que las Isapres, con la sola excepción de Banmédica, rechazaron la propuesta arancelaria de Ampatagonia y se negaron a negociar con ésta. Afirman también que el arancel era meramente referencial y no vinculante para los accionistas, quienes tenían libertad para adherir o renunciar a la sociedad y para negociar individualmente con las Isapres;

Tercero: Que la primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo –sea expreso o tácito– para configurar una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado;

Cuarto: Que lo expuesto, en todo caso, no supone equiparar las infracciones que efectivamente producen los efectos anticompetitivos con aquellas que sólo tienden a producirlos, circunstancia que, en todo caso, corresponde a este Tribunal ponderar para los efectos de establecer la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido por los infractores y, en consecuencia, determinar el monto de las multas que fueren procedentes, conforme lo dispone el inciso final del artículo 26° del Decreto Ley N° 211;

Quinto: Que, la existencia de un acuerdo en los precios de las prestaciones médicas por especialidades entre los ochenta y cuatro médicos requeridos en autos, que figuran en el registro de accionistas de Ampatagonia rolante a fojas 484 y siguientes, es un hecho reconocido en la contestación al requerimiento. (...)

Séptimo: Que para definir y caracterizar el mercado en el cual habría incidido el acuerdo, resulta imprescindible tener en cuenta que el Arancel sólo contemplaba valorización de prestaciones médicas asociadas a determinadas especialidades, sin incluir prestaciones de medicina general. En este contexto, este Tribunal estima que –además de no haberse acreditado la existencia de un acuerdo en los precios de las prestaciones de medicina general– no sería posible establecer que dicho acuerdo, de haber existido, fuera idóneo para lesionar la libre competencia en dicho mercado. En efecto, independientemente del porcentaje de participación de mercado que hubieran representado efectivamente los 84 médicos requeridos respecto de un total de 203 médicos de Punta Arenas que resulta de consolidar la información acompañada a fojas 831 y 1.026, es evidente que se trata de un mercado naturalmente atomizado, en el que cada uno de los 119 profesionales no asociados podría haber constituido una alternativa o competidor;

Octavo: Que, por el contrario, los servicios ofrecidos por médicos especialistas no tienen sustitutos cercanos. Un médico especialista sólo enfrenta competencia directa de los restantes médicos de su misma especialidad. (...)

Decimotercero: Que, atendido que los médicos accionistas de Ampatagonia tenían prohibido, de acuerdo a su declaración de principios o reglamento, “*negociar aranceles médicos por cuenta propia con entidades pagadoras o pacientes*” (documentos rolantes a fojas 472 y 500), el Arancel estaba destinado a afectar los precios enfrentados por los clientes del sistema privado de salud, sea que estuvieran afiliados a Isapre o no;

Decimocuarto: Que, por consiguiente, el mercado relevante para los efectos de esta causa, está constituido por el de servicios otorgados por médicos especialistas, los que son demandados por los usuarios del sistema privado de salud que, desde el punto de vista geográfico, debe restringirse a Punta Arenas, atendido su evidente aislamiento geográfico y los significativos costos de transporte en que habrían de incurrir los pacientes para atenderse en un ámbito geográfico distinto;

Decimoquinto: Que, atendido que la idoneidad del acuerdo para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante así definido, depende en parte de las condiciones de entrada al mismo, es preciso analizar tales condiciones y, particularmente, la factibilidad de que nuevos médicos expandan la oferta de servicios médicos en respuesta a un eventual aumento de precios; (...)

Vigésimo: Que, adicionalmente, es posible constatar que el Arancel agregado a fojas 340 y siguientes, no contempla valorización de prestaciones asociadas a la especialidad primaria de oftalmología ni a la subespecialidad broncopulmonar. Por lo tanto, en tales casos no se acreditó un acuerdo de precios para las prestaciones asociadas particularmente a esa especialidad y subespecialidad;

Vigésimo primero: Que, por lo anterior, en relación al oftalmólogo, señor Aníbal Gallardo Pisón, este Tribunal estima que su participación en el acuerdo, desde el punto de vista de las prestaciones asociadas a oftalmología, que no estaban valorizadas en el Arancel, no era idónea para que éste pudiera lesionar la libre competencia, porque no concertó precios con ningún otro oftalmólogo ni alcanzó siquiera una mayor participación conjunta de mercado que la que individualmente tenía, lo cual permite presumir que participó en Ampatagonia por las otras

razones por las que se constituyó dicha sociedad, distintas al establecimiento de un Arancel; motivos por los cuales se rechazará el requerimiento en su contra, en todas sus partes; (...)

Vigésimo tercero: Que, en todo caso, este Tribunal considera que el acuerdo entre los especialistas de medicina interna, que en virtud del mismo concentraron una proporción del 42% de los médicos que la ejercían en Punta Arenas, no era idóneo para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. En razón de lo anterior, el requerimiento en contra de estos médicos especialistas será rechazado; (...)

Vigésimo séptimo: Que, al respecto, este Tribunal estima que, en general, el mero hecho de que un conjunto de médicos u otros profesionales se asocien con el exclusivo propósito de negociar con empresas que tienen poder de mercado, con el fin de evitar abusos de posición dominante en su contra y no de producir efectos contrarios a la competencia, no constituiría, en principio, un ilícito susceptible de reproche en conformidad al Decreto Ley N° 211; (...)

Trigésimo primero: Que a juicio de este Tribunal, lo expresado en las consideraciones precedentes sólo acredita que existían otros objetivos adicionales –y en principio lícitos desde el punto de vista de la libre competencia– distintos de la fijación de precios pactada en el Arancel. Sin embargo, dichos objetivos no excluyen la voluntad expresamente manifestada por los requeridos a través del establecimiento de un Arancel, en el sentido de uniformar los precios entre la mayor cantidad posible de profesionales de Punta Arenas. Por lo anterior, este Tribunal no acogerá esta defensa de los requeridos; (...)

Trigésimo tercero: Que, la declaración de principios o reglamento de los médicos accionistas de Ampatagonia obligaba a éstos a “*Aceptar los valores de las prestaciones médicas del documento Aranceles Médicos AMPATAGONIA S.A. dos mil cinco, acordados previamente por grupos de especialidad*”, y pretendía impedir cualquier competencia por precios al prohibir, como se señaló anteriormente, “*negociar aranceles médicos por cuenta propia con entidades pagadoras o pacientes*” (fojas 470). Por consiguiente, está suficientemente probado que el Arancel era vinculante para los accionistas de Ampatagonia, o a lo menos pretendía serlo. Lo anterior, sin perjuicio de que algunos médicos accionistas no hayan respetado el Arancel, y haya existido alguna dispersión en los precios de algunas de las prestaciones valorizadas en el mismo, según consta de las boletas y convenios individuales acompañados por los requeridos a fojas 831, lo cual únicamente podría demostrar que algunos médicos no habrían respetado tal acuerdo; (...)

Trigésimo quinto: Que, en la especie, con los documentos rolantes a fojas 1.243 y siguientes, se acreditó que el acuerdo de precios o Arancel tuvo como efecto incrementar los precios enfrentados por los afiliados a Isapres por las prestaciones médicas otorgadas por los médicos requeridos. (...)

Trigésimo octavo: Que para determinar el monto de la multa se tendrá en consideración: (i) el beneficio económico obtenido con la infracción, que puede aproximarse a partir del incremento en los precios enfrentados por los afiliados a Isapres que figura en los cuadros Nos 2 y 3 precedentes, y del período durante el cual se habría aplicado el Arancel, esto es, entre mayo de 2005 (fecha de las renunciaciones masivas a los convenios individuales) y mayo de 2006 (fecha a partir de la cual se volvieron a suscribir tales convenios por parte de los requeridos). Lo anterior, de acuerdo con la proyección simple a todo ese período del resultado contenido en el cuadro N° 2, alcanza un beneficio aproximado de \$25.000.000, por concepto de mayores copagos; y (ii) la gravedad propia de toda colusión, que en este caso se vería sin embargo

disminuida porque: (a) los requeridos habrían eliminado o limitado los efectos de la infracción por medio de la transformación de Ampatagonia en una sociedad de responsabilidad limitada, con un reducido número de socios, según consta de los documentos acompañados a la contestación; (b) conjuntamente con el propósito ilícito de concertar precios, había otros objetivos que serían lícitos y estarían debidamente acreditados con el video rolante a fojas 669 bis y con las testimoniales rendidas por los requeridos, como el mejoramiento de la gestión de cobranza; y, (c) los médicos requeridos, si bien consintieron voluntariamente en el acuerdo, adoptaron algún resguardo respecto de la licitud de su actuar desde el punto de vista de la libre competencia, consultando especialistas y autoridades al respecto, lo que revela un cierto grado de diligencia que, sin duda, debe contribuir a reducir su responsabilidad infraccional; (...)

2) Condenar a cada uno de los médicos indicados en el resuelvo precedente, a pagar una multa a beneficio fiscal de 15 Unidades Tributarias Mensuales, con excepción del señor Marco Antonio Olguín Contreras, a quien se le condena a pagar una multa de 30 Unidades Tributarias Mensuales.

Reclamación Sentencia TDLC 74/2008, CS rol 5937-2008

Sexto: Que la alegación de la reclamante sobre este particular debe ser desestimada porque la voluntariedad de la conducta -en lo que se refiere a la suscripción del acuerdo y elaboración del Arancel cuestionado- aparece demostrada en la causa sin que se hayan cuestionado, por la presente vía, los presupuestos fácticos en que ella se apoya. Por lo demás, los propios requeridos reconocen la existencia del acuerdo arribado, lo que importa un reconocimiento de la voluntad que lo engendra y, además, reconocen que una vez formulado el requerimiento, adoptaron las medidas conducentes para que dicho acuerdo colusorio no siguiera concretándose en el tiempo, a saber, lo dejaron sin efecto y transformaron la sociedad anónima original en una de responsabilidad limitada, restringiendo así el número de socios, todo lo cual importa un reconocimiento de la conducta anticompetitiva adoptada de consuno por los socios en su oportunidad; (...)

Octavo: Con todo, probada que ha sido la existencia del acuerdo y su incidencia en el mercado, que éste obedeció a la voluntad de los socios, las circunstancias anexas a esta conducta contraria a la libre competencia en orden a determinar su total y plena eficacia, esto es, si todos los médicos adhirieron en su oportunidad al acuerdo o no, o si todos o sólo algunos aplicaron el cuestionado Arancel, carecen de relevancia desde que quedó demostrado que dicho acuerdo, tal como fue concebido, tuvo la aptitud objetiva de producir un resultado anticompetitivo, lo que resulta suficiente para su sanción; (...)

Duodécimo: Que, finalmente, esta Corte se hará cargo de la petición de los reclamantes, efectuada de manera subsidiaria, cual es la de rebajar substancialmente la multa aplicada. Para ello tendrá en consideración, en primer lugar, que la sentencia sobre este tópico no contiene razonamientos suficientes que sustenten debidamente la decisión, por lo que la aplicación de las multas se ha construido casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión, todo lo cual importa un incumplimiento a lo dispuesto por el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211. Como ha sostenido esta Corte en anteriores fallos (Rol N°2339-08), el desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido

tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobretodo, considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos;

Decimotercero: Que, además, en este caso ha de considerarse también el alcance temporal restringido de los hechos. Por ello, uno de los varios factores que se han debido tener presente en la determinación de la cuantía de la multa a aplicar es la duración del acto atentatorio y sus consecuencias en el tiempo, como ha sostenido esta Corte en el aludido fallo rol n° 2339-08. En efecto, el propio Tribunal acotó el período de la infracción a los meses de mayo de 2005 a mayo de 2006- sin que esto fuera objetado por la reclamante- situación que descarta un proceso persistente o constante en la trasgresión de la libre competencia. Es más, en el fallo reclamado se deja asentado que actualmente, una vez adoptada las medidas pertinentes por los propios requeridos, la sociedad Ampatagonia y su forma de operar no constituyen un peligro para la libre competencia;

Decimocuarto: Que, por último, ha de tenerse, en especial consideración, las conductas desplegadas por los requeridos en orden a paliar los efectos anticompetitivos de sus acuerdos, lo que también ha sido expresamente reconocido por el fallo reclamado en su motivación trigésimo sexta; (...)

II.- Se acoge la petición subsidiaria formulada por la reclamante y se rebaja prudencialmente la multa impuesta a cada uno de los reclamantes y requeridos, a una coma cinco (1,5) unidades tributarias mensuales, respectivamente, la que se da por pagada con el mérito de las consignaciones acompañadas desde fojas 1374 a fojas 1447.

.....

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Informe al TDLC en autos Rol NC 134-06 sobre consultas de EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. y de COLBÚN S.A., sobre asociación conjunta de ambas empresas relativa a la construcción y explotación de cinco plantas hidroeléctricas en la XI Región

1.1 Con fecha 17 de mayo de 2006 la Empresa Nacional de Electricidad S.A., en adelante "Endesa", formuló una consulta ante ese H. Tribunal en la que solicita declarar que la construcción y explotación conjunta en la XI Región, por Endesa y Colbún S.A., en adelante "Colbún", de cinco centrales hidroeléctricas que conforman el denominado Proyecto Aysén, constituye una operación que se ajusta a las normas sobre libre competencia contenidas en el DL N° 211. (...)

1.3 El Proyecto Aysén contempla el desarrollo conjunto de todas las tareas vinculadas al financiamiento, construcción y operación de las cinco centrales generadoras que lo componen, por medio de una nueva sociedad anónima cerrada, denominada aquí "NEWCO", que las empresas Endesa y Colbún constituirían en calidad de únicos accionistas y que someterían, para fines de transparencia, a la normativa de las sociedades anónimas abiertas, una vez cumplidas las condiciones suspensivas convenidas en el Memorando de Entendimiento, que

dicen relación con un proceso de *due diligence* que realizará Colbún, con acuerdos referidos a los contratos de aportes, pactos de accionistas y otros contratos relevantes.

Las cinco centrales generadoras del Proyecto, serían sólo unidades productivas, por cuanto el total de la energía que produzcan será entregada por NEWCO a Endesa y Colbún, en proporción a sus participaciones accionarias, 51% y 49%, respectivamente, descontándose del total de la producción y por el término de 30 años, un 12,3% de la energía, como contraprestación a Endesa por la transferencia a NEWCO de derechos de agua no consuntivos de que Endesa es titular en la XI Región, los cuales se utilizarán para operar las centrales.

Endesa y Colbún, de manera autónoma e independiente la una de la otra, comercializarán dicha energía y potencia en el mercado eléctrico nacional conforme a sus propias y autónomas estrategias comerciales, acordes con la legislación vigente. (...)

2. Operación de concentración.

En opinión de esta Fiscalía, se entiende por operación de concentración, la adquisición o establecimiento, directa o indirectamente, por una o más personas, sea por compra, arrendamiento, participación en activos, asociación u otras figuras análogas, o por la combinación de cualquiera de las anteriores, del control total o significativo en todo o parte de los negocios de un competidor, proveedor o comprador, o por la creación de sociedades de propiedad común.

2.1. El Joint Venture consultado.

La operación consultada contempla el desarrollo y ejecución conjunta, por Endesa y Colbún, de todas las tareas vinculadas al financiamiento, construcción y operación de 5 centrales hidroeléctricas con una capacidad total aproximada de 2.355 MW: (...)

El acuerdo se presenta como una asociación en la producción, pero con independencia en la comercialización, vale decir, la energía producida por las Centrales Hidroeléctricas que construirá y operara NEWCO será transferida por ésta directamente a ENDESA y COLBÚN para su comercialización libre, separada e independiente por cada una de estas empresas, mediante transferencias a otras generadoras, a empresas distribuidoras o a clientes libres. De ese modo, salvo respecto de las transferencias de energía y potencia a ENDESA y COLBÚN, NEWCO limitará sus actividades a funciones productivas sin función comercial alguna.

Con todo, este proyecto supone el cumplimiento previo de diversas condiciones suspensivas en las que se destacan la finalización de un proceso de *due diligence* del proyecto que realizará Colbún, el acuerdo de las partes de los textos definitivos de los contratos que regirán su relación contractual en relación con esta materia, que incluyen contratos de aportes de Endesa, pactos de accionistas y otros contratos relevantes para la formalización de la nueva empresa.

Adicionalmente resulta necesaria la realización de estudios de factibilidad, hidrológicos y de impacto ambiental, los cuales se ejecutarán durante los años 2006 y 2007 e incluyen la elaboración de una línea base y un estudio de impacto ambiental, así como la preparación de un anteproyecto de ingeniería referente al sistema de transmisión eléctrico.

Las consultantes informan que una de las razones principales de este acuerdo es la posibilidad de compartir los riesgos envueltos en una iniciativa de la envergadura del proyecto AYSÉN, con inversiones estimadas en más de US\$ 4 mil millones.

Por otra parte, la circunstancia de compartir con un tercero, como COLBÚN, el financiamiento del proyecto, permitiría a ENDESA el desarrollo de otros proyectos eléctricos, al liberarse recursos para su ejecución, de modo tal que la realización conjunta de esta inversión no será obstáculo para que cada una de esas empresas continúe ejecutando nuevas actividades de generación por separado.

2.2. Regulación Comparada de Joint Ventures.

a. Unión Europea

En un principio, la normativa comunitaria distinguía, en función de la naturaleza de la empresa en participación, entre aquellas que podían ser asimiladas a concentraciones (“concentrativas”) y las que, por el contrario, se deben tratar como meras cooperaciones (“cooperativas”). Las primeras serían controladas por la normativa de concentraciones y las segundas, según la normativa de control de conductas, en especial, prácticas colusorias, artículo 81 del Tratado de la UE.

La empresa en participación, para ser considerada “concentrativa”, debería reunir dos requisitos: plenas funciones y ausencia de riesgo de coordinación. La ausencia de cualquiera de dichos requisitos hace que la empresa en participación fuera considerada como una cooperación.

El requisito de plenas funciones se satisfacía cuando la empresa en participación “desempeña sobre una base duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma, independiente”. Una empresa en participación donde se comparte el riesgo por sus matrices sería definida como de “plenas funciones” si tenía “suficiente capital financiero y otros recursos incluyendo finanzas, el personal y los activos (tangibles e intangibles) para funcionar una actividad económica sobre una base duradera”. Para que se cumpla el requisito, entonces, debía concurrir estos dos: i) estatus de operador independiente; ii) autonomía funcional; y, iii) vocación de permanencia¹. Sin embargo, a partir de los últimos reglamentos europeos de control de operaciones de concentración se permite realizar una diferente taxonomía desde un punto de vista sustantivo que permite distinguir entre tres diferentes tipos de empresas en participación:

- a. Plenamente concentrativas: valga lo dicho previamente para las “concentrativas” en cuanto a sus requisitos y normativa aplicable;
- b. Cooperativas: no cumplen el requisito de plenas funciones, siendo tratadas para todos los efectos como una modalidad de cooperación, rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE.

¹ Tanto la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones, DO C 66 de 2 de marzo de 1998), como el Servicio de Defensa de la Competencia de España (Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del SDC, apartado 3.2, en internet: www.mineco.es/dgdc/sdc/guidelines.htm), han efectuado esfuerzos por precisar cuándo se da cumplimiento al requisito de plenas funciones.

- c. Semiconcentrativas: cumplen con el requisito de plenas funciones pero implican un riesgo de coordinación. Su régimen es mixto. En principio se asimilan a las concentraciones, pero para el análisis de la compatibilidad de la operación con el mercado común, se distinguen los aspectos concentrativos de los cooperativos o de coordinación, analizándose cada uno de ellos según la respectiva normativa (concentraciones y/o acuerdos).

Así, se hablará de empresas en participación que no cumplen con el requisito de plenas funciones (en especial, ser operador independiente), cuando la empresa común desarrolle una actividad meramente auxiliar de las empresas matrices o únicamente una función concreta dentro de las actividades de las matrices, sin tener acceso al mercado, como por ejemplo, una empresa común dedicada solamente a producir para las matrices, o a comercializar los productos de las matrices.

Una consideración especial, respecto del carácter de operador independiente, se puede hacer en relación con la situación en que las empresas matrices de la empresa común se encuentran en mercados descendentes: Cuando una vez transcurrido el período inicial de puesta en funcionamiento, una proporción significativa de las ventas de la empresa en participación vayan destinadas a las matrices, habrá que examinar detalladamente si esas ventas se realizan en condiciones normales de mercado. Si no es así, la empresa en participación, salvo circunstancias excepcionales, no tendrá estatus de operador independiente.

Este tipo de joint ventures se observan bajo el artículo 81(1) del Tratado en donde se prohíben “acuerdos entre competidores que puedan afectar el comercio entre los estados miembros y los cuales tengan como objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia en un mercado común”².

Con lo expuesto hasta aquí, podría concluirse que la operación consultada ante ese H. Tribunal configura un joint venture o empresas en participación, que no cumple el requisito de plenas funciones y, por ende, no es plenamente concentrativo. En efecto, la empresa producto de la colaboración, no llegaría directamente al mercado de las matrices, sino que sería una unidad productiva para éstas.

b. Estados Unidos

Las agencias de competencia de EEUU, en conjunto, elaboraron en el año 2000 líneas directrices sobre acuerdos entre competidores³.

² En relación con los acuerdos de producción, se sostiene por algunos autores: “A la Comisión le preocupan principalmente dos cuestiones en relación con este tipo de acuerdos [de producción conjunta]. En primer lugar, que se produzca una coordinación de la conducta de las empresas parte del acuerdo. Mientras más asunción de costes en común y más homogéneo sea el producto, mayor riesgo existe de que se produzca coordinación por parte de las empresas que cooperan. En segundo lugar, que surjan problemas de exclusión de terceras empresas si existen relaciones verticales y/o complementarias entre las empresas que cooperan.” Odriozola, M., Irisarry, B., Barrantes, B., “Prohibición de prácticas colusorias (II) Restricciones Horizontales”, “Acuerdos de Producción, en Tratado de Derecho de la Competencia, Beneyto Perez et al., España, 2005, pág. 283.

³ “Antitrust Guidelines for collaborations among competitors”.

Los elementos de estas directrices que nos parecen pertinentes son los siguientes:

a) Definición de colaboración entre competidores:

El documento expresa que una colaboración entre competidores “competitor collaboration” comprende un conjunto de uno o más acuerdos, distintos a acuerdos de concentración, para emprender una actividad económica y la actividad económica resultante de dicho acuerdo. Entre los competidores en cuestión se consideran tanto los reales como los potenciales. Tales colaboraciones comprenden uno o más negocios tales como investigación y desarrollo (I&D), producción, marketing, distribución, ventas o adquisiciones. Los intercambios de información y diferentes actividades de las asociaciones empresariales pueden también caer bajo el concepto de colaboración entre competidores.

b) Distinción entre acuerdos de colaboración entre competidores y concentración horizontal. Reenvío a la Horizontal Mergers Guidelines:

La directriz hace referencia a la distinción entre acuerdos ilícitos por naturaleza (*per se*) y acuerdos cuya licitud ha de ser evaluada bajo la regla de la razón (*rule of reason*).

Sin embargo, de mayor interés es la distinción entre acuerdos de colaboración entre competidores, por un lado, y operaciones de concentración horizontal, por el otro. A este respecto, la guía señala:

“Los efectos competitivos de colaboraciones entre competidores pueden ser diferentes a los efectos de operaciones de concentración, por diversas razones. La mayoría de las concentraciones pone fin de manera completa a la competencia en él o en los mercados relevantes entre las partes de la operación de concentración. Por el contrario, la mayoría de los acuerdos de colaboración entre competidores preservan alguna forma de competencia entre los participantes. El grado de competencia que se conserva podría reducir las preocupaciones competitivas, pero también puede plantear problemas en relación a si los participantes han alcanzado acuerdos restrictivos de competencia en el margen de competencia que se conserva. Las operaciones de concentración están diseñadas para ser permanentes, mientras que los acuerdos de colaboración empresaria son típicamente de duración limitada. Por lo tanto, los participantes de un acuerdo de colaboración seguirán siendo potenciales competidores, aún cuando no son competidores reales en el presente para algunos fines (por ejemplo, I&D) por el tiempo que dure la colaboración. El potencial de la futura competencia entre los participantes del acuerdo de colaboración empresaria requiere una evaluación antitrust diferente a la evaluación de las operaciones de concentración. No obstante lo señalado, en algunos casos, los acuerdos de colaboración empresaria tienen idénticos efectos competitivos que aquellos que se producirían si las partes del acuerdo iniciaran una operación de concentración en todo o en parte. Las agencias dan a un acuerdo de colaboración empresaria el tratamiento de una operación de concentración horizontal en un mercado relevante y, por tanto, analizan la colaboración en cuestión desde el punto de vista de las líneas directrices de concentraciones horizontales, generalmente cuando: (a) los participantes son competidores en el mercado relevante; (b) la realización de la colaboración implica una integración con mejoras en eficiencia de la actividad económica en el mercado relevante; (c) la integración elimina toda competencia entre los participantes en el mercado relevante; (d) la colaboración no tiene término

dentro de un período suficientemente limitado⁴ por sus propios términos específicos y expresos. Los efectos de la colaboración en la competencia en otros mercados serán analizados, en su caso, por estas directrices o por algún otro precedente aplicable.”

El siguiente ejemplo que brinda la guía para ilustrar este caso de reenvío a la guía de horizontal mergers, es esclarecedor:

“Dos empresas petroleras acuerdan integrar sus operaciones de comercialización de sus productos para refinación y refinados. El acuerdo, en sus propios términos, pone fin a la colaboración luego de 12 años. Durante dicho período cualquiera de las partes del acuerdo puede ponerle fin con un aviso anticipado de seis meses. Las 2 empresas mantendrán separadas sus actividades de producción de petróleo crudo. ANALISIS: La colaboración implica una integración con mejora en eficiencia de las operaciones en los mercados de los productos para refinación y refinados y, la integración elimina toda competencia entre los participantes en dichos mercados.

La agencia probablemente concluiría que la expiración luego de 12 años no constituye un “término dentro de un período suficientemente limitado”; y, la facultad de las partes de poner término al acuerdo de colaboración en cualquier tiempo mediando un aviso previo no sería una conclusión de la colaboración “por sus propios términos específicos y expresos”. Con tales antecedentes, la agencia seguramente evaluaría el acuerdo de colaboración según las Horizontal Mergers Guidelines. Ahora, los acuerdos que restringieran la competencia en el mercado del crudo serían analizados bajo la Guía de colaboración entre competidores.

Considerando que la operación en estudio tiene carácter indefinido o permanente, haría concluir que, en principio, la operación consultada podría seguir de cerca los criterios de análisis de efectos unilaterales y efectos coordinados derivados de una operación de concentración, según la normativa estadounidense.

En opinión de esta Fiscalía, la operación consultada no tiene como finalidad previsible una concentración horizontal, siendo más bien de carácter colaborativo.

No obstante, su carácter permanente amerita su análisis bajo los criterios de una operación de concentración. (...)

IV. PARTICIPACIONES DE MERCADO Y COMPORTAMIENTO. (...)

Si bien el Joint Venture consultado no contempla la comercialización conjunta de la energía y potencia generadas, atendido su carácter permanente, hemos aplicado criterios concernientes a efectos unilaterales y coordinados propios del análisis de concentraciones.

En tal sentido, es evidente que el mercado presenta un importante grado de concentración, con un índice de Herfindahl cercano a 3400, similar a industrias como el gas licuado (HHI = 3300) e inferior al mercado de la telecomunicaciones (HHI = 5300).

⁴ En general, las Agencias consideran 10 años como un período que manifiesta una suficiente permanencia como para brindar a un acuerdo de colaboración un tratamiento análogo a una operación de concentración. Tal duración, sin embargo, puede variar dependiendo de las circunstancias específicas de la industria tales como los ciclos de vida de la tecnología.

Ahora bien, la naturaleza colaborativa del Proyecto Aysén implica que, por definición, no altera esos índices de concentración, sin perjuicio que, por su carácter permanente, deben analizarse eventuales peligros de coordinación, conforme a criterios propios de una operación de concentración. (...)

V. POTENCIALES EFECTOS DEL ACUERDO ENDESA-COLBÚN.

Sin perjuicio de que no existen antecedentes técnicos o económicos precisos referentes a la forma en que se desarrollará el Joint Venture, los siguientes son los efectos que esta Fiscalía estima previsible, con la información disponible: (...)

5.3. Eventual Coordinación.

La creación de una empresa en común, aún cuando sea con fines de colaboración limitados a la producción, naturalmente crea una instancia de potencial coordinación entre competidores, que debe ser analizada en todos sus aspectos.

5.3.1. Coordinación en planes de expansión.

El Proyecto Aysén, una vez operativo, no debiese alterar los niveles de concentración del mercado, por efecto del crecimiento que se proyecta en su oferta y en su demanda, de modo que no hay incentivos adicionales para la coordinación que enunciamos. Por las mismas razones (proyecciones de crecimiento), lo previsible es que cada empresa generadora busque tomar la mayor parte posible de la demanda futura a través de la construcción de nuevas centrales.

5.3.2. Coordinación para excluir nuevos competidores.

En el extremo, el sólo anuncio del Proyecto Aysén podría erigirse en una barrera estratégica destinada a desincentivar inversiones programadas con anterioridad.

A este respecto, el artículo 99° bis de la Ley General de Servicios Eléctricos establece resguardos, pues conforme a la norma el dilatar inversiones expone en forma creciente a las empresas al riesgo de pagar compensaciones. Esto, unido a los incentivos al ingreso de nuevos actores incorporados recientemente a la legislación del sector, relativiza la posibilidad de exclusión.

5.3.3. Coordinación para afectar el Plan de Obras.

El Proyecto Aysén podría afectar los precios de nudo de energía y potencia, hoy "*precios de nudo de corto plazo*".

En esencia, se calculan los costos marginales de energía y potencia, para los próximos 48 meses (cuatro años). Como señala la LGSE, "*los precios de nudo [de corto plazo] deberán reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel de generación-transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo*" (Art. 97° LGSE).

La declaración formal de que una central generadora de electricidad está en construcción tiene efectos en los precios regulados de generación, los llamados "*precios de nudo*". Así, el artículo

99° LGSE lo dispone al señalar que *Para cada fijación semestral, los precios de nudo de corto plazo se calcularán de la siguiente forma: 1.- Sobre la base de una previsión de demandas de potencia de punta y energía del sistema eléctrico para los siguientes diez años, y considerando las instalaciones existentes y en construcción, se determina el programa de obras de generación y transmisión que minimiza el costo total actualizado de abastecimiento, correspondiente a la suma de los costos esperados actualizados de inversión, operación y racionamientos durante el período de estudio (...)*

En el cálculo de los precios de nudo de corto plazo, la CNE debe establecer un programa de obras de generación y transmisión (el “*plan de obras*”), que minimice el costo total actualizado de abastecimiento en el sistema eléctrico para los siguientes 10 años. Para el diseño de dicho Plan, la CNE se basa en previsiones de demandas, instalaciones existentes, instalaciones en construcción e instalaciones recomendadas por ella.

Ahora bien, las instalaciones que recomienda la CNE en su plan de obras en cada fijación semestral de precios de nudo cubren precisamente el uso estratégico que pudieran hipotéticamente hacer los generadores, porque como resultado de su inclusión los precios de nudo serán inferiores, al ser técnica y económicamente factibles (Art. 272, d) Reglamento Eléctrico).

De esa forma, las empresas no deberían tener incentivos para manipular los avisos de inversiones, desde que tal conducta se traduciría en menores precios de nudo.

Más todavía, se entiende que una central está “*en construcción*” solo en los casos que *taxativamente* indica el Reglamento Eléctrico, con lo cual se dificulta que empresas generadoras o transportistas efectúen anuncios carentes de seriedad. (...)

5.3.4. Coordinación para afectar los precios.

Este tipo de operaciones “*colaborativas*” merecen particularmente la atención de los organismos pro competencia en relación con la eventual coordinación de las partes para afectar los precios, riesgo que aumenta mientras cuando convergen los costos y el producto es homogéneo, lo que sucede en este caso.

En efecto, el joint venture implica que parte de los costos de ambas empresas serán idénticos, lo que determina que los precios de comercialización que ofrezcan tiendan, proporcionalmente, a asimilarse, cuestión que es preocupante si se tiene presente el mecanismo de licitaciones de suministro eléctrico dispuesto por la Ley Corta Eléctrica II.

No obstante, en este mercado todos los agentes pueden monitorear los costos de despacho de sus competidores. En este caso, específicamente, el comportamiento de NEWCO sería transparente para el CDEC-SIC, siendo el impacto final la existencia de inyecciones de Colbún y Endesa que cada una destinará a los mercados de electricidad establecidos (clientes regulados, no regulados y precio spot) de acuerdo con sus particulares políticas comerciales. (...)

VI. EFICIENCIAS DEL ACUERDO.

Para el correcto análisis de las eficiencias esperadas del Joint Venture, deben ser las empresas participantes de la operación quienes las describan, especifiquen y cuantifiquen. Hasta la fecha

no se ha obtenido información sustantiva relativa a las eficiencias, salvo respecto de apreciaciones cualitativas de las consultantes acerca de las ventajas de compartir el riesgo de la inversión y la liberación de recursos de Endesa, disponibles para nuevos proyectos.

Al respecto, si bien la magnitud de las inversiones que requiere el proyecto es elevada, los indicadores financieros indican que Endesa podría financiarlo sin asociarse. Más plausible parece, en la perspectiva de detección de eficiencias y considerando la restricción de la oferta del SIC, el argumento de liberación de recursos para nuevos proyectos de Endesa, pero no es posible evaluarlo por cuanto la empresa no ha entregado detalle alguno.

Además, de ser efectivas las eficiencias señaladas, se limitarían a la etapa de levantamiento de capitales y elaboración del proyecto, pero no existirían ni en el desarrollo de la operación en sí, ni en la tecnología involucrada, ni en lo relativo a otras ganancias de eficiencia.

VII. CONCLUSIONES.

El análisis se ha realizado sobre la base de antecedentes más bien escasos aportados por las consultantes y asumiendo los supuestos que se derivan de los mismos, de los cuales se desprende, como condicionante de dicho análisis, el carácter más bien colaborativo que concentrativo de la operación consultada, atendida la ausencia de funciones de comercialización de NEWCO más allá de las asociadas, aunque con efectos permanentes que ameritan revisión.

En consecuencia, por su naturaleza, esta operación no aumentaría los niveles de concentración ya existentes, los que además deben ser ponderados teniendo presente el crecimiento esperado de la oferta y la demanda en el mediano y largo plazo.

Ahora bien, sin perjuicio del carácter más bien colaborativo de la operación consultada, sus efectos permanentes, la convergencia en costos y la homogeneidad del producto aumentan los riesgos de coordinación entre las partes, lo que en todo caso debe ser evaluado en el contexto del sistema de fijación de precios e inyección de energía en el SIC (coordinado por el CDEC), que se caracteriza por la transparencia y el monitoreo permanente.

Igualmente, preocupa a esta Fiscalía la venta de energía por parte de NEWCO a Endesa y Colbún a un precio diverso de su costo marginal. Como se ha señalado, si el precio se alinea con el costo marginal del SIC, que está sujeto a fluctuaciones, se dificultaría la comercialización de energía por parte de Endesa y Colbún o se posibilitaría la utilización de NEWCO por parte de Endesa y Colbún para influir en los costos marginales del SIC y, por esta vía, en los precios de generación.

Contribuiría a precaver esos riesgos, el condicionar la operación, para el caso en que el H. Tribunal la apruebe, al sometimiento de NEWCO, con carácter obligatorio, a las instrucciones del CDEC-SIC en lo relativo al mantenimiento de las centrales, instruyendo al CDEC-SIC para que evite la entrada conjunta de esas centrales en mantención. (...)

.....

RESOLUCIÓN N° 22 /2007, Consulta de Empresa Nacional de Electricidad S.A. y Colbún S.A. sobre alianza para realización de proyecto hidroeléctrico Aysén.

1. CUESTIÓN PREVIA.

El proyecto consultado se materializará por medio de una empresa en participación, o *Joint Venture* según su denominación anglosajona, esto es, por medio de una empresa que estará sujeta al control conjunto de matrices que son económicamente independientes.

Por su parte, si bien es cierto que la operación consultada no se corresponde exactamente con lo que en doctrina se reconoce como una operación de concentración entre empresas de carácter horizontal –pues las dos empresas que inician el emprendimiento común permanecerían competitivamente independientes en sus demás actividades, sin salir del mercado en el que se desenvuelven-, ésta afecta la estructura del mercado de la generación eléctrica y tiene el potencial de reducir la intensidad de la competencia en el mismo.

Habida cuenta de lo anterior, resulta relevante para el derecho de la competencia que Endesa y Colbún vayan a ejercer conjuntamente el control sobre HidroAysén, esto es, que lleguen a ejercitar, *de iure* o *de facto*, una influencia determinante en sus actividades, su política comercial y, por ende, en las decisiones fundamentales que determinarán su estrategia empresarial y su comportamiento competitivo precisamente en el mismo mercado en el que las matrices son competidoras.

Por ello, es posible esperar, tal como se analizará más adelante, que exista un riesgo de coordinación entre las matrices (Endesa y Colbún), teniendo en especial consideración que HidroAysén no constituirá un operador independiente en el mercado de la generación, pues sólo proporcionará energía y potencia a las consultantes, sin tener acceso directo al mercado de la comercialización y que, además, es una empresa con vocación de permanencia ilimitada en el tiempo.

Por lo anterior, este Tribunal no tratará la operación consultada como una concentración horizontal propiamente tal -a pesar de que tendrá presente algunos elementos de análisis propios de estas operaciones-, sino que pondrá acento en su análisis en los riesgos de coordinación anticompetitiva que pudiere originar el Proyecto y en la minimización de tales riesgos.

2. ASPECTOS GENERALES DEL MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA Y SU REGULACIÓN. (...)

Así, el peligro tradicional que se enfrenta en un mercado oligopólico, en el sentido de restringir la cantidad ofrecida –dada una cierta capacidad de producción- con el objeto de subir los precios, ha quedado, en la práctica, mitigado en el caso de la generación eléctrica, al existir contraposición de intereses entre los integrantes del CDEC.

A pesar de lo anterior, y considerando la concentración en este mercado, las indivisibilidades en la inversión en generación y las eventuales barreras a la entrada en las tecnologías de menor costo variable –llamadas de base porque están en operación la mayor parte del tiempo-, persisten eventuales riesgos de sub-inversión o bien de retraso de inversión en estas tecnologías, con efectos similares a una restricción de la oferta. En efecto, cada vez que un

generador con inversiones importantes en el sistema evalúe la construcción de una nueva planta, considerará, además de la rentabilidad de ésta por sí sola, la reducción en el precio de generación que conlleve tal inversión y, por tanto, la consiguiente disminución en utilidades de sus instalaciones ya existentes. En palabras simples: mientras mayor sea el porcentaje de capacidad instalada que tiene el productor en cuestión, mayores podrían ser esas pérdidas y será menos probable, en consecuencia, que decida hacer la inversión. Esta estrategia no será factible en la medida que las barreras a la entrada a la tecnología de base sean bajas y que, en consecuencia, la amenaza de que un competidor haga el proyecto lo enfrente a la posibilidad de asumir esas pérdidas sin obtener las utilidades del nuevo proyecto.

Por lo tanto, es relevante analizar las barreras a la entrada especialmente en el segmento de generación constituido por aquellas tecnologías que operan en la base del sistema, puesto que el mayor riesgo anticompetitivo del mercado de generación eléctrica es que se posterguen inversiones en las tecnologías de base. Para ilustrar este punto, se puede pensar en una situación en que existen dos tecnologías: una de altos costos variables y sin restricciones a la entrada, y otra de bajos costos variables con barreras a la entrada. En este escenario, cuando un generador con altas inversiones en el mercado desea evaluar si invertir o no en una central generadora de base, deberá comparar (a) las ganancias adicionales que obtendrá de esta nueva inversión con (b) las menores utilidades que podría obtener en el resto de sus plantas generadoras. En el caso en que sólo éste productor tenga acceso a la tecnología de bajo costo variable, decidirá construir su nueva planta sólo si la comparación señalada arroja utilidades; en caso contrario, postergará la inversión.

Si, por el contrario, la tecnología de bajo costo variable está disponible para todos, la comparación descrita no tendrá sentido, ya que un entrante al mercado evaluará la nueva inversión en su propio mérito. En este escenario, en que no hay barreras a la entrada, al generador ya instalado no le convendrá postergar la inversión, puesto que, si lo hace, sabe que ésta será ejecutada por un nuevo inversionista, con la probable reducción del precio de generación y, por tanto, afectará la rentabilidad de sus inversiones pasadas sin percibir los beneficios de la nueva inversión. Es decir, en ausencia de barreras a la entrada, no existe riesgo anticompetitivo en la forma de menor inversión en tecnología de base.

De lo anterior es posible deducir que basta con que existan barreras a la entrada en las tecnologías de menor costo de operación para que existan riesgos anticompetitivos sobre los precios de largo plazo y la eficiencia de las inversiones en mercados concentrados, aún cuando no existan barreras a la entrada en otras tecnologías con mayor costo de operación.

El análisis de los incentivos para ejercer poder de mercado debe considerar, asimismo, que los generadores no venden toda su producción en el mercado *spot* sino que también lo hacen a través del mercado de contratos, ya sea con clientes libres o con clientes regulados. La posición que un determinado generador presente en el mercado de contratos condiciona la estrategia que ese generador utilizará para aumentar sus utilidades. Así, por ejemplo, en un caso extremo, si la cantidad de oferta comprometida en los contratos es mayor que la capacidad de generación propia, a ese generador en particular le resultará conveniente que baje el precio *spot* al cual se transa la energía en el sistema. En consecuencia, mientras más contratado esté un generador, menor tenderá a ser su incentivo para presionar al alza los precios *spot* y, con ello, menor el incentivo a retrasar inversiones en tecnología de base.

Por otra parte, el hecho que los generadores participen simultáneamente en el mercado *spot* y en el mercado de contratos implica que el análisis de autos debe abarcar no sólo los efectos que provocaría la operación conjunta del Proyecto Aysén sobre las inversiones de las consultantes (que son las dos principales empresas generadoras del país), sino que también debe considerar que estas empresas, que competirían en las licitaciones de suministro eléctrico, podrían enfrentar incentivos para dejar de hacerlo o para competir con menor intensidad. Si bien las empresas han planteado que la alianza consultada sólo comprende la construcción de la infraestructura y la generación de energía, en tanto que la comercialización de la energía y potencia que resulte del proyecto se seguiría realizando en forma independiente por una y otra empresa, se deberá analizar si concurren las circunstancias suficientes para que tal separación e independencia sea efectiva. (...)

La diferente composición de fuentes de generación entre una y otra de las empresas consultantes es relevante. En relación con el mercado de contratos, es esperable que las empresas con una mayor proporción de capacidad de generación térmica presenten un mayor porcentaje de su capacidad contratada, puesto que la generación de estas empresas no está sujeta a los riesgos hidrológicos. En cambio, las empresas cuya generación está sujeta a variabilidad hidrológica tenderán a evitar comprometer en el mercado de contratos un alto porcentaje de energía con respecto a su capacidad instalada, para no quedar expuestas al riesgo de tener que comprar energía de alto costo, a otros generadores, en los años secos. (...)

El que Colbún presente una mayor proporción de su capacidad contratada es consistente con el hecho que una mayor proporción de su parque generador sea térmico. Las tendencias en el tiempo para ambas empresas, en términos de capacidad contratada en este mercado, también han sido opuestas, lo que es consistente con la evolución de sus respectivos parques generadores. Endesa -empresa eminentemente hidroeléctrica- ha disminuido su participación en el mercado de contratos mientras que Colbún -crecientemente térmica- la ha aumentado y, en los últimos años, ha sido compradora neta en el SIC.

De mantenerse las diferencias actuales en el nivel de contratación de Colbún y Endesa, se esperaría que a esta última le sea más rentable que a Colbún un aumento del precio *spot*. Lo anterior se confirma al observar las posiciones relativas de estas empresas en el mercado *spot*: como se constata en el siguiente Gráfico, Colbún ha sido un comprador neto en el CDEC casi todos los meses desde fines de 2003, mientras que Endesa ha sido un vendedor neto en dicho período. (...)

7.4. Proyección de la participación de las consultantes en el SIC

(...) En particular, para el período 2013 - 2017, la CNE recomienda un aumento de 2.265 MW en capacidad de generación. Si el proyecto Aysén se realiza dentro de los plazos propuestos en la presente consulta, este proyecto inyectaría un 64% del aumento en la generación necesaria para el período.

De acuerdo a estas proyecciones, e incluyendo el proyecto Aysén, las empresas consultantes podrían disminuir su participación en el SIC en los próximos 13 años (no obstante, la FNE ha señalado, a fojas 239, que la participación de Endesa y Colbún no variaría con este proyecto, debido a la evolución esperada del resto del parque generador). De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 272 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, el programa de obras de la CNE se confecciona sobre la base de información acompañada por las empresas a la

CNE. El que una central en particular forme parte del programa de obras de la CNE, sin embargo, no obliga a la empresa a construir dicha central en un plazo definido, por lo que el programa no es necesariamente un buen predictor de inversiones futuras.

3. ENTRADA A LA INDUSTRIA.

3.1. Condiciones de ingreso.

(...) Como se desprende de esta información, el mercado de generación eléctrica en el SIC está abierto a la entrada de empresas con diversas tecnologías de producción.

Desde el punto de vista de la demanda, por otra parte, resulta relevante señalar que el año 2005 se promulgó la Ley N° 20.018, que modificó la LGSE con el objeto de introducir competencia, aumentar el interés por la provisión de electricidad a este segmento de la demanda, e incentivar la entrada de nuevos operadores al mercado de generación eléctrica. (...)

El suministro puede ser licitado por un máximo de 15 años, y las bases de las licitaciones deben ser elaboradas por las empresas concesionarias y aprobadas por la CNE. (...)

En las licitaciones mencionadas, se asignó un total de 12.014 GWh/año, con un precio medio de 52,88 US\$/MWh. Del total de energía licitada, un 53% fue adjudicado a Endesa, el 18% a Colbún, y el 29% restante a AES Gener. El precio medio conseguido resultó ser menor al precio de la energía a la fecha (54 US\$/MWh), contrariamente a lo esperado originalmente por las autoridades, considerando la escasez de oferentes producida por los plazos de las licitaciones.

Por lo anterior, y a la luz de las ofertas económicas presentadas por las empresas participantes de las licitaciones, este Tribunal considera que se han desarrollado en un ambiente de competencia entre éstas, lo que podría verse incrementado en futuros procesos si se consideraran plazos suficientes para que nuevos competidores evalúen ingresar al mercado de generación.

8.2. Barreras a la entrada en la industria

De acuerdo con la información contenida en autos, se han mencionado como barreras a la entrada en el mercado relevante: (a) el acceso a fuentes de generación de base, específicamente derechos de aguas, (b) el tiempo de instalación de las centrales, que pueden tardar al menos 36 meses en su construcción, (c) inversiones hundidas y (d) costos de salida por contratos de suministro de largo plazo. Para el segmento de generación hidráulica, se mencionan como barreras a la entrada específicas el acceso a derechos de agua con potencial hidroeléctrico económicamente atractivo, y el acceso a transmisión (particularmente en el caso de la generación en la XIª Región).

Este Tribunal, dada la información aportada al proceso, estima que en el SIC no se presentan barreras de entrada relevantes en el segmento de generación considerado como un todo, pues existen diversas tecnologías de generación disponibles, distintas de la hidráulica, respecto de las cuales existiría libertad de acceso. (...)

El crecimiento esperado de la demanda por potencia y energía en el SIC, por sí solo, otorga incentivos a la entrada de nuevas centrales. La remuneración de la capacidad instalada - potencia firme- apunta en la misma dirección.

Por último, la entrada de nuevas centrales en el corto y mediano plazo, observada en el SIC y a la que ya se ha hecho referencia, constituye un indicio de la ausencia de barreras significativas a la entrada relevantes para la generación eléctrica.

Sin embargo, para el análisis de la operación consultada, es preciso señalar que, aún cuando no existan barreras de entrada relevantes para la generación eléctrica en general, sí existen limitaciones para que nuevos actores instalen centrales que operen en la base del sistema, las que se analizan a continuación. De lo anterior es posible concluir por parte de este Tribunal que existen oportunidades para que los actuales oferentes ejerzan poder de mercado por la vía de postergar inversiones en centrales de base, y así influir en los precios de la energía en el sistema.

8.2.1 Derechos de agua:

Por definición, las centrales que operan en la base corresponden a aquellas que cuentan con menores costos operacionales y con un alto factor de planta, como es el caso de las centrales hidroeléctricas en zonas con hidrología constante. (...)

Por consiguiente, al analizar los efectos de las barreras a la entrada en cada segmento de generación, es aconsejable distinguir sub-segmentos, incluso dentro del segmento de la generación hidroeléctrica. En efecto, dependiendo de la hidrología del lugar en que se encuentre la planta de generación, ésta tendrá abastecimiento de agua con mayor o menor seguridad. El costo marginal de generación de una central situada en un lugar sin riesgo de sequía es menor al de una planta hidroeléctrica situada en un lugar de hidrología menos confiable. Esto es así porque en el costo marginal se incluye el costo alternativo que se presenta ante la posibilidad de almacenar agua para tiempos más secos. Así, el efecto en reducción de precios en el SIC, de instalar una central con suministro estable de agua, será mayor que el de instalar una central de igual tamaño, pero sujeta a gran variabilidad hidrológica.

Por lo anterior, es relevante analizar la factibilidad de que terceros puedan entrar al mercado con proyectos de generación hidroeléctrica que operen en la base del sistema; lo que, a su vez, lleva a considerar el acceso a derechos de agua, en particular en la zona sur del país, en donde el riesgo hidrológico es menor. (...)

Los números del Cuadro anterior se pueden contrastar con el factor de planta proyectado para el proyecto Aysén, que alcanza el 85% (a fojas 462), el que es incluso superior al de las centrales de pasada con mayores factores de planta.

Como ya se indicó, el hecho de que no existan barreras a la entrada para la generación de electricidad en general no implica que la restringida disponibilidad de derechos de agua no pudiese constituir una barrera a la entrada al segmento de generación hidroeléctrica, con los consecuentes efectos en eficiencia y mayores precios al consumidor, por lo que se hace indispensable establecer la factibilidad de que terceros puedan competir ingresando con proyectos de generación hidroeléctrica en la zona austral y que operen en la base del sistema. (...)

En cuanto a los derechos de aguas otorgados en estas regiones, prácticamente se repite lo observado para el total del país. Endesa, por sí misma y en conjunto con Colbún a través de HidroAysén, concentra el 90% de los derechos de agua asignados, según la información allegada al expediente. De éstos, un 62% del total de derechos de agua asignados en la zona serán utilizados en el Proyecto HidroAysén, y los restantes son de propiedad de Endesa, pues Colbún no posee directamente derechos de agua en la zona.

Resulta relevante que otros posibles competidores, en este caso Energía Austral y AES Gener, cuenten con derechos concedidos o solicitados en la misma zona, situación que podría mitigar los riesgos y efectos de la concentración descrita de derechos de aprovechamiento de aguas.

Por otro lado, parecería existir una gran cantidad de derechos de aguas por asignar, aunque no es posible establecer exactamente cuántos serán finalmente concedidos. Sólo se conoce el total de derechos solicitados y, aparentemente, existen duplicaciones de importancia, pues un mismo caudal puede encontrarse solicitado por más de una persona. (...)

8.2.2. Línea de transmisión:

Respecto a la línea de transmisión que conectará al Proyecto HidroAysén con el SIC, las consultantes han señalado que, de acuerdo con la legislación eléctrica vigente, esta línea corresponde a una línea adicional. Dado que el trazado de la línea pasará por bienes nacionales de uso público y hará uso de servidumbres eléctricas en su favor, afirman asimismo que estará sujeta en todo caso al régimen de acceso abierto dispuesto en el artículo 77 inc. 2º de la LGSE, siempre que exista capacidad técnica de transmisión. (...)

En cualquier caso, este Tribunal estima que la construcción de la línea siempre será más eficiente, desde el punto de vista de la asignación de recursos, si en forma previa a definir su diseño y construcción se evalúa la capacidad socialmente óptima de la misma, permitiendo la posibilidad que la línea sea ampliada o diseñada en forma escalable, en función de quienes estén dispuestos a financiar estas opciones.

Este Tribunal, con el objeto de analizar la línea de transmisión como una posible barrera de entrada a nuevos proyectos de generación hidroeléctrica en la zona, considerará dos hechos relevantes. El primero es que, según la propia Endesa, existe en Aysén un potencial hidroeléctrico de 8040 MW (fuente, http://www.endesa.cl/endesa_chile/ayesen/ProyectoAysen.pdf y FNE, a fojas 202). Es posible estimar que, según se aprecia en la distribución por cuenca de este potencial, detallada en el Cuadro 11 precedente, en muchos casos podría no ser económicamente factible la explotación hidroeléctrica de la cuenca si para ello es necesario construir una línea de transmisión exclusiva, esto es, independiente a la del Proyecto HidroAysén. Así, en opinión de este Tribunal, si no se compartieran los activos de transmisión asociados al Proyecto HidroAysén, una proporción no despreciable del potencial hidroeléctrico de la zona podría quedar desaprovechado, en particular una multiplicidad de potenciales centrales pequeñas, probablemente de pasada. (...)

En este sentido, es relevante recordar que, incluso para líneas de esas características, la LGSE establece, en su artículo 77 inciso 2º, un régimen de acceso abierto en los casos que éstas usen bienes nacionales de uso público o que se utilicen servidumbres eléctricas en su beneficio. Este

régimen corresponde a una limitación legal al derecho de propiedad sobre las instalaciones, imponiendo una carga al titular de la línea en beneficio de la eficiencia asignativa en el uso de dichos bienes, respecto de los cuales debe asegurarse que el acceso a ellos no resulte discriminatorio.

De acuerdo a las normas citadas, al instalarse un segundo generador cerca de una instalación de transmisión adicional, éste comparará el costo de construir y operar su propia línea con el costo de contratar con el propietario de la línea existente, pagando una parte de la inversión o, de no contar con capacidad suficiente, financiando su ampliación, así como la proporción correspondiente de los costos de mantenimiento y operación. Para el propietario de la línea, de no mediar incentivos anticompetitivos, puede resultar económicamente beneficioso compartir los costos de una línea que dispone de capacidad no utilizada, así como también respecto de ampliaciones financiadas por terceros interesados.

Sin embargo, dadas las particulares características de la línea de transmisión proyectada para el proyecto Aysén, respecto a su capacidad, extensión, tecnología involucrada, y las características geográficas y naturales de su trazado, se presentan dificultades evidentes para la efectiva implementación *ex post* de este régimen de acceso abierto, bajo varias condicionantes.

En primer término, como se ha argumentado - por Energía Austral a fojas 106, FNE a fojas 202, y CNE a fojas 312- es posible estimar que los costos de construir una segunda línea de transmisión desde la zona de Aysén hasta el SIC sean sustancialmente más relevantes que en el caso de otras líneas adicionales, incrementados además por las dificultades de un trazado sub-óptimo (suponiendo que el mejor trazado será utilizado por la línea del proyecto Aysén) en una zona con geografía accidentada, de difícil acceso, y con un importante valor ecológico, al punto que estos mayores costos podrían ser determinantes para la viabilidad económica de otros proyectos de generación hidroeléctrica en dicha zona. Por lo anterior, el propietario de la línea de transmisión asociada al Proyecto HidroAysén se encontraría en una posición privilegiada para utilizar el acceso a la línea como una barrera anticompetitiva a la explotación del resto de los recursos hídricos de la región.

En segundo lugar, dadas las economías de escala e indivisibilidades asociadas a toda instalación de transmisión, el costo de ampliar la capacidad de cualquier línea sería sustancialmente mayor si tales ampliaciones no son planeadas y consideradas desde un principio en el diseño y construcción del proyecto. Ello, puesto que hay elementos que deben ser totalmente reemplazados al ampliar la capacidad, si tal aumento no fue planificado desde el diseño y, por tanto, éste no contempló el tamaño óptimo de largo plazo de tales elementos.

En el caso de autos, tal como lo reconocen tanto las consultantes como también quienes aportaron antecedentes a fojas 106, 127, 202, 312, 627, 706, 871, 897, 901, 971, 1139, 1429, 1574, el conjunto de restricciones técnicas y económicas que involucra un proyecto con una capacidad instalada y extensión geográfica mucho mayor a la usual, que además requiere de una tecnología nueva en el país e incluso experimental a nivel mundial, hace aún más difícil y oneroso que la línea de transmisión pueda ser fácilmente ampliada una vez construida, en particular si no se considera la posibilidad de ampliación desde su etapa de diseño.

Como tercera consideración, la operación en análisis considera que, tanto el dimensionamiento de la línea de transmisión como el cronograma de su construcción, serán definidos por la

generadora dueña de las instalaciones. Si bien esto no es diferente del caso de cualquier otra línea adicional, como ya se señaló, en el caso del Proyecto HidroAysén tal característica podría implicar incentivos para impedir o al menos retrasar el ingreso de otros generadores de energía de base.

Por ello, surge como un riesgo posible que la definición de las restricciones técnicas de capacidad –las que podrían eximirle de otorgar acceso abierto a terceros- sea utilizada estratégicamente para bloquear el ingreso de nuevos competidores. En efecto, un generador propietario de una línea adicional tendrá más incentivos a bloquear el acceso a su línea a otros generadores de base, dado que la entrada de éstos al mercado afecta el precio de la energía a la baja.

Este Tribunal, sin embargo, no considera procedente –ni es su función- pronunciarse respecto de las características técnicas que deba o no cumplir la línea de transmisión asociada al proyecto HidroAysén y que definirán en los hechos su capacidad real. Tal consideración se ve reforzada por el hecho de que aún falta definir, por parte de los organismos pertinentes, los requisitos que tendrá la línea de transmisión en cuanto a parámetros de seguridad y estabilidad del sistema eléctrico. Estos requisitos tendrán incidencia en la capacidad y características de la línea y, por tanto, en su capacidad de acoger la energía de otros generadores que no participan en el Proyecto HidroAysén.

Con los antecedentes disponibles, este Tribunal estima que, ante la construcción de una línea de transmisión de las características planteadas, se reducen de forma considerable las posibilidades de un tercero para construir una nueva línea de transmisión, independiente del Proyecto HidroAysén y destinada a inyectar al SIC la energía adicional generada en la zona de Palena y Aysén, y ello tanto por la escala necesaria para justificar una inversión de este tipo como por las restricciones geográficas y medioambientales a las que se enfrentaría la construcción de una eventual nueva línea, constituyendo así una barrera de entrada relevante para la instalación de otras centrales hidroeléctricas en la zona.

4. POTENCIALES EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA.

Se ha planteado por los distintos intervinientes en esta consulta que la operación sometida a la aprobación de este Tribunal conllevaría determinados riesgos para la competencia en el mercado relevante. Dichos riesgos se analizan a continuación, ponderando en cada caso los argumentos de las consultantes y los posibles remedios, salvaguardias o condiciones que serían necesarias para mitigar tales riesgos.

9.1. Riesgos de colusión o coordinación para la postergación de inversiones en generadoras de base.

Tal como se expuso en la Sección 6 de esta Resolución, la concentración en el mercado de generación puede llevar a postergar inversiones más allá del óptimo social, pues el inversionista no sólo tomará en cuenta la rentabilidad de la inversión por sí misma, sino también la manera en que la consecuente reducción en precios afectará a la rentabilidad de sus inversiones pasadas. La reducción en precios –en relación a un escenario en que no se realice dicha inversión- es inevitable si se está invirtiendo en tecnologías de menor costo variable. La postergación de inversiones más allá de lo óptimo será sustentable sólo en la medida que existan barreras a la entrada a la generación con tecnología de base.

El problema en el caso en análisis es que la inversión propuesta la harían en conjunto los dos principales oferentes del mercado, quienes poseen inversiones relevantes en el sector, y por lo tanto verían sus rentabilidades afectadas por la reducción en precios que podría generar el Proyecto HidroAysén.

El análisis sobre los riesgos competitivos en materia de los tiempos y plazos asociados a las inversiones que generaría la participación conjunta de Colbún y Endesa en el Proyecto HidroAysén, se debe realizar tanto respecto del proyecto consultado como de otros proyectos que tenga en carpeta cada una de estas empresas por separado. La primera interrogante que debe resolverse es si hay un mayor o menor riesgo de postergación estando juntas las dos principales empresas de generación, en relación con el escenario en que el proyecto sea realizado por una sola de estas empresas.

Como primera aproximación, es posible afirmar que, al estar ambos competidores en el mismo gran proyecto, tendrían mayores incentivos a postergarlo, puesto que así evitarían una reducción en la rentabilidad de sus inversiones pasadas sin correr el riesgo que su principal competidor haga un proyecto de esas dimensiones pues, al compartir la propiedad de un proyecto como el consultado, los intereses de las empresas tienden a alinearse. Aún más, la presión a la baja de precios que impone el proyecto en análisis tendría un efecto desincentivador en inversiones de terceras empresas. Así, no se puede descartar la posibilidad de que el solo anuncio de efectuar el proyecto en conjunto pudiera tener como objetivo retrasar la entrada de otros proyectos e, incluso, producir un aumento en el precio de la electricidad, y que no haya reales intenciones, por el momento, de materializar la inversión asociada al proyecto que aquí se analiza.

Es cierto, por otra parte, que en los incentivos a invertir no se debe considerar solamente la función de productor de un generador, sino también su función de comercializador. Así, a un comercializador que tiene contratos importantes de venta de energía que satisfacer le convendrá una reducción en el precio *spot* al que se transa la energía en el sistema. En ese sentido, a mayor nivel de contratación mayor preponderancia tendrán los incentivos de la función comercializadora, y se debilitará el incentivo a postergar inversiones. En la actualidad, Colbún tiene una mayor proporción de su capacidad de generación contratada, por lo que tiene menos incentivos a postergar inversiones que Endesa. Sin embargo, no hay en el expediente información sobre la relación futura entre contratos y capacidad de generación de las empresas consultantes. No obstante esto último, si se extrapola la información histórica disponible, el hecho de que Colbún participe en esta alianza hace que el riesgo de postergación de inversiones sea menor que si Endesa lo realizase sola (ver Cuadro 6, contratos como porcentaje de generación efectiva).

En todo caso, si subsistieran los incentivos a postergar el proyecto HidroAysén, no existen medidas que el Tribunal pudiese imponer para contrarrestarlos. En efecto, dado que un proyecto de estas características debe salvar muchas etapas y que, por tanto, su postergación se podría producir por muchas causas sin que sea posible distinguir *a priori* si ellas son de control de la empresa o no, este Tribunal estima que no resultaría efectivo establecer una condición fijando plazos determinados para la construcción del proyecto o alguna de sus etapas.

La única presión relevante que pueden enfrentar las consultantes, y que mitigaría los incentivos a retrasar el Proyecto HidroAysén, es la que les puedan imponer otros inversionistas dispuestos a entrar a competir al mercado en el segmento de generación de base. Ahora, en cuanto a la postergación de otros proyectos de las empresas involucradas en el Proyecto HidroAysén, se plantean varias posibles amenazas. Por un lado, al ser socios del mencionado proyecto se dan instancias no sólo para acordar explícitamente la postergación de otras inversiones, sino también para que se efectúen compensaciones a la parte que gane menos o que pierda con tal postergación. Se analizará en forma separada la posibilidad de que los precios de transferencia entre HidroAysén, por una parte, y Colbún y Endesa por el otro, puedan constituir un mecanismo para realizar estas compensaciones entre los socios.

A todo lo anterior, se suma el hecho que los incentivos de cada consultante cambian al hacer el proyecto en conjunto. Se alinean los incentivos de Colbún y Endesa al tener intereses en el mismo proyecto, el que tendrá una mayor recaudación en la medida que no entren nuevas generadoras de base o de bajo costo operacional. En cambio, si el proyecto sólo lo hiciera Endesa, Colbún tendría incentivos para seguir invirtiendo en generadoras de base, ya sea sola o con otro titular de derechos de agua.

9.2. Riesgo de disminución de la rivalidad competitiva entre Endesa y Colbún.

Con el objetivo de analizar los potenciales riesgos sobre la competencia en el mercado relevante, es necesario en primer lugar estudiar el grado de rivalidad histórica entre las consultantes, de forma de ponderar los potenciales riesgos que se generan al conformar estas empresas una plataforma común para el desarrollo del proyecto consultado, tanto por las consecuencias de un posible menor control mutuo, como respecto de la posible disminución de la intensidad de la competencia en las licitaciones de suministro a distribuidoras y a clientes libres.

9.2.1. Riesgo de disminución de la competencia entre las consultantes al conformarse una plataforma común en el CDEC.

Una característica particular de la industria eléctrica de nuestro país radica en que se ha entregado a organismos privados, los Centros de Despacho Económico de Carga (en adelante CDEC), entre otras tareas, la determinación de la operación eficiente y confiable de los sistemas interconectados, garantizar el acceso abierto a los sistemas de transmisión y determinar las transferencias económicas entre las empresas interconectadas, por lo que resulta especialmente relevante que, en su funcionamiento, éstos mantengan una estructura que posibilite la neutralidad de sus decisiones técnicas.(...)

En este contexto institucional, cada empresa miembro del Directorio actúa como contrapeso y vigila el comportamiento de las demás, así como las decisiones de las Direcciones, con un efecto disuasivo respecto de posibles decisiones que alteren las condiciones de eficiencia y seguridad del sistema;

En términos relevantes para esta consulta, la alianza de Endesa y Colbún presenta el riesgo de disminuir la intervigilancia que hasta ahora se ha producido en el Directorio del CDEC-SIC, considerando que, de las discrepancias que se generaron entre los años 1999 y 2006, en más de la mitad de éstas las empresas consultantes tomaron posiciones contrapuestas. Asimismo,

Endesa y Colbún han presentado posiciones opuestas de compra y venta en el mercado *spot* entre finales del año 2003 y diciembre de 2006, como se observa en el Gráfico 1.

Esto se vería además acrecentado por la disminución de la rivalidad entre las consultantes a raíz de la confluencia de intereses comunes, tanto por la relevancia del proyecto Aysén como por la mayor semejanza de las matrices de generación de cada una que éste conlleva.

En ese sentido, una menor rivalidad entre Endesa y Colbún podría afectar la neutralidad de la operación del sistema, a través de la modificación de los Manuales de Procedimiento del CDEC-SIC, o bien de la entrega de información que altere el mecanismo de despacho eficiente, lo que sería posible dada una disminución de la intensidad del monitoreo mutuo.

No obstante lo anterior, la actual conformación del Directorio del CDEC-SIC aún presenta características suficientes de rivalidad con otras empresas generadoras y de transmisión lo que, sumado a las potestades fiscalizadoras de la SEC, inclina a este Tribunal a estimar que, si bien el riesgo identificado es relevante, éste se encontraría suficientemente mitigado y, por tanto, no se establecerá ninguna condición o limitación a la operación consultada en esta materia. (...)

9.2.2. Riesgo de disminución de intensidad de la competencia en las licitaciones de suministro para clientes libres.

Respecto del riesgo de disminución de la intensidad de competencia en las licitaciones de suministro para clientes libres y empresas distribuidoras, la CNE señala, en su informe de fojas 312, que es posible que las consultantes utilicen el precio de transferencia entre HidroAysén y sus matrices para concordar o señalar las ofertas en las referidas licitaciones, aún cuando mantengan políticas de comercialización independientes. (...)

Por consiguiente, la operación consultada sólo incrementaría los riesgos de colusión o coordinación en las licitaciones si existe alguna vía para transferir compensaciones entre Endesa y Colbún, como puede ser el precio de transferencia entre HidroAysén y éstas -lo que será analizado a continuación-, y se mantengan las barreras a la entrada de nuevos generadores que puedan acceder a tecnologías con bajo costo.

9.3 Riesgo de utilizar el precio de transferencia entre HidroAysén y las consultantes como medio de compensación entre éstas.

Con respecto al precio de transferencia de energía y potencia producida por HidroAysén, es preciso señalar en primer lugar que las consultantes han manifestado su intención de que esta empresa sea sólo una unidad productiva. De hecho, en el "antecedente undécimo B" del pacto de accionistas (cuya versión pública se acompañó a fojas 483), las partes establecen que la producción de las centrales del proyecto Aysén se les entregará a un precio que *"será equivalente al costo marginal del sistema en las barras de inyección de las centrales de la Sociedad con una banda denominada en dólares de los Estados Unidos de América, u otro distinto que acuerden las Partes a fin de permitir solamente asegurar la estabilidad y viabilidad financiera de la Sociedad, atendiendo adecuada y oportunamente todas sus obligaciones fiscales y civiles con terceras personas y velando por el objetivo de mantener a la Sociedad como una unidad de producción de cada una de las Partes."*

Por otra parte, de acuerdo al borrador de contrato acompañado por Colbún a fojas 483, se propone que el precio de transferencia de la energía eléctrica será *“el promedio ponderado por la energía eléctrica inyectada, del costo marginal horario de la energía en la subestación de suministro, de acuerdo al cálculo realizado por el CDEC-SIC. (...) el precio promedio mensual ponderado no podrá superar los __ mills/KWh, ni podrá tampoco ser inferior a los __ mills/KWh; y en caso que cualquiera de estos eventos ocurriere, el precio promedio mensual de la energía suministrada en el respectivo mes se calculará en el límite superior o inferior más cercano, según corresponda”*.

A lo largo del proceso de consulta, la Comisión Nacional de Energía y la Fiscalía Nacional Económica han manifestado preocupación respecto de la forma en que se definirá el precio al cual HidroAysén transferirá su producción a las consultantes. Ambas entidades han señalado que la fijación de un precio distinto del costo efectivo de producción de la energía y potencia podría afectar el precio de equilibrio de largo plazo del sistema. Además, un precio alto podría servir como vehículo para la señalización de precios altos en la comercialización, aún sin que medie un acuerdo expreso para ello. (...)

Incluso, el informe económico acompañado por una de las consultantes, Colbún, a fojas 871, reconoce el potencial riesgo asociado al precio de transferencia de la energía, pues éste podría ser considerado como una señal para acordar precios en las licitaciones de suministro en que Endesa y Colbún participan.

Señala el mismo informe que, con el objeto de no incrementar el riesgo de colusión o señalización para las licitaciones de suministros, los precios de transferencia deben ser fijados de manera tal que no dependan de la política comercial ni de Colbún ni de Endesa, que no puedan manipulados por estas empresas en el tiempo, ya sea programando según su propia conveniencia el mantenimiento de las centrales, sean las de Hidro Aysén o las propias de Colbún y/o Endesa, o manipulando el despacho eficiente que realiza el CDEC; que no puedan manipular de forma negativa el plan de obras que cada seis meses determina la CNE; y que sea un precio conocido y definido sobre la base de un mecanismo transparente para el mercado, en cuanto a cómo se construye y obtiene su valor, y que refleje el costo de oportunidad.

En cualquier caso, la información acompañada por las consultantes en el expediente a este respecto es incompleta (...)

9.3. Riesgos por concentración en la titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas con aptitud hidroeléctrica.

Tal como ya ha sido declarado por la Comisión Preventiva Central, en su Dictamen N° 991, el año 1996, y por este Tribunal en su Resolución N° 18 (considerando 20°), el año 2006, *“corresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales garantice el acceso abierto a éstos en condiciones razonables y no discriminatorias, especialmente cuando constituyan insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible”*. (...)

Por consiguiente, aunque se asignen en el corto plazo los derechos solicitados por terceros en las cuencas señaladas, es probable que no puedan ser explotados sin algún grado de coordinación entre los titulares de derechos de cada cuenca, por lo que se presenta un riesgo relevante de que Endesa obstaculice, por esta vía, el desarrollo de otros proyectos hidroeléctricos en la zona que puedan competir con HidroAysén.

5. EFICIENCIAS DERIVADAS DE LA OPERACIÓN CONSULTADA.

El estándar en materia de operaciones como la consultada, que pueden afectar la intensidad de competencia en el mercado relevante, consiste en ponderar, como eficiencia producida por la operación, sólo aquellas reducciones en costo que no se pueden lograr de otra forma, por ejemplo, con otro socio. Si bien la operación consultada en autos no tiene por efecto reducir el número de competidores en el mercado, sí conlleva los riesgos a que se ha hecho referencia en la sección 9, precedente, por lo que resulta relevante analizar las eficiencias propias de la operación que podrían compensar tales riesgos.

Las eficiencias específicas originadas por la alianza o asociación entre Endesa y Colbún -y no por el Proyecto HidroAysén en sí mismo-, argumentadas por las consultantes, son, como se señaló, la antelación en el desarrollo del proyecto, la liberación de recursos para que ambas empresas emprendan inversiones en otros proyectos de generación, la desconcentración de derechos de agua, y el acceso de Colbún a generación de energía de base.

A juicio de este Tribunal, el argumento de que el proyecto se adelantaría a causa de la concreción de la alianza o asociación no es claro. Por un lado, como ya se expuso en la sección 6, al estar aliados los dos principales oferentes del mercado, y eliminándose así la presión competitiva para hacer el proyecto, existe la posibilidad de que éste se posponga. Si bien Colbún no tiene derechos de agua en Aysén, podría entrar al mercado comprando derechos o asociándose con otro titular. Por otra parte, el argumento de que, al aliarse Endesa con otro actor que enfrenta condiciones financieras más ventajosas, se reduce la tasa de costo de capital del proyecto, resulta igualmente válido para cualquier otro potencial socio que tenga buen acceso al crédito, sin que conlleve los mismos riesgos que en esta Resolución se describen. Es decir, la ventaja financiera que proporciona la participación de Colbún en el Proyecto HidroAysén podría ser equiparada o superada por otro socio.

Por otra parte, es difícil pensar que las consultantes, por su tamaño y prestigio, enfrenten problemas para financiar proyectos rentables en el área de la generación eléctrica. Así, el argumento de que al ir juntos liberarán recursos para implementar otros proyectos tampoco es específico a la alianza o asociación Endesa-Colbún.

Así, el argumento más atendible de sinergias en esta operación, específico a las consultantes, es la experiencia que ambas tienen en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos. Sin embargo, no puede olvidarse que esta característica también debe considerarse dentro de las amenazas competitivas de la operación consultada y que, además, no es posible cuantificar cuánto incidiría en los costos, ni menos si esta reducción se traspasaría a los precios finales de electricidad. No obstante, es atendible el hecho que esta asociación, por incluir a un socio local, como se argumenta a fojas 1179, puede encontrar menores obstáculos y riesgos en su desarrollo que otro tipo de alianzas.

En síntesis, las consultantes no han proporcionado datos relevantes para cuantificar y evaluar el impacto real de estas eficiencias, ni su efectivo traspaso a los consumidores, por lo que no es posible considerarlas cabalmente como mitigantes de los riesgos a la competencia identificados en esta Resolución.

6. CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA APROBACIÓN DE LA OPERACIÓN CONSULTADA.

Atendidas las amenazas a la libre competencia determinadas por este Tribunal en la sección 9, precedente, no cabría sino concluir que la operación entre Endesa y Colbún, de aprobarse lisa y llanamente en los términos solicitados, incrementaría dichos riesgos y, en especial, el de que tales empresas coordinen, tácita o explícitamente, sus futuras conductas e inversiones y, en consecuencia, posterguen estas últimas. En particular, si se postergan inversiones que constituyan tecnologías de base, como es el caso de las hidráulicas con alto factor de planta, se restringiría la oferta de energía de menor costo operacional y, con ello, se alteraría la determinación de precios a nivel de generación. Esto es especialmente relevante si se tiene presente las dificultades a la entrada de centrales de generación de energía de base establecidas en esta Resolución, y las particulares características hidrológicas de la zona de Palena y Aysén, a diferencia del potencial hidroeléctrico del resto del país.

En consecuencia, este Tribunal debe analizar si, a pesar de tales riesgos, es posible aprobar la operación consultada, pero sometida a condiciones que mitiguen los probables efectos anticompetitivos antes referidos.

6.1. En cuanto al riesgo por concentración en la titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas con aptitud hidroeléctrica.

Este Tribunal es de opinión que la mayor factibilidad de entrada en el segmento de generación con tecnologías de base produciría los incentivos adecuados para evitar -o al menos mitigar- los riesgos de coordinación y de retardo estratégico de inversiones, en los términos ya descritos, y que la desconcentración de los derechos de aguas en las zonas de Palena y Aysén constituye un mecanismo apropiado para facilitar la entrada de terceros al segmento de generación descrito, por lo que corresponde establecer condiciones a la operación consultada en este sentido.

Así, este Tribunal estima que la competencia en el segmento de generación podría aumentar si se liberasen derechos de agua no utilizados en posesión de Endesa, y que no se encuentran asociados a proyectos hidroeléctricos en ejecución, los que podrían ser explotados por terceros. Lo anterior, por cuanto es posible esperar una mayor entrada -o una entrada más cercana en el tiempo- de centrales hidroeléctricas de base si los derechos de agua necesarios se encuentran en manos de empresas que tienen menos participación en el segmento hidroeléctrico, como ya se planteó en la sección 6 de esta resolución. (...)

Si bien este Tribunal concuerda con que la operación consultada implica los riesgos ya señalados, generados por la concentración de derechos de aguas en la zona, estima que cualquier condición que sea considerada como necesaria para mitigar los riesgos de una operación sometida a su conocimiento, sólo debe extenderse en tanto sea esencial para lograr dicho objetivo, y no corresponde que sea establecida como una compensación o gravamen que no tenga por objeto, en este caso, reducir las barreras de entrada a un determinado segmento de generación hidroeléctrica. Por tal razón, dichos riesgos deben ser mitigados desconcentrando los derechos de aguas otorgados y solicitudes pendientes que posee Endesa en aquellas cuencas y subcuencas en las que puede efectivamente presentarse el riesgo señalado, en particular, en las cuencas de los ríos Palena (donde se ubica el río Figueroa) y Aysén, y la subcuenca del río Ibañez. (...)

6.2. En cuanto a los riesgos asociados al diseño exclusorio de la línea de transmisión por parte de las consultantes.

Para que efectivamente se incremente la disputabilidad del segmento de generación hidráulica de base, la desconcentración de derechos de aguas debe ir asociada a la posibilidad real de contar con acceso abierto a la infraestructura de transmisión, en cuanto ello fuere posible, en caso de ser requerida por un tercero para el desarrollo de proyectos hidroeléctricos en la zona.

Tal como se ha analizado, este Tribunal considera que existe un riesgo relevante de que las consultantes utilicen la línea de transmisión asociada al Proyecto como una barrera u obstáculo a la instalación de otras centrales hidroeléctricas de base en la zona, llevando a que, en los hechos, resulte inoperante el régimen de acceso abierto establecido para determinadas líneas de transmisión adicional.

Por lo anterior, y dados los riesgos a la libre competencia que generaría la realización conjunta del proyecto por Colbún y Endesa, para la aprobación de la operación consultada es necesario establecer determinadas condiciones mínimas relativas a la línea de transmisión, de forma tal que el régimen de acceso abierto al que estará sujeta ésta, según establece la LGSE, no se vea restringido por decisiones de las consultantes con respecto a su dimensionamiento y operación, siempre que exista la posibilidad técnica de hacerlo y un interés real por parte de terceros interesados a acceder a dicha infraestructura.

En ese sentido, las consultantes deberán proceder al diseño y construcción de la línea de transmisión que conectará las centrales con el SIC mediante un procedimiento que garantice, en la medida de lo posible, un efectivo acceso abierto a terceros, y no restrinja el acceso de éstos al mercado, debiendo definirse previamente su dimensionamiento óptimo, como se determinará en lo resolutivo.

6.3. En cuanto a los riesgos asociados a una disminución en la intensidad de la competencia en las licitaciones de suministro a las distribuidoras.

Respecto al riesgo de una disminución en la intensidad de la competencia en las licitaciones de suministro a las distribuidoras, se debe tener presente que, si bien la operación consultada crea instancias adicionales para reunirse, concertar precios y transferir beneficios entre ambas empresas, es posible mitigar tal riesgo incrementando la factibilidad de la entrada de nuevos agentes a la industria en estos procesos de licitación, lo que dificultaría en la práctica el éxito de esta estrategia colusiva, y establecer resguardos con el objeto que el precio de transferencia entre HidroAysén y las consultantes no pueda ser utilizado por éstas como un mecanismo de compensación ni como una señalización de precios al mercado con efectos contrarios a la libre competencia.

Para lograr lo anterior, además de posibilitar el acceso efectivo a derechos de aprovechamiento de aguas y a las instalaciones de transmisión que operen bajo el régimen de acceso abierto, es necesario velar por la transparencia y competitividad de las licitaciones de suministro a distribuidoras, estimando este Tribunal que es conveniente aumentar el plazo de antelación de la convocatoria a las licitaciones, considerando un término que permita efectuar los estudios de factibilidad, de impacto ambiental, y otros que sean requeridos, de modo que se incentive la entrada de nuevos generadores.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima que si bien existen condiciones para una posible colusión o coordinación entre las consultantes para alterar los resultados competitivos de dichas licitaciones, éste riesgo no es incrementado en forma relevante por su participación en un proyecto en conjunto, a menos que sean capaces de utilizar a la sociedad HidroAysén S.A. como una vía para transferir compensaciones entre una u otra empresa.

Lo anterior puede ser en alguna medida mitigado si se restringe la posibilidad de utilizar el precio de transferencia como mecanismo de pago de compensaciones, como se señala a continuación, e incrementando la disputabilidad en el mercado de la generación mediante la disminución de las barreras a la entrada al segmento de hidroelectricidad de base –según ya se expuso- y la ampliación de los plazos considerados para la licitación de suministro a las distribuidoras, de manera de posibilitar el ingreso de nuevos competidores.

6.4. En cuanto a los riesgos asociados al mecanismo de precios de transferencia de energía entre HidroAysén y las consultantes.

Respecto de los riesgos que presenta el mecanismo de precios de transferencia de energía entre HidroAysén y las consultantes, según lo analizado precedentemente, los términos en que se encuentra establecido en la cláusula undécima del pacto de accionistas suscrito entre éstas – que rola a fojas 1 del cuaderno de documentos confidenciales y cuya versión pública fue acompañada a fojas 483- presenta una indefinición significativa respecto de su contenido, y sujeta la determinación del precio a futuros acuerdos entre las consultantes, por lo que no es posible que este Tribunal se pronuncie respecto de si dicho mecanismo infringe o no las normas que resguardan la libre competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, los posibles riesgos que presenta el precio de transferencia, tal como se analizó, pueden ser mitigados si HidroAysén se mantiene efectivamente como un “centro de costos”, o el cálculo del precio se realiza en forma instantánea y según un procedimiento previamente determinado, transparente, y que mantenga en todo momento las participaciones establecidas en el Pacto de Accionistas suscrito por las consultantes.

En efecto, este Tribunal estima que es necesario que el precio de compraventa de la energía y potencia entre HidroAysén y las consultantes no dé espacio a transferencias compensatorias entre Colbún y Endesa, lo que podría ser utilizado para la mantención de eventuales acuerdos colusivos tanto en las licitaciones como en la coordinación de inversiones. Para lograr este objetivo, existen dos opciones posibles para la fijación de dicho precio.

La primera opción es que el precio de compraventa de la energía y potencia producida por HidroAysén sea tal que trate a las centrales del proyecto como un “centro de costos” y no como un “centro de utilidades”. Es decir, HidroAysén debería percibir solamente ingresos suficientes para cubrir los costos asociados a la generación de energía en las centrales del Proyecto.

A juicio de este Tribunal, el precio de transferencia de la energía y potencia más concordante con esta definición es el costo de operación y mantenimiento más una anualidad correspondiente al financiamiento de las inversiones involucradas. De esta forma, HidroAysén sería una unidad productiva que contaría con financiamiento garantizado de su operación y que no acumularía utilidades para posteriormente ser repartidas entre las consultantes.

La segunda opción es determinar un precio variable de la energía, que podría generar utilidades para HidroAysén. Si se elige un precio variable, éste deberá ser determinado de forma transparente, y cobrado a las consultantes en base a los porcentajes establecidos en el Pacto de Accionistas, y en función de la transmisión de energía en cada momento del tiempo. De esta forma, la fijación del precio no deberá dar espacio a transferencias compensatorias entre Colbún y Endesa.

Dado que las consultantes no han acordado aún la fórmula o definición de dichos precios de transferencia, se estima necesario que éstas presenten a la Fiscalía Nacional Económica los contratos definitivos de compraventa de energía y potencia que contengan la definición del precio de transferencia, de acuerdo a los criterios señalados en esta resolución.

6.5. En cuanto al riesgo de disminución de la competencia entre las consultantes al conformarse una plataforma común en el CDEC.

Tal como se indicó en la sección 6 de esta Resolución, la mayor semejanza en los portafolios de generación que conlleva la operación consultada podría atenuar la rivalidad que Endesa y Colbún han registrado en los últimos años. Esta menor rivalidad podría afectar la operación eficiente del sistema interconectado a través del eventual uso estratégico de los Manuales de Procedimiento, o bien de la entrega de información distorsionada, lo que sería posible ante una menor intensidad del monitoreo mutuo, tanto dentro del CDEC como en cuanto competidores en el segmento de generación de electricidad.

Al respecto, aún se encuentra en discusión el proyecto de reglamento relativo a la conformación y operación de los CDEC, en el que se determinará el modo de nombramiento de los miembros de sus Directorios y las facultades de los Directores de Operaciones y de Peajes, materias especialmente relevantes para mantener la intensidad del monitoreo mutuo entre empresas eléctricas.

Si bien no es posible proyectar la conformación del Directorio del CDEC-SIC a la fecha en que efectivamente sea promulgado el Reglamento, ni a la fecha en que HidroAysén ingresaría al mismo, este Tribunal estima necesario hacer presente y recomendar, de acuerdo con las facultades que le confiere el artículo 18 N° 4 del DL N° 211, la adopción de determinados resguardos normativos para evitar que se materialice el riesgo señalado en las consideraciones precedentes, por cuanto resulta imprescindible que Endesa y Colbún tengan contrapesos en el Directorio del CDEC.

Así, se recomendará establecer normas apropiadas para garantizar una adecuada conformación de éste, la efectiva autonomía de los Directores de Operaciones y de Peajes, y que se incluya en el mismo reglamento los requisitos y procedimiento para que los integrantes del CDEC sometan sus discrepancias al Panel de Expertos.

6.6. Conclusión.

En síntesis, si las consultantes desean llevar adelante la operación sometida al conocimiento de este Tribunal, deberán cumplir con las condiciones que se establecen en lo resolutivo, las que están relacionadas de modo tal que deben ser cumplidas copulativamente, en consideración al objetivo de incrementar la disputabilidad del segmento de generación de energía de base, como vía idónea para mitigar los riesgos que genera la operación consultada.

Todo lo anterior sólo comprende los actos y hechos objeto de esta consulta, en los términos planteados por Endesa a fojas 4 y por Colbún a fojas 31, y no se extiende a futuras modificaciones o expansiones del Proyecto que alteren las circunstancias o antecedentes tenidos en consideración en esta Resolución, así como tampoco se extiende a otros proyectos que ambas empresas decidan realizar en conjunto. (...)