

Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos*

Pablo Serra

Resumen

Este trabajo estudia la jurisprudencia de los organismos de competencia chilenos en el tratamiento de las facilidades esenciales. El estudio de las sentencias muestra que ha existido una especial preocupación por el riesgo de que un monopolio integrado verticalmente sabotee a sus competidores aguas abajo. Por esta razón, los organismos de competencia han requerido al gobierno la regulación tarifaria de aquellas facilidades esenciales que no lo estaban, condicionado la integración vertical a que el servicio no-regulado se preste a través de una filial con giro exclusivo e impuesto condiciones de transparencia en la información con el fin de reducir las ventajas estratégicas de los monopolios integrados.

Palabras claves: competencia, facilidad esencial, sabotaje, Chile

Clasificación JEL: K21, L42.

* Este trabajo fue preparado para la Conferencia “Competition Policy in Infrastructure Services”, organizada por la División de Infraestructura y Mercados Financieros del Banco Interamericano de Desarrollo (abril 2001). El autor agradece los comentarios de Paulina Beato.

Introducción

Este trabajo analiza las fortalezas y debilidades de la legislación de competencia chilena en cuanto a promover la competencia y evitar prácticas monopólicas en los servicios de infraestructura.¹ La ley chilena de competencia es vaga tanto respecto a las conductas que constituyen un atentado a la competencia, las situaciones que representan un riesgo para el desarrollo eficiente de los mercados, como acerca de las facultades e instrumentos de los organismos de competencia. En consecuencia, para conocer el impacto que ha tenido la legislación antimonopólicas en el desenvolvimiento de los servicios de infraestructura es necesario estudiar los principales fallos de los organismos de competencia y las consecuencias que de éstos se han derivado.

Una característica común a los sectores de infraestructura, pero no exclusiva de estos, es la coexistencia de segmentos donde la competencia es posible con otros que aún son monopolios naturales. Las firmas que participan en los segmentos competitivos normalmente requieren para llegar a sus clientes tener acceso a los segmentos monopólicos, los que se denominan facilidades esenciales o cuellos de botella.² Este trabajo se centra en el tratamiento que los organismos de competencia han dado a las facilidades esenciales. Ello se justifica no sólo porque es uno de los aspectos más relevantes en la regulación de los sectores de infraestructura, sino porque además los dictámenes más trascendentes de los organismos de competencia corresponden a facilidades esenciales.

La regulación habitualmente establece el libre acceso a la facilidad esencial y fija su tarifa. Sin embargo, si el monopolio está verticalmente integrado a los segmentos no regulados, puede tener incentivos para dar mala calidad de servicio a sus competidores.³ Diversos autores han estudiado los posibles efectos anticompetitivos de la discriminación no tarifaria—también conocida como sabotaje en la literatura—por parte del monopolio integrado. Este tema es de especial importancia en Chile porque la política ha sido introducir competencia donde sea posible y regular los segmentos no competitivos.

En los últimos años ha surgido un debate sobre si existen incentivos para que el dueño de una facilidad esencial sabotee a sus rivales en el segmento competitivo. Mandy (2000) señala que estos son ambiguos porque el aumento de ganancias que pueda causar la discriminación aguas abajo puede ser inferior a la pérdida de utilidades aguas arriba. Su argumento es que el sabotaje sube los costos de los rivales, los que se ven obligados a aumentar los precios. A su vez, el alza de precios hace caer las ventas, y con ello la demanda por el insumo esencial. Sin embargo, si en un rango la firma integrada es tan eficiente como sus

¹ [Para una visión global de la política chilena de competencia véase Serra \(1995\).](#)

² Por ejemplo, para las empresas de comunicaciones la red local es una facilidad esencial, así como para las empresas de generación lo es el sistema de transmisión. Un ejemplo en un área distinta son las entidades de gestión colectiva de derechos de autor. Estas son monopolios naturales de ámbito nacional, debido a las fuertes economías de escala que existen en la fiscalización de los derechos de autor. ¿Cómo establecer si abusan de su poder monopólico? Tratándose de obras intelectuales únicas, ¿Cómo se determina su valor intrínseco? Una solución posible es crear un ente único encargado de medir el uso que hacen los distintos usuarios de la música, el que constituiría una facilidad esencial. Esto facilitaría la existencia de varias sociedades de autores que propondrían sus tarifas y cobrarán a los usuarios sobre la base de las mediciones efectivas. A su vez las sociedades de autores pagarían al ente encargado de las mediciones una tarifa regulada. En un contexto distinto, Economides (1998) estima que el sistema operativo de Microsoft, dado su dominio del mercado, es una facilidad esencial.

³ En particular, puede demorar la negociación con sus competidores para determinar las condiciones de uso de la facilidad esencial, especialmente si se requiere algún tipo de interconexión, mientras intenta arrebatarle los clientes.

rivales en la provisión del servicio no regulado y puede absorber la demanda adicional manteniendo sus costos marginales, entonces la discriminación no afecta a las ventas del insumo esencial. En definitiva, si existen o no incentivos para discriminar es una cuestión empírica.

Es necesario tener presente, sin embargo, que el sabotaje no es el único riesgo para la competencia cuando una facilidad esencial se integra verticalmente. En efecto, la competencia también es afectada por:

- *Información asimétrica.* El monopolio integrado conoce a los clientes y el nivel de actividad de sus competidores aguas abajo. Por ejemplo, la empresa de telefonía local conoce a los clientes de sus rivales en larga distancia.
- *Ventaja estratégica.* La empresa integrada se entera de los planes de sus rivales, pues estos demandan con anticipación el bien esencial. Por ejemplo, las empresas de generación negocian con antelación el transporte de energía con la empresa de transmisión.
- *Transferencias de costos.* El monopolio integrado puede intentar aumentar la tarifa regulada transfiriendo artificialmente costos los servicios no regulados al servicio regulado.
- *Tarifa del insumo esencial excede costo marginal.* Cuando ello ocurre, la empresa integrada tiene incentivos para cobrar por el servicio no regulado un precio inferior al que pediría si no estuviera integrada.

La razón es que el menor precio aumenta la demanda por el insumo esencial, y parte de la caída de ingresos debido al menor precio en el servicio no regulado es absorbida por los rivales. Incluso a la empresa integrada le puede ser conveniente cobrar de manera permanente un precio bajo su costo marginal por el servicio no regulado, situación en que los competidores tenderían a salir del mercado. Esta situación se acentúa cuando la tarifa de la facilidad esencial es excesiva.

La literatura muestra que los incentivos que tiene el monopolio integrado para sabotear son menores cuando los costos de hacerlo suben, la filial que provee el servicio no regulado es más autónoma y la competencia que enfrenta de proveedores de insumos sustitutos es mayor (véase Mandy, 2000). El costo de sabotear aumenta con la sanción y la intensificación de la fiscalización de modo que aumenta la probabilidad de que el sabotaje sea detectado. En ocasiones puede haber más de un oferente del insumo esencial o bien proveedores de sustitutos cercanos, en cuyo caso la autoridad podría promover su surgimiento. La autoridad también puede forzar una mayor autonomía de la filial, pues una filial independiente no tendrá incentivos para reducir el precio con el fin de que la matriz aumente las ventas del insumo esencial. Finalmente una mayor transparencia tiende a eliminar la ventaja informativa del monopolio y a reducir la posibilidad de transferir costos hacia el servicio regulado.

Una situación parecida a la de las facilidades esenciales se da en aquellos servicios caracterizados por exhibir externalidades de red,⁴ donde si las condiciones técnicas y el cargo de interconexión no están normados, la firma dominante puede eliminar a los competidores (Spiller y Cardilli, 1998). Un ejemplo es la telefonía local, donde un nuevo operador requiere interconectarse a la red existente para que los suscriptores de ambos operadores puedan comunicarse.⁵

⁴ Existe una externalidad de red cuando al conectarse un usuario adicional el servicio adquiere más valor para los otros clientes.

⁵ La forma apropiada de determinar el cargo de interconexión entre las redes de dos operadores que compiten por los mismos suscriptores ha sido estudiada, entre otros, por Laffont, Rey y Tirole (1997). Armstrong (1998) analiza el caso en que dos operadores con redes de igual tamaño negocian el cargo de intersección, y encuentra que, si existe suficiente diferenciación de servicios, la elección del cargo de interconexión puede ser usado por las empresas para

En Chile, a principios de la década de los 80, y previo a la privatización de las empresas, se modificaron los marcos reguladores para los sectores eléctrico y de telecomunicaciones. Estos separan los segmentos potencialmente competitivos de los monopólicos.⁶ Sin embargo, no cautelaron adecuadamente las condiciones para que los nuevos operadores entraran en igualdad de condiciones con las empresas establecidas en aquellos segmentos donde la competencia era posible. En primer lugar, el grado de concentración horizontal de las industrias al momento de su privatización era alto y carente de justificación económica en términos de economías de escala. Luego, la regulación permitía la integración vertical entre facilidades esenciales y segmentos competitivos. Finalmente, y quizá más grave, la regulación de las condiciones técnicas y económicas de acceso a facilidades esenciales o de interconexión en industrias con economías de red eran insuficientes. En efecto, si bien se especificaba el libre acceso tanto a la red de transmisión eléctrica como a la red de comunicaciones, en ambos casos las tarifas quedaron libradas a la negociación de las partes. Esta situación contrasta con el caso de los servicios monopólicos para usuarios finales (distribución eléctrica y telefonía fija), los que quedaron sometidos a un régimen de fijación tarifaria.⁷

Los problemas que surgieron como producto de la integración vertical y horizontal de las industrias privatizadas llevaron a los organismos de defensa de la competencia a estudiar dichos mercados, emitiendo varios fallos que propendieron a crear las condiciones para un funcionamiento más eficiente. También debieron resolver numerosos litigios entre particulares. La entrada de nuevos competidores, junto con la falta de regulación de algunos insumos esenciales, dio origen a múltiples conflictos entre privados, que oponían la mayoría de las veces al propietario de una facilidad esencial con sus competidores en otros segmentos de la industria. Las nuevas empresas reclamaron tanto por acciones predatorias (depredadoras) de las empresas establecidas como por discriminaciones en el acceso a las facilidades esenciales.

Los organismos de competencia jugaron un papel distinto en las privatizaciones realizadas en la década de los noventa. Los gobiernos de la época, producto de la insatisfacción con la regulación de las industrias privatizadas,⁸ fueron más cuidadosos en las cuestiones relativas a la competencia al traspasar empresas al sector privado. Es así como, informaron previamente las condiciones bajo las cuales se privatizarían los servicios públicos a los organismos antimonopolios, los que tuvieron oportunidad de analizarlas y emitir informes sobre los aspectos de su dominio.⁹ En años recientes los gobiernos han entregado en concesión

coludirse.

⁶ Aún están integrados los negocios de proveer los cables y comercializar la energía eléctrica.

⁷ Ello se explica, fundamentalmente, por el deseo de las autoridades de la época de minimizar el papel del estado y el exceso de confianza en el desarrollo de los mercados desregulados producto de la falta de experiencia en un país pionero en la desregulación de servicios públicos. Se estimaba que la negociación entre dos empresas, la facilidad esencial y el operador que requería de su servicio, se realizaría en igualdad de condiciones.

⁸ Las empresas de servicio público privatizadas aumentaron su eficiencia interna, pero sólo los precios de los servicios donde la oferta es competitiva reflejan dichas ganancias de eficiencia. Esta situación produjo un aumento significativo en la rentabilidad de las empresas de distribución eléctrica y de telefonía fija. La rentabilidad de la mayor empresa de distribución eléctrica [aumentó](#) del 10,4% en 1987 a 35% en 1997, y la del monopolio de telefonía fija creció de 14,5% a 19,1% en igual período. Pero, las firmas que proveen servicios no regulados en las mismas industrias tuvieron rentabilidades más bajas. En 1997 la rentabilidad de la principal empresa generadora era 9,9%, luego de alcanzar un máximo de 15,7% en 1994, y algo mayor que el 5,2% que tenía en 1987. Por su parte, la rentabilidad del monopolio de telefonía de larga distancia cayó dramáticamente luego de la apertura del sector en 1993.

⁹ Las bases para licitar la propiedad de la empresa eléctrica que el estado poseía en el norte (SING) fueron consultadas a las comisiones de competencia. Estas también se pronunciaron sobre la reforma a la ley que regula al sector sanitario, que se promulgó antes de proceder a su privatización.

carreteras, aeropuertos y puertos. Las concesiones fueron licitadas generando competencia ex-ante donde no podía existir competencia en la cancha y, cuando la infraestructura licitada constituía una facilidad esencial, las comisiones de competencia fueron llamadas a opinar sobre las bases de licitación, las que incluían restricciones a la integración vertical.

El estudio de los fallos de los organismos de competencia muestra que estos han tenido una especial preocupación por el riesgo de que un monopolio integrado verticalmente discrimine a sus competidores aguas abajo. En primer lugar, estos requirieron del gobierno la regulación tarifaria de aquellas facilidades esenciales que no lo estaban. Asimismo, aceptaron la integración vertical, siempre y cuando el monopolio integrado proveyese el servicio competitivo a través de una filial con giro exclusivo.¹⁰ De igual forma, impusieron condiciones de transparencia en la información con el fin de reducir las ventajas estratégicas de los monopolios integrados. En los últimos años los organismos antimonopólicos han adoptado una posición más drástica respecto a la integración vertical recomendado su restricción (gasoductos en 1997 y servicios portuarios en 1998). Si bien permite al principal generador de la zona central mantener la propiedad de su filial de transmisión, una sentencia de la Comisión Resolutiva de 1997 lo obliga a transformarla en sociedad anónima y abrir su propiedad a la participación de otros accionistas, lo que implica un grado de desintegración vertical.

El resto del presente estudio está organizado de la siguiente forma. La segunda sección describe la legislación e instituciones de defensa de la competencia. Las dos secciones siguientes analizan casos de integración vertical: telecomunicaciones y sector eléctrico. Luego se analizan tres licitaciones de facilidades esenciales; gasoductos, puertos y vertederos de basura. La última sección presenta algunas conclusiones.

¹⁰ Por ejemplo aprobó que al privatizar la empresa eléctrica estatal del Norte esta mantuviese la propiedad del sistema de transmisión, pero como filial.

Legislación e instituciones de competencia

La legislación de defensa de la competencia data de 1959, pero sólo cobró relevancia en 1973 al iniciarse un rápido proceso de liberalización de la economía. En ese año se promulgó el Decreto Ley N° 211 que definió las principales normas de promoción y protección de la libre competencia.¹¹ Sus dos primeros artículos definen las conductas contrarias a la libre competencia. El artículo 1° establece que el que realice cualquier acto que tienda a impedir la libre competencia será penado hasta con presidio. Entre dichos actos el artículo 2° menciona, sólo a modo de ilustración, el reparto de cuotas de producción, la asignación de zonas y los acuerdos para fijar precios. Como se puede observar, la ley es bastante general y para conocer la doctrina en materia de competencia es necesario estudiar la jurisprudencia.

ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Decreto Ley N° 211 también creó las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia. Estas son la Comisión Preventiva,¹² la Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica. A grandes rasgos, la Fiscalía tiene funciones de investigación y procesamiento, la Comisión Resolutiva jurisdiccionales, y la Preventiva es eminentemente un ente orientador. Las comisiones de competencia, conocidas como Comisiones Antimonopolios, están integradas por cinco personas, las que permanecen dos años en sus funciones y no son remuneradas. La Comisión Preventiva está integrada por un representante del Ministro de Economía, quien la preside; un representante del Ministro de Hacienda; dos profesores universitarios, un abogado y un ingeniero comercial, designados por el Consejo de Rectores de Universidades, y un representante de las Juntas de Vecinos.¹³ Por su parte, la Comisión Resolutiva está integrada por un Ministro de la Corte Suprema designado por dicho tribunal, quien la preside; dos Jefes de Servicios de la Administración Pública, uno designado por el Ministro de Economía y otro por el Ministro de Hacienda, y dos decanos de universidades con sede en Santiago elegidos por sorteo, uno de una facultad de Economía y otro de una facultad de Derecho.

La composición de las Comisiones busca equilibrar el enfoque jurídico con el económico, lo que es un aspecto positivo. Pero, los miembros de las comisiones rara vez son especialistas en temas de la competencia. El legislador incluyó a un representante de las juntas de vecinos en la Comisión Preventiva como forma de dar una voz a los consumidores, pero este rara vez tiene las calificaciones para participar en un ente técnico. Asimismo, el hecho de que los miembros de la Comisión Resolutiva sean personas que cumplen funciones específicas restringe el universo de donde deben ser escogidas, por lo que su entendimiento de los temas de competencia es, generalmente, limitada. Más aún, la elección de los dos decanos por sorteo, dada la profusión de universidades privadas en los últimos años, constituye un riesgo de que la Comisión esté integrada por personas no calificadas. Otra limitación para el funcionamiento de las comisiones es el tiempo que sus miembros dedican al estudio de los casos. Como estos no son remunerados y cumplen otras funciones, el tiempo que disponen es escaso, y para sus decisiones dependen de los informes preparados por la Fiscalía. Otra debilidad de los organismos antimonopólicos son sus vínculos con el gobierno, lo que reduce su autonomía.

¹¹ La ley sufrió modificaciones menores en 1979 (Decreto Ley N° 2.760), 1980 (Decreto Ley N° 511) y 1999 (Ley 19.610).

¹² En cada región existe una Comisión Preventiva Regional, pero su competencia está limitada a situaciones que tienen relevancia sólo para la propia región.

¹³ Elegido por los presidentes de las uniones comunales de juntas de vecinos de la Región Metropolitana.

El jefe superior de la Fiscalía—el Fiscal Nacional—es un abogado designado por el Presidente de la República, normalmente sin experiencia previa en el tema.¹⁴ La Fiscalía estaba sujeta a algunas de las restricciones del sector público. En particular, los bajos salarios constituían un impedimento para la contratación y retención de profesionales calificados. Esta situación se superó en parte en 1999 con la promulgación de la ley de fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica. Pero un problema que persiste es el desbalance en la planta de la Fiscalía: de un total de 45 profesionales y directivos sólo seis son ingenieros o economistas. Lo anterior se ve agravado porque en Chile los abogados no reciben formación económica, así como economistas e ingenieros no reciben instrucción legal. Por ello, los informes que prepara la Fiscalía, y que son la base para la toma de decisiones de las comisiones, se centran en los aspectos legales pero son escasos en antecedentes económicos. Además, la Fiscalía no tiene la capacidad para hacer un seguimiento de los mercados, incluso en casos donde ha existido una aparente concertación de las partes

FACULTADES DE LOS ORGANISMOS COMPETENCIA

El Fiscal Nacional representa el interés social en materias económicas ante la Comisión Resolutiva y los tribunales de justicia. Ante los tribunales de justicia puede defender o impugnar los fallos de la Comisión Resolutiva. Entre sus prerrogativas están las de requerir de las Comisiones Antimonopolios el ejercicio de sus atribuciones (en particular solicitar a la Resolutiva la aplicación de sanciones), velar por el cumplimiento de los fallos que dicte la Comisión Resolutiva o los tribunales de justicia en materias de competencia e instruir las investigaciones que estime procedentes. Para ello cuenta con diversos instrumentos como la posibilidad de solicitar a) a los tribunales de justicia, previa aprobación de la Comisión Resolutiva, el arresto hasta por 15 días para quienes entorpezcan las investigaciones, y b) a la Policía de Investigaciones, con conocimiento del Presidente de la Comisión Resolutiva, poner a su disposición personal de ese servicio. Finalmente el Fiscal debe emitir los informes que le soliciten las comisiones de competencia.

Las Comisión Preventiva es un organismo administrativo con funciones preventivas y consultivas. Ejerce sus funciones consultivas mediante el expediente de absolver las dudas que le planteen particulares o el estado acerca de la celebración de acuerdos o la ejecución de actos que pudieren alterar la libre competencia. Otra atribución de la Comisión es resolver, a petición del Fiscal las medidas preventivas de a) suspender hasta por 15 días actos o contratos contrarios a la libre competencia, o b) fijar precios máximos por un período de hasta 15 días, prorrogable por la propia Comisión en resolución fundada. La Comisión también está facultada para proponer los medios que tengan por objeto corregir situaciones que pudieran alterar la libre competencia y evitar abusos de posición dominante (inciso c, artículo 8 del Decreto Ley N° 211).¹⁵ Los dictámenes de la Comisión Preventiva sólo pueden ser reclamados ante la Comisión Resolutiva.

Por su parte, la Comisión Resolutiva tiene la calidad de un Tribunal Especial de Justicia, y el Decreto Ley

¹⁴ En 1992 una compañía farmacéutica acusó a otra de prácticas desleales por enviar a los médicos una carta sosteniendo que el producto de la denunciante era menos efectivo, lo que respaldaba con un estudio realizado por una universidad. El denunciante señalaba, basado en un informe de la misma universidad, que ello no era efectivo. La Comisión Preventiva solicitó al Fiscal que investigara los hechos. En una reunión posterior de la Comisión este anunció que el problema había sido resuelto: gracias a sus buenos oficios ambas empresas habían acordado comercializar el producto en forma conjunta.

¹⁵ La Comisión Preventiva no tiene facultades para imponer sanciones. Por ello, cuando estima que ha existido un atentado a la libre competencia, solicita al Fiscal que formule un requerimiento ante la Comisión Resolutiva, quien es libre de acoger la petición.

Nº 211 le concede le concede facultades exclusivas para resolver cuando un acto o conducta constituye un atentado a la libre competencia. Posee amplios poderes para conocer, investigar y sancionar conductas que pudieran atentar contra la libre competencia. Puede, entre otras atribuciones, modificar o poner término a contratos contrarios a la competencia, ordenar la modificación o disolución de personas jurídicas que hubiesen intervenido en actos contrarios a la libre competencia, aplicar multas por una suma de hasta diez mil UTM (una UTM equivale aproximadamente a 50 dólares), y ordenar al Fiscal Nacional el ejercicio de la acción penal respecto de conductas que tiendan a impedir la libre competencia.¹⁶ La Comisión también tiene atribuciones para "dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia (letra b del artículo 17 del Decreto Ley Nº 211)". Respecto de sus resoluciones sólo procede el recurso de reclamación ante la Corte Suprema cuando éstas dispongan la modificación o disolución de personas jurídicas y la aplicación de multas.¹⁷

Existe controversia respecto a las reales facultades de las comisiones antimonopólicas. Algunos juristas sostienen que estas no pueden regular mercados, y sólo tienen facultades para penalizar conductas que atenten contra la libre competencia. A su juicio, la regulación de mercados limitaría las garantías establecidas en el artículo 19 de la Constitución, lo que sólo puede efectuarse por medio de una ley.¹⁸ En particular, la regulación restringiría el derecho a ejercer una actividad económica lícita, la igualdad en el trato que debe dar el estado a todas las personas, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y el derecho de propiedad, todos derechos que gozan de amparo constitucional. En consecuencia, si las comisiones de competencia pretendieran a través de sus dictámenes o resoluciones regular mercados, infringirían los artículos 6 y 7 de la Constitución que establecen que los órganos del estado deben someter su acción a la Constitución, y que su actuación es válida sólo si se ejerce dentro de su competencia legal y en la forma prescrita por la ley.

Por el contrario, otros juristas sostienen que las Comisiones Antimonopolios tienen amplias atribuciones para regular mercados. Argumentan que, entre las disposiciones legales que cualquier actividad económica debe respetar, están precisamente las que emanan del Decreto Ley Nº 211. A su juicio, los artículos 8 inciso c y 17 inciso b otorgan a las comisiones de competencia facultades para regular la actividad económica. El razonamiento de quienes sustentan esta postura es que el Decreto Ley Nº 211 contempla disposiciones muy amplias para poder comprender todas las formas en que se puede llegar a impedir o entorpecer la libre competencia. Luego, las Comisiones Antimonopolios tienen atribuciones para prevenir cualquier acto o hecho que pueda entorpecer la libre competencia. En particular, podrían

¹⁶ El Fiscal debe solicitar a la Corte de Apelaciones la aplicación de la pena de presidio, que para estos efectos actúa como tribunal de primera instancia.

¹⁷ La mayoría de las resoluciones que dicta la Resolutiva no tienen esa naturaleza, por lo que los afectados por estas suelen deducir recursos de queja ante la Corte Suprema, que es el superior jerárquico de la Comisión, para que enmiende la "falta o abuso" cometida al dictar la resolución impugnada. De este modo, el recurso de queja se usa para intentar modificar el fondo de una resolución, aunque en principio ello no debiera ocurrir

¹⁸ El artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (Nº 21), la no-discriminación arbitraria por parte del estado y sus organismos en materia económica (Nº 22), la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así (Nº 23) y el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (Nº 24º). Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad, y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Además, el artículo 26 garantiza que los preceptos legales que por mandato constitucional limiten, regulen o complementen las garantías constitucionales, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, o requisitos, que impidan su libre ejercicio

prohibir la integración vertical o la fusión de empresas cuando como resultado de esta la concentración del mercado pueda llegar a constituirse una barrera a la entrada.¹⁹

En resumen, lo esencial del debate es si el Decreto Ley N° 211, especialmente el inciso b del artículo 17, otorga a las Comisión Resolutiva facultades para regular la actividad económica. Para algunos el Decreto Ley N° 211 contempla disposiciones muy amplias para comprender todas las situaciones que pueden darse. En consecuencia, las resoluciones que la Comisión Resolutiva emite en virtud de sus facultades constituirían parte del orden público económico que todos están obligados a acatar. Para otros, las resoluciones que emite Comisión Resolutiva no forman parte del orden público establecido y, por tanto, no pueden afectar derechos constitucionales.

JURISPRUDENCIA DE LAS COMISIONES

Los fallos de las Comisiones Antimonopólicas han ido estableciendo jurisprudencia no sólo respecto de normas que deben regir el funcionamiento de los mercados, sino también acerca de sus propias atribuciones. En efecto, en numerosos casos tramitados por las comisiones la controversia se ha centrado en las facultades de estas. La jurisprudencia es contundente en cuanto a que las empresas monopólicas que están verticalmente integradas deben cumplir condiciones de transparencia, pero no es definitiva respecto a si las comisiones tienen o no atribuciones para regular estructuras de mercados, y si hacerlo es conveniente o no.

En algunos fallos las comisiones sostienen no tener facultades para regular estructuras de mercados. La Resolución N° 349, del 20 de Noviembre de 1990, referida a los descuentos que realizan los laboratorios farmacéuticos, establece que no corresponde a los organismos encargados de velar por la libre competencia regular los mercados sino sólo para alcanzar la debida transparencia para que, en beneficio de los consumidores, prevalezcan los más eficientes. La misma Resolución advierte la inconveniencia de regular mercados. En efecto, señala que la libre competencia no se protege imponiendo condiciones arbitrarias a los agentes económicos ni transformando la libertad de precios en un cúmulo de obligaciones que importan desconocer esa libertad de precios con el pretexto de que el usuario final se verá beneficiado. A su vez, el Dictamen 744 del 21 de septiembre de 1990 respecto a un caso de fusión de empresas de bebidas sostiene que no es determinante para la libre competencia que la propiedad de las empresas esté en una o varias manos, si no que depende del comportamiento que ellas observen. En resumen, la regulación de mercados sería inconveniente, porque impondría trabas a la competencia, e innecesaria, pues sería suficiente disuasivo sancionar las conductas de abuso de posición dominante.

Una posición contraria está recogida en la Resolución N° 368 de abril de 1992.²⁰ En el sector de las telecomunicaciones el gobierno privatizó dos empresas monopólicas: una en telefonía local (CTC) y otra en larga distancia (Entel). En enero de 1990 Telefónica de España, que ya poseía el 20% de las acciones de Entel, adquirió el 49,2% de las acciones de CTC. En abril de ese año la Comisión Preventiva dictaminó que Telefónica debía optar por tener presencia en ENTEL o CTC. Este dictamen fue reclamado por Telefónica, argumentando que la Constitución no permite a las comisiones de competencia regular mercados. En abril de 1992 la Comisión Resolutiva ratificó lo obrado por la Comisión Preventiva. En su

¹⁹ Enrique Barros sostiene que si las libertades constitucionales no pudiesen ser objeto de ordenamiento alguno que limitase y previniese los abusos en su ejercicio, sería inviable un orden que posibilite la libertad de emprender de los demás, según establece el principio de orden público económico que subyace en la Constitución. En consecuencia de acuerdo a su argumento, el respeto a las normas de la libre competencia es la que en definitiva aseguraría la libertad de emprender a todos.

²⁰ En contra de esta Resolución se interpusieron recursos de queja y protección ante la Corte Suprema, todos rechazados por sentencias de abril de 1993.

fallo los miembros de la Resolutiva expresaron que la concentración económica *per se* puede afectar la eficiencia de un sector. La Resolución agrega que "para los efectos de la libre competencia no puede ser indiferente, en especial respecto de las posibles barreras a la entrada y a la subsistencia de competidores de estas empresas, la circunstancia de que ellas actúen con absoluta independencia una de otra o que lo hagan con algún grado de comunidad de acción, sea en su administración, fijación de políticas empresariales u otras".

Respecto a las atribuciones de la Comisión Resolutiva, el fallo señala que si bien la Constitución garantiza la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, ello debe hacerse respetando las normas legales que las regulen. Agrega que una de las normas de mayor importancia que regulan esta garantía constitucional y que forman parte del llamado Orden Público Económico es, precisamente, el Decreto Ley N° 211, ya que sus disposiciones tienen por objeto evitar la distorsión de la economía a que puede conducir la manipulación de la oferta y la demanda en el mercado. Y siendo múltiples las formas como se puede llegar a infringir y burlar esta finalidad, el legislador del Decreto Ley N° 211 debió contemplar disposiciones muy amplias para comprender todas las situaciones que pueden darse y conferir, a la vez, vastas atribuciones a los organismos antimonopolios destinadas a prevenir, corregir y sancionar los hechos o actos que tiendan a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

La tendencia que se advierte es a sostener que las comisiones antimonopolios tienen facultades para establecer regulaciones estructurales luego de un proceso legal en que haya pruebas de las situaciones de hecho y oportunidad de una defensa jurídica. La Resolución 445 de agosto de 1995, respecto a la solicitud presentada por las dos principales líneas aéreas nacionales para que se aprobase la asociación entre ellas, parte por señalar que el Decreto Ley N° 211 no sanciona ni prohíbe la existencia de empresas que ocupen una posición dominante, sino que las conductas que eventualmente ejecuten estas empresas que configuren un abuso de dicha posición dominante. Sin embargo, agrega que la legislación faculta a las Comisiones Antimonopolios para prevenir la ocurrencia de dichas conductas. De hecho, señala que pronunciará sobre si la asociación constituye un acto que impida o tienda a impedir o restringir la libre competencia y no respecto a la legalidad de determinada conducta²¹

Finalmente, las Comisiones Antimonopolios han sostenido la conveniencia y su facultad de disponer restricciones a la integración vertical cuando se licita a privados infraestructura pública que constituye una facilidad esencial. Un ejemplo de ello son los aeropuertos, los que constituyen una facilidad esencial para el transporte aéreo. En 1996 el gobierno decidió entregar en concesión los aeropuertos, y previamente consultó las bases de licitación a la Comisión Preventiva. En las bases se restringía a 15% la suma de las participaciones de empresas de transporte aéreo en el capital con derecho a voto de la sociedad concesionaria. La Comisión elevó a 20% dicho límite (Dictamen 1014 de abril de 1997).²²

²¹ Luego de su análisis, la Comisión Resolutiva estuvo por aprobar la asociación de ambas empresas pues estimó que (i) ésta originaría economías de escala, que a su vez provocarían rebajas de costos que eventualmente serían traspasadas a los clientes, (ii) no constituía en sí misma una limitación o restricción de la competencia en el mercado aéreo nacional, y (iii) en la eventualidad que la asociación tuviese impacto negativo sobre la competencia los organismos antimonopolios podrían aplicar las medidas de corrección necesarias. Cabe señalar que la Comisión no parecía muy convencida de sus propios argumentos pues en la misma resolución requirió al gobierno patrocinar una modificación legal que permitiese fijar tarifas a los servicios de transporte aéreo cuando las condiciones de mercado lo aconsejasen, según previa calificación de la Comisión Resolutiva, y ordenó a las empresas someter a la aprobación de la Comisión Preventiva, dentro del plazo de 90 días, un régimen de autorregulación tarifaria en sus vuelos internos. El argumento que presentaron las empresas aéreas y que influyó sobre los miembros de la Comisión, aunque por razones obvias no se incluyó en el fallo, es que las líneas aéreas nacionales requerían de un tamaño mínimo para poder competir en el concierto internacional.

²² La Comisión inicialmente prohibió la integración vertical porque a su juicio, ésta permitiría a las empresas aéreas incurrir en conductas discriminatorias respecto de aquellos competidores que no participaran en la

concesión. Luego ante una solicitud de aclaración por parte del gobierno, la Comisión flexibilizó su posición, arguyendo que cambios en las bases de licitación, incluyendo estándares mínimos de operación sujetos a la vigilancia y fiscalización del gobierno, daban mayores garantías de un acceso equitativo a los servicios del concesionario

Integración vertical en telecomunicaciones

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

La ambigüedad en la ley de telecomunicaciones creó un monopolio legal en telefonía de larga distancia y la mala regulación tarifaria permitió que este alcanzara rentabilidades anuales sobre patrimonio superiores al 40%. Esta situación generó un gran interés por proveer dicho servicio y varias empresas, incluyendo a CTC, solicitaron al ente regulador del sector, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), licencias para operar en larga distancia. Si bien existía consenso respecto a la necesidad de terminar con el monopolio en larga distancia, se generaron dudas acerca de la conveniencia de permitir a las compañías de telefonía local ingresar a este negocio. El temor era que mientras la empresa de telefonía local fuese un monopolio natural, esta tendría la posibilidad de favorecer su negocio en larga distancia, por ejemplo dando malas interconexiones a sus competidores. Se estimaba difícil tener una regulación que previniese totalmente la discriminación debido a: a) la dificultad de fiscalizar las normas técnicas, b) la carencia de un sistema de regulación sofisticado, y c) un sistema legal que no facilita la solución de conflictos.

Por otra parte, las autoridades estaban conscientes que la integración vertical también tiene ventajas. Primero, permite a las empresas de telecomunicaciones aprovechar las economías de ámbito existentes en la provisión de los servicios de telecomunicaciones. Luego para los usuarios el concepto de "one-stop shopping" es muy atractivo, pues permite contratar todos los servicios con una sola empresa. Por ello, la alternativa ideal habría sido que la competencia se diese entre empresas integradas que ofreciesen una diversidad de servicios. Sin embargo, la característica de monopolio natural de la telefonía básica, unido a la elevada concentración en este servicio (CTC tenía a cerca del 95% de los suscriptores del país), dificultaba esta opción.

REQUERIMIENTO ANTE LAS COMISIONES ANTIMONOPOLIOS

En junio de 1989, Subtel consultó a la Comisión Preventiva si la entrada de las compañías de telefonía local a la larga distancia afectaba negativamente a las normas del Decreto Ley N° 211, especialmente en el caso de CTC. En octubre de ese año la Comisión Preventiva (Dictamen 718) recomendó mantener la desintegración vertical del sector. Este dictamen fue reclamado por CTC y en noviembre la Comisión Resolutiva (Resolución 332) revirtió el dictamen de la Comisión Preventiva. La Resolutiva resolvió que, adoptando las medidas y precauciones indicadas en el fallo, las empresas de telefonía local podían prestar servicios de larga distancia. Entre estas medidas se estipulaba que las empresas de telefonía local sólo podían participar en larga distancia a través de un sistema multiportador discado que permitiera al usuario elegir en cada llamada al portador del servicio marcando el mismo número de dígitos.

La Resolutiva también indicó que las empresas de telefonía local debían dar igualdad de condiciones de interconexión a su red a todos los operadores de larga distancia y las tarifas de acceso a la red local debían contar con la aprobación de la autoridad del sector. Asimismo, las empresas que se integrasen verticalmente debían hacerlo por medio de filiales o coligadas constituidas como sociedades anónimas abiertas, de modo que fuese posible identificar las transferencias. La Resolución también obligaba a las empresas de telefonía local a entregar a los portadores toda la información sobre tráfico de larga distancia (número del abonado, tipo de tráfico cursado, monto de su facturación y portador utilizado) y a ofrecer a las empresas de larga distancia servicios de medición, tasación, facturación y cobranza, de acuerdo con tarifas no discriminatorias aprobadas por Subtel.

Entel presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema, la cual, en mayo de 1990, dejó sin efecto la

sentencia recurrida. Para fallar del modo que lo hizo, la Corte consideró que la Comisión Resolutiva omitió allegar a la causa toda la información técnica que se requería para establecer si con la tecnología disponible era posible asegurar el cumplimiento de las condiciones que resultaban indispensables para establecer un mercado competitivo de larga distancia. Asimismo, la Corte ordenó a la Comisión Resolutiva estudiar con detenimiento los requisitos técnicos que garantizarían condiciones de mercado equitativas, incluyendo la supervisión de la calidad de interconexión. Por ello, este aspecto fue el principal punto de prueba en el nuevo proceso tramitado por la Resolutiva.

POSICION DE LAS PARTES INVOLUCRADAS

CTC sostuvo que la Comisión Resolutiva no tenía atribuciones para prohibirle el acceso a un mercado sin que existiese un hecho ilícito que lo justificase, pues la función de las comisiones antimonopolios era sancionar ilícitos tipificados en los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N 211. Además, su juicio, el sistema multiportador discado garantizaba igualdad de condiciones a todos los participantes en larga distancia. Y operar el servicio de larga distancia a través de una filial sometida a la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros sería suficiente resguardo para evitar subsidios cruzados entre CTC y su filial de larga distancia. Por último, CTC ofreció reservar no menos de un 10% de su capital y el derecho a elegir por lo menos a un director en su filial de telefonía de larga distancia a otra empresa de telecomunicaciones independiente de CTC.

Por su parte, las otras empresas de telecomunicaciones sostuvieron que la integración de CTC a los servicios de larga distancia le permitiría extender el monopolio que detentaba en los servicios locales hacia los servicios de larga distancia, aún con sistema multiportador discado. A juicio de estas empresas, CTC podría otorgar calidad diferenciada en las interconexiones, afectando la calidad de servicio de sus eventuales competidores, pues no existían los medios técnicos, económicos y legales para efectuar todos los controles necesarios para garantizar la no-discriminación.²³ Además, CTC tendría incentivos para trasladar utilidades desde el mercado regulado al competitivo. Asimismo, la gestión comercial de CTC se vería facilitada por ser la única empresa con contacto directo con los usuarios. Finalmente, el conocimiento anticipado de la totalidad de la información de larga distancia, permitiría a CTC diseñar planes de oferta de servicios.

OPINION DE LA COMISION RESOLUTIVA

La Comisión Resolutiva emitió su nuevo fallo en abril de 1993 (Resolución 389).²⁴ Como cuestión previa, se refirió a sus facultades. Mantuvo que, contrariamente a lo sostenido por CTC, tenía atribuciones para pronunciarse sobre la materia sometida a su conocimiento por Subtel, aún cuando los hechos analizados no fuesen constitutivos de delito. De este modo, desechó las alegaciones sobre su carencia de atribuciones para establecer regulaciones. Luego, en los considerandos del fallo, la Comisión sostuvo que no era conveniente segmentar el mercado de las telecomunicaciones, entre otras razones porque los avances tecnológicos dificultaban hacer las distinciones entre los diferentes servicios. Sin embargo, advirtió que la integración vertical entrañaba riesgos para la competencia, por lo que era necesario establecer un marco regulatorio eficiente y estrictamente controlado, con drásticas sanciones para los infractores. En

²³ Las discriminaciones de calidad para ser efectivas no requieren que sean permanentes.

²⁴ Algunas empresas presentaron un recurso de queja contra la Resolutiva ante la Corte Suprema alegando que esta no tenía atribuciones para reglamentar situaciones propias de la ley. En su fallo de enero de 1994 la Corte no dio lugar al recurso declarando que la Comisión Resolutiva tiene facultades para dictar resoluciones de carácter general a las cuales deben ajustarse los particulares.

la parte resolutive reiteró las medidas que debían ser adoptadas antes de desregular el mercado de larga distancia, dando al gobierno un plazo de 18 meses para ponerlas en práctica.²⁵ Asimismo, ordenó a Subtel reglamentar la conexión directa de los usuarios a las empresas de larga distancia, es decir, sin transitar por la red de las compañías locales, lo que antes no estaba permitido.

CONSECUENCIAS DEL FALLO

La Ley 19.302 que permitió desregular el servicio de larga distancia fue aprobada en marzo de 1994. Esta agregó a las condiciones impuestas por la Resolutiva un techo a la participación de cada empresa en el mercado de larga distancia durante los primeros cinco años, el que era más exigente para los portadores afiliados a compañías de telefonía local. El sistema multiportador comenzó a operar en octubre de 1994. La desregulación del mercado de larga distancia tuvo los resultados esperados. Nueve firmas, incluyendo a la subsidiaria de CTC, ingresaron al mercado de larga distancia. La desconcentración del servicio fue rápida. Entel, empresa monopólica en 1994, tenía en 1995 menos del 41% de las llamadas internacionales y la concentración ha continuado disminuyendo en este sector.²⁶ En larga distancia nacional la concentración es mayor, situación que se explica porque sólo tres compañías (CTC Mundo, Entel y Telex Chile) tienen redes de fibra óptica que cubren el país, por lo que los demás portadores les deben arrendar servicios.

Las tarifas de larga distancia cayeron dramáticamente, lo que podemos ilustrar con el valor de un minuto de llamada a los Estados Unidos, ruta que representa el 42% del tráfico internacional. La tarifa regulada en horario normal era de 2,4 dólares por minuto, mientras que hoy el mismo servicio tiene un precio bajo los 18 centavos de dólar.²⁷ El tráfico total de entrada y salida de larga distancia nacional e internacional que usa la red local de CTC prácticamente se triplicó en cuatro años, aumentando de 159 millones de minutos en 1993 a 476 millones de minutos en 1997 (aproximadamente el 93% del tráfico usa la red de CTC).

La competencia se vio facilitada por el hecho que los suscriptores pueden en cada llamada elegir el portador marcando sólo dos dígitos. En aquellos países con sistema multiportador pero donde los usuarios deben llamar por la empresa con la cual tienen servicio contratado el grado de competencia es menor que en Chile. Esta situación explica la decisión de la Comisión Preventiva de prohibir el corte del servicio de multidiscado a los suscriptores con servicio contratado. En 1996 CTC-Mundo ofreció atractivos descuentos a aquellos usuarios que le solicitasen a su matriz CTC desconectar el multiportador discado y dejar sólo el servicio contratado con ellos. La Comisión Preventiva conminó a CTC-Mundo a discontinuar la oferta.²⁸

²⁵ Tal vez la única diferencia con la Resolución 332 es que se permite que el servicio contratado coexista con el servicio multidiscado.

²⁶ También fue relevante el Dictamen 826/887 de la Comisión Preventiva recomendando incorporar como signatarios de INTELSAT en representación de Chile a las nuevas empresas de larga distancia. Hasta ese momento, Entel era el único signatario del convenio, lo que le daba acceso privilegiado a los satélites de INTELSAT, principal vía de transmisión internacional.

²⁷ La caída en los precios también se debe al cambio tecnológico [y a la eliminación de los subsidios cruzados](#).

²⁸ Permitir a los usuarios eliminar el multidiscado genera el conocido dilema de los prisioneros. Si nadie acepta cortar el multidiscado todos [se benefician](#). Pero no aceptarlo es arriesgado porque no se recibe la ganancia inicial y luego se sufren los efectos de una menor competencia en la industria

Cuadro 1
Participación de mercado en larga distancia

Compañía	Tráfico llamadas nacionales		Tráfico internacional de salida	
	1997	1994	1998	1995
Entel	40,9%	37,4%	34,0%	40,5%
CTC-Mundo	34,4%	28,9%	19,6%	20,7%
ChilesatBellsouth	14,6%	21,9%	18,5%	19,4%
VTR	1,4%	1,6%	10,7%	7,0%
Transam	3,7%	7,9%	10,1%	10,2%
Manquehue	5%		3,1%	
Iusatel			1,6%	
CNT			1,6%	
			1,0%	

Fuente: Subtel

Ahora, los resultados de las empresas de larga distancia, salvo los de CTC Mundo, han sido magros. Iusatel, luego de perder dinero durante tres años cambió de dueños. VTR vendió en 1998 su filial de larga distancia a CTC, luego de sufrir pérdidas desde sus inicios en 1994.²⁹ Telex Chile pasó por serias dificultades financieras que han hecho caer el precio de sus ADRs de un máximo de 11.75 dólares en enero de 1995 a 2.9 dólares en marzo de 2001 lo que obligó a sus antiguos propietarios a traspasar el control de la empresa. Parte de los problemas experimentados por las empresas de larga distancia se explican por los elevados cargos de acceso a la red local que debieron pagar en el periodo 1994-1999. Si bien la introducción del sistema multiportador eliminó la necesidad de fijar las tarifas de larga distancia, la regulación del cargo por el acceso a la red local adquirió gran trascendencia. En el proceso de fijación tarifaria de 1994 se estableció que el cargo de acceso para llamadas de larga distancia nacional de salida y entrada e internacional de salida sería equivalente a 0.63 veces el cargo de una llamada local, lo que es superior al costo de dar el servicio. Pero el cargo que no tenía explicación alguna era el de acceso para las llamadas internacionales de entrada, el cual equivalía a 14 veces la tarifa local durante el horario normal y a 84 veces durante el horario económico.

En abril de 1998 la Comisión Resolutiva definió (Resolución 515), en el marco del proceso de fijación tarifaria que se realiza cada 5 años, el concepto de tramo local que deben pagar los suscriptores de telefonía fija en comunicaciones dirigidas a destinatarios localizados en las redes de otras compañías locales de la misma zona primaria, a una compañía de larga distancia, o de una compañía de telefonía móvil. Asimismo, sometió a regulación los servicios de conmutación o transmisión telefónica de larga distancia nacional suministrados por Entel, CTC Mundo y Telex Chile. También recomendó a las autoridades de gobierno la máxima desagregación técnicamente factible de los servicios sujetos a fijación tarifaria. En parte, como consecuencia de esta Resolución, en la fijación tarifaria de 1999 Subtel redujo los cargos de acceso a la red local en 62.7% para las llamadas nacionales e internacionales de salida. En el caso de las llamadas internacionales de entrada el cargo se redujo en 97,5% en horario normal y en 99,6% en horario económico.

También se produjeron conflictos derivados de la integración de la empresa dominante en telefonía fija con telefonía móvil. Los conflictos se vieron agravados por errores en la regulación del servicio, la que

²⁹ La Comisión Resolutiva aprobó la autorización solicitada por VTR para vender su subsidiaria de larga distancia a CTC (Resolución 525 de agosto de 1998).

disponía que el suscriptor de telefonía móvil pagaba el uso de la red móvil tanto en las llamadas de entrada como las de salida. Esta situación fue corregida en la modificación legal de 1998, que comenzó a regir en 1999, la cual estableció que el uso de la red móvil era pagado por quién iniciaba la llamada desde o hacia el teléfono móvil.

En octubre de 1995 CTC comenzó a ofrecer a sus usuarios que contrataran el servicio de telefonía celular con CTC celular, su filial de telefonía móvil, derivar al teléfono celular sin costo las llamadas realizadas al teléfono fijo cuando no hubiese respuesta en este último. A pesar que CTC no cobraba a sus clientes por la transferencia desde el teléfono fijo al móvil, sí le pagaba a su filial por dicho tráfico. Esta promoción fue denunciada ante la Comisión Resolutiva por otra empresa de telefonía móvil. La Comisión consideró que a) CTC había incurrido en discriminación al no extender el mismo trato a otras empresas de telefonía móvil que lo habían solicitado, y b) que la matriz había subsidiado a la filial,³⁰ por lo que la condenó a pagar una multa de 2.500 UTM (Resolución 483 de abril de 1997).

En la misma sentencia la Comisión requirió al gobierno patrocinar una modificación legal en la ley de telecomunicaciones para evitar situaciones como las denunciadas. El cambio solicitado era que quienes desearan operar en el mercado de telefonía móvil integrados a otros servicios, lo hicieran a través de empresas constituidas como sociedades anónimas, sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros. Este principio fue generalizado a todos los servicios de telecomunicaciones en la Resolución 515 de 1998.

En febrero de 1998 CTC celular comenzó a ofrecer planes mediante los cuales los suscriptores de telefonía móvil sólo pagaban por las llamadas de salida manteniendo la tarifa por las llamadas de entrada. En consecuencia, nadie cancelaba por el uso de la red móvil en las llamadas desde los teléfonos fijos a los teléfonos móviles. En agosto de 1999, acogiendo un requerimiento del Fiscal Nacional Económico, la Comisión Resolutiva declaró que este plan tendía a impedir la libre competencia en los servicios involucrados, por lo que condenó a CTC celular a pagar 10.000 UTM. La Comisión consideró que la oferta constituía una conducta predatoria, porque después de realizar una estimación de la disminución de ingresos que la empresa habría debido soportar, concluyó que las pérdidas la harían inviable en el largo plazo. La situación era más dramática para las otras empresas de telefonía móvil, porque en su caso las pérdidas en telefonía móvil no eran paliadas por las utilidades extranormales que el aumento del tráfico fijo-móvil generaba a la matriz de CTC Celular.

³⁰ CTC alegó que el cobro de dicho tráfico se había realizado por error, planteamiento que no fue acogido por la Comisión. La Comisión además determinó que todo el costo de introducción de la oferta, que había sido asumido por la matriz, también constituía un subsidio pues beneficiaba a la filial.

Concentración e integración vertical en el sector eléctrico

DESCRIPCION DE PROBLEMA

Chile tiene dos sistemas eléctricos, siendo el más importante el Sistema Interconectado Central (SIC), el cual en 1997 generó (y consumió) el 78% de la electricidad del país. Ese año el SIC estaba fuertemente concentrado e integrado verticalmente. En efecto, Endesa y sus afiliadas poseían un 54,8% de la potencia instalada de generación en el sistema, Gener y sus empresas relacionadas tenían un 28,1%, mientras que el tercer generador (Colbún) sólo el 10%. Además, Endesa era dueña de los derechos de agua para construir los proyectos hidroeléctricos más atractivos en un sistema donde la energía hidráulica es la fuente de generación eléctrica más barata.³¹ Asimismo, el sistema troncal de transmisión era propiedad de Endesa, empresa que lo administraba a través de su filial Transelec.³² Por su parte, Enersis, el holding eléctrico dueño de las distribuidoras Chilectra y Río Maipo, las que en conjunto abastecían en 1997 el 44,4% de los clientes en el SIC, controlaba a Endesa.³³

La legislación del sector eléctrico, que data de 1982, distingue entre clientes grandes y pequeños. Los primeros negocian libremente las condiciones de abastecimiento con las empresas de generación, mientras que los segundos adquieren electricidad de las empresas de distribución a un precio regulado. Este último tiene dos componentes: el precio de nudo al cual los distribuidores compran energía a los generadores, y el valor agregado de distribución que remunera los servicios de distribución.³⁴ El precio de nudo debe estar en una banda de 10% de ancho en torno al precio promedio de los contratos que los grandes consumidores negocian libremente con las empresas. Los generadores tienen libre acceso a las líneas de transmisión y distribución, pagando a sus propietarios un peaje por el uso de éstas. El peaje se negocia entre el propietario de las líneas y cada generador, y cuando no llegan a un acuerdo deben recurrir a una comisión arbitral.

La concentración en distribución y su integración vertical con generación ha sido causa de litigios entre empresas del sector. Históricamente, el precio de nudo al cual las distribuidoras compran energía para abastecer a sus clientes regulados estuvo en promedio por sobre el costo marginal.³⁵ Este diferencial es

³¹ La Comisión Nacional de Energía estima que el costo de generación hidroeléctrica es US\$1,87 por kWh, mientras que el costo en las centrales térmicas a carbón es de US\$ 3,60 por kWh. Endesa tiene el 60% de los derechos no consuntivos de agua ya asignados, de los cuales sólo ha desarrollado el 13%. En 1996 solicitó derechos adicionales que le habrían permitido poseer el 80% de los derechos no consuntivos de agua, lo que llevó a la Comisión Nacional de Energía a consultar a la Comisión Preventiva si la concesión de los derechos solicitados afectaba la libre competencia en el mercado eléctrico. En noviembre de ese año ésta recomendó al organismo correspondiente abstenerse de asignar nuevos derechos, salvo que se solicitasen para realizar proyectos específicos (Dictamen 992).

³² El 100% de las líneas de 500 KV era de su propiedad.

³³ Enersis comenzó a adquirir acciones de Endesa a fines de los 80. En abril de 1990 poseía el 12,3% de la propiedad, pero, dada la dispersión de los otros accionistas y el apoyo de los fondos de pensión, eligió a 4 de los 9 directores de dicha empresa. A partir de 1992 el gerente general de Enersis fue presidente del directorio de Endesa. En noviembre de 1995 Enersis compró un paquete accionario que le permitió alcanzar el 25,3 % del capital accionario de Endesa, transformándose, de acuerdo a la legislación, en un controlador de Endesa.

³⁴ Los distribuidores también compran potencia a los generadores a un precio regulado.

³⁵ Entre mayo de 1986 y septiembre de 1996, el precio de nudo fue en promedio un 11,5% mayor al costo marginal.

relevante porque los generadores que no tienen contratos deben vender su energía a los otros generadores a costo marginal. Además, el costo marginal, que corresponde al costo variable de la última unidad despachada, fluctúa significativamente a lo largo del día y de las estaciones. Por su parte, el precio de nudo, dada su forma de cálculo, está fijo por períodos de 6 meses y varía lentamente entre períodos.³⁶ Las distribuidoras compran energía por bloques, con el fin de adaptarse a las fluctuaciones horarias y estacionales en la demanda, por lo que una distribuidora puede discriminar a una generadora, comprándole energía sólo en aquellos bloques en que el costo marginal de generación es elevado. En marzo de 1992 Colbún denunció a Chilectra y Endesa ante la Comisión Resolutiva por abuso de posición monopólica y discriminación abusiva de Chilectra al negociar contratos de suministro con los generadores. Colbún se desistió de la acusación luego de ser compensada por Endesa.

La regulación insuficiente de la red de transmisión también entorpece la competencia en generación. El costo de desarrollo de las redes de transmisión presenta fuertes economías de escala, por lo que la actividad es un monopolio natural. Por ello, la tarifa de transmisión tiene dos componentes: el costo marginal y el peaje básico. El costo marginal de transmisión corresponde a la diferencia en los precios de energía y potencia en distintos nodos de la red. El dueño de la línea de transmisión recibe el costo marginal, pero este ingreso es absolutamente insuficiente para amortizar la red. Luego un cargo fijo (el peaje básico) se suma al costo marginal con el fin de financiar el sistema. La regulación provee ciertas pautas para la negociación del peaje básico. Sin embargo, Rudnick et al. (1998) han mostrado que las pautas son muy generales, admitiendo gran diversidad de criterios. En simulaciones realizadas para el SIC, la fracción del costo fijo del sistema de transmisión asignado a una planta específica fluctuó entre 0,7% y 13,0% del total, dependiendo de los criterios elegidos.

Más allá del problema tarifario, la integración vertical entre generación y transmisión ha producido problemas en el sector. Las negociaciones directas entre Transelec y los generadores distintos de Endesa nunca han sido exitosas, derivando en largos y costosos procesos de arbitraje. Paredes (1995) señala que, a cuatro años del cambio legal que especificó la forma de estimar los peajes de transmisión, había sólo contratos provisorios por el uso de líneas. Y agrega que el análisis de los contratos entre Colbún y Transelec mostraba que en todos los casos alcanzar un contrato provisorio tomó el máximo de tiempo permitido por la ley (280 días) y, en promedio, el costo final de transmisión había sido un 50% menor que el valor inicial solicitado por Endesa. Al análisis anterior se debe sumar el hecho que los resultados de los arbitrajes son impredecibles porque a) éstos no crean jurisprudencia y b) no existe teoría sólida para respaldarlos. Endesa no sufre los costos y la incertidumbre asociada al proceso de arbitraje, y por el contrario si un generador desea abastecer a un nuevo cliente, Transelec puede demorar el cálculo del peaje correspondiente, facilitando que Endesa negocie con el cliente. Colbún ha reclamado que en varias ocasiones, después de solicitar una cotización a Transelec, Endesa contactó al cliente para hacerle una oferta, arrebatándose en algunas ocasiones, y obligándolo a bajar el precio en otras.

Los dueños del sistema de transmisión no tienen obligación de expandirlo, por lo que el libre acceso a este está limitado por la capacidad existente. Si un generador desea capacidad adicional en una línea congestionada, debe solicitarla al dueño del sistema de transmisión, quién determina el costo de la inversión que debe pagar el generador. En este caso, no hay arbitraje para determinar el pago, por lo que el monopolio es capaz de ejercer libremente su poder de mercado. Tampoco la ley indica cómo los ingresos futuros originados por la nueva inversión deben ser prorrateados entre las partes. Al construir una nueva planta Colbún solicitó a Transelec la ampliación de la capacidad de transmisión existente. El peaje de transmisión exigido inicialmente por Transelec era tan elevado que, a pesar de las fuertes

³⁶ Luego una ventaja adicional de tener un contrato para vender a precio de nudo es reducir la incertidumbre en el precio.

economías de escala existentes en transmisión, Colbún decidió construir una línea que corre en gran parte paralela a la principal línea de transmisión. Ante esta determinación, Transelec redujo considerablemente el peaje que requería, pero Colbún mantuvo su resolución inicial.

El abastecimiento de los clientes libres localizados en el área de concesión de empresas distribuidoras también presenta dificultades.³⁷ El peaje por usar las líneas de distribución, al igual que con las líneas de transmisión, debe ser negociado entre las partes y, en caso de desacuerdo, se debe recurrir a un arbitraje. Es difícil para un generador participar en la licitación para abastecer a un eventual cliente libre desconociendo cual va a ser el precio que pagará por transportar la energía. Además, las distribuidoras son los principales clientes de los generadores, por lo que arrebatarle clientes puede tener costos. De hecho, una presentación de Colbún en contra de Chilectra realizada en septiembre de 1996 ante la Comisión Resolutiva, luego de que Colbún se adjudicó un contrato para suministrar electricidad al Metro de Santiago, el que anteriormente era abastecido por Chilectra, está centrada en este aspecto.

REQUERIMIENTO ANTE LAS COMISIONES ANTIMONOPOLIOS

Se puede discutir si las empresas integradas abusaron o no de la posición dominante, como las acusaron reiteradamente sus competidores. Sin embargo, la concentración e integración vertical, en el contexto de un marco regulador insuficiente, aumentaba considerablemente el riesgo para los potenciales entrantes.³⁸ En enero de 1994 esta situación llevó al Fiscal Nacional a presentar un requerimiento en contra de Transelec. Chilectra, Endesa y, posteriormente, Enersis para que la Comisión Resolutiva procediera a desconcentrar y desintegrar verticalmente las actividades de generación, transmisión y distribución en el SIC mediante la creación de empresas con patrimonios independientes y administración separada.^{39,40}

³⁷ La falta de competencia en el abastecimiento a los clientes libres también es relevante para los clientes regulados, dado que el precio de nudo debe ajustarse a una banda en torno al promedio de los precios libres. Aunque esta situación había ocurrido sólo en dos ocasiones hasta 1997. En 1991 se procedió a aumentar el precio regulado en 4,6% y en abril de 1993 a bajarlo en 2,1%.

³⁸ Autoridades de gobierno señalaron que empresas inicialmente interesadas en la privatización de Colbún realizada en 1994, se desistieron de participar en la licitación debido a la fuerte integración vertical en el SIC.

³⁹ Este es el segundo caso sobre integración vertical en el sector eléctrico analizado por la Comisión Resolutiva. Cuando en 1990 Enersis eligió a 4 de los 9 directores de Endesa, un particular presentó una denuncia por integración vertical ante la Fiscalía Nacional Económica. El Fiscal requirió en 1991 a la Comisión Resolutiva que prohibiese a Enersis aumentar su capital accionario en Endesa más allá del que poseía en abril de 1990, alegando que la integración vertical de las actividades de generación y distribución sería contraria a una debida transparencia del mercado eléctrico y la libre competencia en el sector. La Resolutiva no dio lugar al requerimiento del Fiscal (Resolución 372 de 1992), señalando que la legislación establecía resguardos suficientes para los usuarios y que no se había acreditado que las recurridas hubiesen incurrido en conductas que constituyesen abuso de posición dominante. El Fiscal presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema en contra de la Comisión Resolutiva. En septiembre de 1992, la Corte desechó el recurso alegando que la prueba allegada era insuficiente para acreditar que Enersis controlaba, por sí sola o por acuerdo con otras partes, a Endesa. Pero señaló que la circunstancia de que un personero de Endesa fuese presidente del Directorio de Endesa en 1992, unido al aumento de la presencia accionaria a que pudiera acceder Enersis, constituían antecedentes que pudieren impactar negativamente en la transparencia del mercado eléctrico, y dieron lugar a arbitrios tendientes a restringir o entorpecer la libre competencia en el sector, por lo que encomendó a los organismos de competencia vigilar el comportamiento de las empresas involucradas, y adoptar oportunamente las medidas que fuesen necesarias para asegurar y restablecer la transparencia en dicho mercado.

En su presentación el Fiscal sostuvo que en aquellas actividades donde existen imperfecciones de mercado debe evitarse la integración vertical, con el objeto de mantener las condiciones de competencia en los demás segmentos de mercado. En su opinión, cuando la distribución está concentrada, las empresas distribuidoras adquieren poder monopsónico, pudiendo discriminar a favor de empresas de generación relacionadas, razón por la que estimaba conveniente desintegrar las actividades de generación y distribución. El Fiscal también aseveró que la competencia en generación sólo sería imposible en la medida en que el monopolio natural de los sistemas de transmisión no crease barreras a la entrada o a la operación en la actividad de generación eléctrica. Para ello era necesario que las empresas de generación tuviesen acceso, en condiciones de equidad, a las redes de transmisión para transportar la energía hasta sus clientes, las que requerían de una empresa de transmisión independiente de las empresas generadoras y un cargo por el uso del sistema transparente, no discriminatorio y eficiente.

La presentación del Fiscal fue respaldada por un informe evacuado por los ministros de energía y economía en 1996. Estos sostuvieron que el marco regulador no contempla una metodología clara para determinar el peaje de transmisión, y que, en un eventual juicio arbitral, el generador no cuenta con la misma información que el transmisor para sustentar sus posturas. El dueño de las líneas de transmisión también puede demorar la negociación del peaje para permitir a la generadora relacionada realizar una oferta al cliente. El informe agrega que la falta de criterios objetivos para decidir si hay capacidad disponible para atender una solicitud de peaje permite al dueño favorecer a determinados generadores en perjuicio de los restantes. Asimismo, los ministros aseveraron que la concentración en distribución creaba problemas de competencia en el abastecimiento de los clientes libres situados al interior de la zona de concesión, pues Chilectra podía contratar preferentemente con generadoras que renunciaban a competir con ella por dichos clientes.

Por estas razones los ministros propusieron: a) establecer la obligatoriedad para las distribuidoras de contratar sus suministros en forma competitiva; b) reducir gradualmente el tamaño de los clientes que pueden negociar libremente su suministro eléctrico; c) establecer una metodología clara y precisa para calcular el pago de los peajes a los dueños de las líneas de transmisión y distribución; d) transformar a las empresas de transmisión en un plazo prudente en sociedades anónimas abiertas de giro exclusivo, dueñas de los activos de transmisión y abiertas a la participación accionaria de terceros; y e) restringir la integración vertical entre empresas generadoras y distribuidoras, limitando el porcentaje a derecho a voto que una persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, posea en una empresa generadora, cuando dicha persona o grupo de personas controle o tenga influencia decisiva en una empresa distribuidora del mismo sistema interconectado.

POSICION DE LAS EMPRESAS INVOLUCRADAS

⁴⁰ Cuando Enersis compró el paquete accionario que la transformó en controladora de Endesa, el Fiscal solicitó a la Resolutiva la suspensión de dicha operación mientras no se dictase sentencia respecto a su requerimiento de desintegración, petición que no fue acogida por la Comisión. Enersis justificó la compra señalando que en los [Estados Unidos](#) las empresas cuya principal fuente de ingreso son inversiones en empresas donde tienen menos de 25% de la propiedad reciben un tratamiento tributario más desfavorable, lo que encarece el costo del capital

Las empresas recurridas expresaron que se debía rechazar el requerimiento del Fiscal porque la Comisión carecía de las atribuciones para disponer la desconcentración y desintegración vertical forzada solicitada por el Fiscal. A su juicio, para aplicar una sanción es indispensable que se haya cometido una infracción y que la sanción esté expresamente prevista en la ley y entre las infracciones a la libre competencia establecidas en el Decreto Ley Nº 211 no se encontraba ni la integración vertical ni la concentración. En consecuencia, la desconcentración y desintegración forzada infringiría la garantía constitucional de libertad económica, por cuanto condicionaría el ejercicio de la actividad a una modificación en su estructura, vulnerando de este modo facultades esenciales del derecho de propiedad como son las de usar, gozar y disponer libremente de los bienes. Además, las empresas citaron jurisprudencia de la Comisión Resolutiva expresando que la legislación no sanciona la mera expectativa de monopolio, sino que los actos o conductas concretos atentatorios de la libre competencia.

Las empresas recurridas también esgrimieron diversas razones que harían innecesario e inconveniente la desintegración del sector. Primero, la mayor parte de las actividades y precios de la industria eléctrica están regulados, por lo que hay suficientes resguardos para evitar abusos de posición dominante, incluso en los segmentos monopólicos. Segundo, cualquier conducta contraria a la libre competencia podría ser investigada y sancionada por los organismos de competencia. Tercero, la llegada de gas natural desde Argentina en agosto de 1997 permitiría construir centrales cerca de los centros de consumo,⁴¹ lo que haría menos relevante el monopolio de transporte, además de facilitar la entrada de nuevos actores al negocio de generación.⁴² Cuarto, la desintegración por la vía de la creación de la correspondiente filial sería suficiente para cautelar la competencia en el sector, situación que se daba en el caso de Endesa y Transelec, como lo habían establecido las propias comisiones antimonopolios en fallos anteriores.⁴³ Finalmente, debido a la existencia de economías de ámbito, la desintegración vertical aumentaría los costos en alrededor de un 17%.⁴⁴

Chilectra sostuvo que no había discriminado entre empresas de generación y que tampoco tenía incentivos para hacerlo. Dado que las empresas de distribución tienen la obligación legal de dar suministro dentro de su área de concesión, no pueden arriesgarse a que el suministro venga de un solo proveedor, razón por la que mantiene contratos con todos los generadores. También se mostró contraria a establecer la obligatoriedad de licitar el abastecimiento eléctrico entre los

⁴¹ La entrada en funcionamiento en agosto de 1997 de una línea de transmisión propiedad de Colbún también disminuía el monopolio de transmisión.

⁴² La habilitación de un gasoducto para transportar gas natural desde Argentina redujo la ventaja de las centrales hidráulicas, pues el costo de generar en una turbina a gas de ciclo combinado es de US\$ 2,08 por kWh. Además, el riesgo hidrológico, unido a reglas ambientales más estrictas para la construcción de embalses, está llevando a un parque generador más balanceado.

⁴³ En septiembre de 1993, la Comisión Preventiva (Dictamen 874) estimó que la creación de una filial de transmisión por parte de la empresa de generación dueña de las líneas de transmisión aseguraba una real y efectiva separación de las actividades de generación y transmisión de la energía eléctrica en el Sistema Interconectado del Norte Grande.

⁴⁴ Las empresas entregaron los resultados de un estudio econométrico, pero no así los datos usados.

generadores porque, en su opinión, este mecanismo impediría diversificar riesgos en el abastecimiento. También aseveró que no creía que la licitación permitiría a las distribuidoras comprar a un precio menor y traspasar el beneficio a los consumidores, porque nunca una empresa generadora había ofrecido a Chilectra la venta de energía destinada a clientes regulados a un precio inferior al de nudo.⁴⁵

La distribuidora también se opuso a las medidas propuestas por los ministros para regular los peajes por usar las redes de distribución y bajar el umbral para ser cliente libre. Sostuvo que la existencia de servidumbre respecto de las líneas y de una instancia arbitral para fijar el peaje en caso que no existiese acuerdo entre las partes, garantizaba un acceso equitativo a la red de distribución. Aseveró que su elevada participación en el abastecimiento de los clientes libres localizados en su área de concesión se debía a prestaciones adicionales que le daban ventajas competitivas. Entre estas mencionó la disponibilidad de guardias para atender emergencias durante 24 horas al día y un centro de operaciones que le permite supervisar las condiciones de operación de la red y la correspondiente comunicación con el cliente. Asimismo, expresó que era innecesario disminuir el umbral para ser considerado cliente libre, porque el precio de nudo está relacionado con el promedio de los precios libres, por lo que los clientes regulados también se benefician de rebajas en los precios libres y, en todo caso, esta era una materia de iniciativa legal.

OPINION DE LA COMISION RESOLUTIVA

En julio de 1997 la Comisión Resolutiva emitió la Resolución N° 488, la cual expresó que el Fiscal no acreditó ninguna conducta de abuso de poder de mercado por parte de las empresas recurridas, siendo por ello los argumentos del Fiscal sólo hipótesis respecto a situaciones probables de riesgo de comportamiento anticompetitivo. No obstante lo anterior, en uso de sus atribuciones legales, decidió efectuar un análisis detallado de las opciones esgrimidas por las partes. Sostuvo que parte fundamental del rol que la ley asigna a los organismos antimonopolios es prevenir que las empresas realicen acciones estratégicas que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera cuando se las compara con estructuras de mercado eficientes.

Basada en su análisis, la Comisión Resolutiva no dio lugar al requerimiento del Fiscal porque, a su juicio, la desconcentración compulsiva del sector eléctrico no era la solución de los problemas que éste enfrentaba. Arguyó que, en el desarrollo del sector, la actual estructura de propiedad no era un factor relevante que por sí solo afectase la competencia, o que tendiese a ello. Aún así, y esgrimiendo las atribuciones que le confiere el artículo 17 inciso b del Decreto Ley N° 211, formuló los siguientes requerimientos. Primero, la autoridad debía a la brevedad promover las modificaciones legales que correspondan con el fin de resolver las ambigüedades existentes con el uso, tarifas y peajes de las redes de transmisión y distribución. Segundo, demandó que Transelec se transformase en un plazo prudente, en dueña de los activos de transmisión y en sociedad anónima abierta con giro exclusivo, y abierta a la participación accionaria de terceros.

⁴⁵ Empresas distribuidoras han obtenido descuentos de hasta 9% con respecto al precio de nudo en sus compras de energía, las que han disimulado a través de otros pagos.

Tercero, requirió que en lo sucesivo las empresas distribuidoras licitaran en forma pública los abastecimientos de energía eléctrica.

CONSECUENCIAS DEL FALLO

En diciembre de 1998 el gobierno promulgó un nuevo reglamento eléctrico que incorpora los requerimientos de la Comisión Resolutiva. Si bien se avanzó en reducir el espacio de negociación en el cálculo de los peajes de transmisión, ello se hizo mediante el expediente de entregar poderes discrecionales al regulador para decidir algunos aspectos que inciden fuertemente en dicho cálculo. Aún falta ver cual será el impacto del nuevo reglamento en la industria, pero hasta el momento el hecho más significativo ha sido la enajenación de Transelec por parte de Endesa, eliminando de este modo la integración vertical entre transmisión y generación. La Resolución no distinguió entre la comercialización de energía y el negocio de proveer las líneas para distribuir la energía a los clientes medios y pequeños, dejando sin tocar la integración vertical en el área donde existe el mayor problema regulatorio, aunque cabe consignar que este aspecto tampoco fue tratado en el requerimiento del Fiscal.

Concesiones de Gasoductos

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

En diciembre de 1994 dos consorcios solicitaron a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles concesiones para construir gasoductos con el fin de transportar gas desde Argentina y distribuirlo en la zona central de Chile. En enero de 1995 el Superintendente pidió un pronunciamiento de la Comisión Preventiva acerca de las condiciones en que debieran ser otorgadas dichas concesiones. En su consulta hizo presente que en el corto plazo tendría cabida, por razones económicas, sólo uno de los dos proyectos. En consecuencia, el servicio de transporte de gas se transformaría en una facilidad esencial para todos los consumidores de gas natural.

Quizá la mayor preocupación de las autoridades de gobierno era el estrecho vínculo que existía entre el transporte de gas y el sector eléctrico, pues en cada consorcio tenía participación relevante uno de los dos principales generadores. La demanda de gas para generación eléctrica era la que justificaba la realización del gasoducto y, con la llegada de gas natural, la mayor parte de las nuevas plantas de generación usarían dicho combustible. En consecuencia, si el gasoducto quedaba controlado por un generador, la concentración en el sector eléctrico podría aumentar considerablemente. Por el contrario, si todos los eventuales usuarios tenían acceso en igualdad de condiciones al transporte de gas, la competencia en generación eléctrica podía aumentar al disminuir la importancia de la concentración en los derechos de agua.

DICTAMEN DE LA COMISION PREVENTIVA

En abril de 1995 la Comisión evacuó el informe solicitado por el Superintendente (Dictamen 933), enumerando las condiciones que las concesiones debían satisfacer para evitar abusos de posición dominante en el sector. Las principales recomendaciones de la Comisión fueron:

- Entregar concesiones no exclusivas y establecer la obligatoriedad de interconectar las redes cuando lo pidiese la autoridad.
- Otorgar concesiones de transporte y distribución separadas a empresas de giro exclusivo y que, además, estén sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores.
- Limitar la participación de los grandes compradores de gas, incluyendo los distribuidores de gas, a un 15% de capital de la empresa de transporte de gas. Igual límite debiera regir para la empresa de transporte respecto de las empresas de distribución de gas.
- Instaurar la modalidad de acceso abierto en el transporte de gas, es decir, establecer la obligación de dar servicio en condiciones no discriminatorias a todos los que lo solicitasen.

- Establecer para la empresa de transporte de gas la obligatoriedad de informar públicamente su estructura tarifaria y capacidad de transporte disponible.
- Otorgar concesiones de distribución por zona geográfica, limitando la participación de un distribuidor en la propiedad de otro distribuidor al 15%.

No se consideró necesario regular la tarifa de transporte de gas porque se estimó que la competencia ex-ante entre ambos consorcios para captar clientes aseguraría que el precio estaría determinado por las condiciones de mercado. El razonamiento era que, dadas las fuertes economías de escala en transporte, sólo se justificaba la construcción de un gasoducto. Considerando el elevado costo del proyecto, el sistema financiero exigiría a los consorcios tener contratos firmados con grandes consumidores antes de otorgar créditos. Como los usuarios contratarían el transporte con aquel proveedor que ofreciese las mejores condiciones, se construiría el gasoducto que ofreciese las tarifas más bajas. En el caso de la distribución la competencia provendría de los distribuidores de gas licuado. No obstante lo anterior, y dado que en el futuro de condiciones podían variar, la Comisión recomendó dar atribuciones a la autoridad para fijar tarifas, si así lo dispusiese la Comisión Resolutiva.

RECURSOS CONTRA EL DICTAMEN

Uno de los consorcios que habían solicitado concesión recurrió a la Comisión Resolutiva solicitando dejar sin efecto el Dictamen de la Comisión Preventiva. Arguyó que este contravenía los artículos 6, 7 y 19 de la Constitución y el 8 del Decreto Ley Nº 211 porque la Comisión Preventiva carecía de atribuciones para regular mercados y establecer exigencias para ejercer una actividad que no se opone a la moral, al orden público ni a la seguridad nacional, ya que ello sólo puede hacerlo el legislador. Por su parte, el Ministro de Energía envió un análisis técnico del Dictamen de la Comisión señalando que había elaborado un anteproyecto de ley que contenía la mayor parte de las condiciones del Dictamen, pero que consideraba inapropiadas las restricciones horizontales, porque, entre otras razones, obligaría a definir en forma arbitraria zonas geográficas.⁴⁶ Asimismo, señaló que el límite de 15% a la integración vertical entre los propietarios del gasoducto y los grandes consumidores le parecía muy restrictivo porque podía poner en riesgo el financiamiento de los proyectos.

La Comisión Resolutiva rechazó el recurso señalando que el propio Dictamen de la Comisión Preventiva reconoce expresamente que algunas de sus recomendaciones son materias del dominio de la ley, por lo que las condiciones enumeradas en el dictamen constituyen recomendaciones para los poderes colegisladores. En efecto, el Dictamen 933 de la Comisión Preventiva señala que las condiciones para cautelar la debida observancia de los principios de la libre competencia debe recogerse en un marco normativo dotado de la adecuada jerarquía e imperio en el ordenamiento jurídico nacional.

⁴⁶ Aún no existe un proyecto de Ley que haya sido presentado al Congreso.

CONSECUENCIAS DEL DICTAMEN

En el mes de julio, antes de que la Comisión Resolutiva emitiera su fallo, el gobierno dictó un reglamento sobre concesiones para transporte y distribución de gas en el cual estipuló que estas no eran exclusivas, el transporte de gas debía operar en la modalidad de acceso abierto, y la prestación de los servicios de transporte y distribución de gas debía realizarse en condiciones no discriminatorias.

En el interin los dos consorcios efectuaron sus ofertas públicas (*open season*). Estas consistieron básicamente en un precio tentativo inicial para que los eventuales consumidores indicaran sus requerimientos de transporte. Conociendo las demandas, los consorcios ofrecían un precio definitivo, y daban un breve plazo a los demandantes para aceptar las condiciones y establecer garantías reales. Ganó el proyecto de GasAndes, consorcio en el cual participaba Gener, que por ser más barato podía ofrecer tarifas más bajas. Fue fundamental para este resultado que Endesa, principal generador del SIC, participase en la oferta pública de GasAndes. En el consorcio que postulaba el otro gasoducto participaba Enersis, empresa controladora de Endesa. Los directores que representaban a los otros accionistas forzaron a los ejecutivos de Endesa a concurrir a la oferta pública de GasAndes. Dado el tamaño de la inversión, si Endesa no hubiese participado, la oferta pública de GasAndes hubiese fracasado.

Licitación de puertos⁴⁷

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

A mediados de la década de los 90 se hizo evidente que la rápida expansión del comercio exterior haría insuficiente a corto plazo la capacidad de transferencia de carga en los puertos estatales, especialmente en aquellos localizados en la zona central, donde por razones geográficas la posibilidad de desarrollar nuevos puertos está muy restringida. El número de bahías naturales abrigadas es escaso y la construcción de nuevos sitios de atraques en los puertos existentes tiene un costo muy elevado en razón del abrupto perfil de las costas. Al mismo tiempo, los espacios de acopio y almacenaje al interior de los puertos son reducidos, dado que el crecimiento y consolidación de las ciudades limitó severamente la capacidad de expansión de las áreas portuarias de servicio.

Luego los puertos, por razones geográficas, son una facilidad esencial en el transporte de carga marítima. Más aún, son una actividad esencial para la economía, dada la importancia que tiene el comercio exterior en el desarrollo del país y la preponderancia del transporte marítimo. Por esta razón, los servicios portuarios, pueden transformarse en un instrumento para obtener ventajas competitivas en otros negocios. Además, su poca importancia relativa en el costo total de la cadena del transporte hace más atractiva esta opción. En efecto, Mandy (2000) muestra que los incentivos para discriminar son mayores cuando los beneficios que se pueden obtener en el segmento competitivo son grandes respecto a las utilidades que se obtienen en la facilidad esencial. Durante 1997 en los tres principales puertos estatales (Valparaíso, San Antonio y San Vicente), el valor *fob* del comercio exterior fue de US\$14.329 millones, el costo de los fletes asociado a dicho comercio alcanzó a US\$1.324 millones, mientras que la facturación de los puertos fue de tan sólo US\$55 millones.

El gobierno estimó que era posible aumentar la capacidad de transferencia de los puertos estatales incrementando la participación privada en su administración y operación. Por ello envió al Congreso un proyecto de ley de modernización del sector portuario estatal, la cual, luego de su trámite legislativo, fue promulgada en diciembre de 1997. La ley creó 10 empresas portuarias, una por cada puerto estatal, las que tienen facultades para entregar en concesión a privados la administración y explotación de la infraestructura portuaria. Las empresas portuarias quedaron autorizadas para licitar una concesión integrada en que el concesionario, además de administrar la infraestructura portuaria, realiza las tareas de estiba y desestiba de naves y porteo de carga al interior del puerto, o bien entregar en concesión sólo la administración de la infraestructura, manteniendo el sistema vigente hasta ese momento de libre acceso en condiciones no discriminatorias al puerto para realizar las tareas de estiba.

La concesión de los puertos estatales planteaba algunos riesgos para la competencia en el sector. En la zona central (V Región), que es la que transfiere el mayor volumen de carga en el

⁴⁷ Parte del material expuesto en esta sección proviene de la “Presentación ante la Comisión Preventiva Central Antimonopolios,” preparada por las empresas portuarias con la colaboración del Comité de Coordinación de Licitaciones Portuarias y del estudio jurídico Barros, Court y Correa, 1998.

país, existen sólo tres puertos, dos estatales (Valparaíso y San Antonio) y uno privado (Ventanas). En conjunto, estos puertos tienen 7 frentes de atraque,⁴⁸ pero no todos con igual nave de diseño.⁴⁹ Además, es necesario considerar que algunos frentes están especializados en la transferencia de contenedores, graneles sólidos o carga fraccionada. En el Cuadro 2 se observan las cargas transferidas por los distintos frentes de atraque de la V Región en el año 1997. En otros países, los grandes usuarios de los puertos, principalmente empresas navieras, tienen terminales de carga propios, por las ventajas operativas que ello significa. Pero, en Chile la escasez de frentes de atraque permitía que sólo un número reducido de usuarios relevantes tuviese terminal propio, quedando los demás en condiciones de desventaja. Aunque la regulación obligue a tener precios públicos y no discriminatorios, existen formas sutiles de discriminar por parte de un concesionario, las que son difíciles de probar y sancionar. Entre estas se puede mencionar asignar espacios más funcionales en las áreas de acopio, usar información privilegiada y manipular la reserva de sitios.

Cuadro 2
Transferencia de carga en puertos de la V Región, 1997

Puerto	Frente	Número de sitios	Calado Nave diseño Metros	Tipo de carga (TM)			Carga total
				Contenedores	Graneles sólidos	Carga fraccionada	
Valparaíso	1	5		2.219		1.201	3.420
San Antonio	1	3	10,4	2.746	556	557	3.859
San Antonio	2	1	10,4		796	13	809
Subtotal				4.965	1.352	1.771	8.088
							0
Valparaíso	2 y 3	5		469		779	1.248
San Antonio	3	5		996	524	425	1.945
Ventanas	1				2.280	20	2.300
Total				6.430	4.156	2.995	13.581
% Licitado				77%	33%	59%	60%

Fuente: Emporchi.

La ley de modernización portuaria (Ley 19542), considerando los problemas anteriores, incluyó diversas cláusulas cuyo fin es resguardar la competencia en el sector. Primero, las concesiones deben realizarse mediante licitación pública y hasta por un máximo de 30 años. Segundo, los concesionarios deben constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo. Tercero, las tarifas que apliquen los concesionarios deben ser públicas y no discriminatorias. Cuarto, un reglamento interno de uso de frentes de atraque debe ser parte integrante de las bases de licitación. Este reglamento debe conformar con criterios técnicos objetivos y no discriminatorios, especialmente en lo que se refiere a la asignación y reserva de capacidad.

⁴⁸ Frente de atraque es una unidad operativa autónoma compuesta por sitios de atraque vecinos y sus correspondientes áreas de apoyo, y que por lo tanto puede ser licitado en forma independiente.

⁴⁹ Nave de diseño es la nave de mayor eslora total, calado máximo y desplazamiento a plena carga que puede operar en un frente de atraque.

Asimismo, la ley establece situaciones en que las empresas portuarias deberán contar con un informe previo de la Comisión Preventiva Central para poder entregar en concesión un frente de atraque. Dichas circunstancias son:

- No existe en la región otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño del frente objeto de la concesión.
- Concesionarios de frentes de atraque de un mismo puerto están relacionados entre sí.
- Se opta por el sistema de operación integrada en el frente de atraque objeto de la concesión y no existe otro frente de atraque en la región, operado bajo el sistema de libre acceso, capaz de atender la nave de diseño en el frente licitado.

REQUERIMIENTO ANTE LAS COMISIONES ANTIMONOPOLIOS

Las dos empresas portuarias de la V región decidieron licitar simultáneamente concesiones correspondientes a tres de los seis frentes de atraque que poseen entre ambas. Estos son el frente de atraque capaz de atender la nave de diseño en cada puerto y el terminal granelero de San Antonio. Asimismo, las empresas optaron por el esquema de operación integrada porque diversos estudios que encargaron les indicaron que era el sistema más eficiente al disminuir los problemas de coordinación en la faena portuaria y facilitar la inversión en equipos de transferencia de carga. Estas decisiones las obligaron a solicitar un informe a la Comisión Preventiva respecto a las condiciones generales de las bases de licitación.

POSICION DE LAS PARTES INVOLUCRADAS

Además de solicitar el informe, las empresas portuarias adjuntaron un estudio con las condiciones generales de la licitación que en su parecer eran necesarias para, en conformidad con lo dispuesto por la ley, evitar riesgos de abuso de posición dominante. Entre las condiciones se incluyeron techos a la **integración horizontal más bajos de los que están en la Ley**, restricciones a la integración vertical, normas adicionales de transparencia, la posibilidad de imponer precios máximos e, indirectamente, normas de calidad.

Las empresas portuarias estatales propusieron que las bases de licitación establecieran que los accionistas de la sociedad concesionaria que por sí o en conjunto con personas relacionadas participen directamente en más del 25% del capital o del capital con derecho a voto o de las utilidades de una sociedad concesionaria no puedan participar, directa o indirectamente, en más de un 16,7% del capital o del capital con derecho a voto o de las utilidades en otra sociedad concesionaria o en la sociedad propietaria u operadora de un puerto privado, de la misma región. Una limitación análoga se incluye para los accionistas de empresas propietarias u operadoras de puertos privados de la región.⁵⁰

Asimismo, plantearon que el conjunto de usuarios relevantes no debía poseer más de un 40% del capital, ni más de un 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% en las utilidades de la sociedad concesionaria de un frente de atraque. Por usuario relevante se entiende a empresas navieras, importadores, exportadores fletadores, etc., con más de un 15% del tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva, o más de 25% en el frente de atraque objeto de la licitación. Según las empresas portuarias, era necesario restringir la participación conjunta de los usuarios relevantes a un 40% porque existían precedentes de comportamiento colusivo entre las principales navieras que operan

⁵⁰ La prohibición de integración vertical y horizontal no es absoluta porque las empresas portuarias estimaron que era suficiente la existencia de intereses contrapuestos al interior de las sociedades concesionarias para propender al manejo de la concesión como un negocio independiente

en el país.

Las empresas portuarias también sugirieron que "los concesionarios debían otorgar a cualquier interesado el acceso libre y expedito a la información que figure en un formato que sería elaborado por la empresa portuaria licitante, por ejemplo respecto a las cargas contratadas, las prioridades de servicios, el tipo de carga y los consignatorios, de modo que todos los interesados tuviesen la misma información". Propusieron igualmente que los contratos de concesión las facultasen para (i) requerir al concesionario la información necesaria para efectos de fiscalizar el cumplimiento de la ley y (ii) imponer multas a los concesionarios si el frente de atraque superaba el umbral de ocupación definido en las bases. El objetivo de la norma es controlar la calidad de servicio, pues cuando los puertos están muy congestionados las naves deben esperar turno para ser atendidas. Por ello, a juicio de las empresas portuarias, sería óptimo desde el punto de vista del transporte en su conjunto, una cierta capacidad ociosa. También plantearon que debían tener atribuciones para fijar tarifas máximas en las licitaciones, con el fin de prever situaciones en que el número de licitantes fuese reducido.

La Comisión dio conocimiento de la presentación realizada por las empresas portuarias a los distintos agentes involucrados en el transporte marítimo. La Cámara Marítima y Portuaria de Chile, entidad que reúne a las empresas navieras nacionales, se opuso a las condiciones generales que las empresas portuarias propusieron para las bases de licitación.⁵¹ Sostuvo que estas son innecesarias porque no existía la posibilidad de que un concesionario de infraestructura portuaria discriminara entre usuarios. Asimismo, señaló que la proposición de las empresas portuarias contenía varias normas que constituyen una forma de regulación de mercado que no están contenidas ni en la Ley N° 19.542 ni en el Decreto Ley N° 211 y, por lo tanto, son ilegales e inconstitucionales pues sólo puede regularse por ley. En particular, ni la Comisión Preventiva ni las empresas portuarias tendrían facultades para limitar, restringir o regular la propiedad de los concesionarios, menos aún podrían hacerlo, respecto del propietario u operador de un puerto privado.⁵²

La Cámara argumentó que las restricciones verticales y horizontales vulneraban el derecho a ejercer una actividad económica lícita y el derecho de propiedad que la Constitución aseguraba a todas las personas. La libre disposición de los bienes, incluyendo el precio de los mismos y su forma de comercialización es un atributo esencial del dominio. Luego, la imposición de una tarifa máxima en las bases de licitación constituía una limitación del derecho de propiedad, lo que sólo se podía hacer por ley. Por último, la amplitud de la proposición que aseguraba el acceso a la información en formatos que serían elaborados por cada empresa portuaria afectaba la garantía de privacidad y reserva que la Constitución garantiza a todas las personas. A su juicio, las empresas portuarias no podían solicitar más información que aquella que estaba contenida en el sistema de información estadística establecida en la ley de modernización del sector.

En su respuesta a la presentación de la Cámara las empresas portuarias alegaron que, de tener el sustento constitucional lo alegado por la Cámara Marítima, llevaría al absurdo de considerar que toda la ley de defensa de la competencia (Decreto Ley N° 211) sería inconstitucional. Además, a su juicio, la

⁵¹ Por su parte la Asociación de Agentes de Naves, entidad que agrupa a las agencias medianas de estiba de naves, se opuso al esquema monooperador sobre la base que se estaría concesionando monopolios. Estos empresarios, que desarrollaban labores de estiba desde 1981 en el sistema multioperador no estaban en condiciones de postular a las concesiones por razones de tamaño y recursos. Las grandes agencias de estiba estaban vinculadas a empresas marítimas.

⁵² Para la Cámara el hecho que fuese una concesión era irrelevante, porque, según la doctrina administrativa moderna, el derecho del concesionario sobre su concesión es un derecho real de naturaleza administrativa.

pretensión de la Cámara que los detalles de las bases de licitación quedasen determinadas en la ley resultaba absurda. Sostuvieron que es contrario a la prudencia esperar que tales tareas podrían ser asumidas por el legislador. La Ley establece los criterios y otorga competencia a otros órganos para dictar normas generales complementarias. En particular, faculta a la Comisión Preventiva para establecer los términos en que habrán de ser ofrecidas las licitaciones. Y, sin perjuicio de las atribuciones públicas referidas, también resulta evidente que las empresas portuarias, en su calidad de propietarias de los puertos estatales, están habilitadas para definir en concreto las bases de las licitaciones que la ley les autoriza convocar, fijando ex ante las reglas del juego para los competidores en el proceso de licitación.

FALLOS DE LAS COMISIONES ANTIMONOPOLIOS

La Comisión Preventiva, desechando las alegaciones de ilegalidad e inconstitucionalidad, acogió con algunas modificaciones la propuesta de las empresas portuarias. En su dictamen señaló que la ley 19.542 le otorga un mandato amplio para determinar las condiciones de competencia que deben concurrir en las situaciones descritas por la ley, el que no está sujeto a restricciones. Además, a su juicio, el Decreto Ley N° 211 concede a la Comisión extensas atribuciones, de aplicación general, no sólo para cumplir con su cometido de prevenir los actos o conductas contrarios a la competencia, sino que también para pronunciarse sobre estructuras de mercado, única manera de dar cumplimiento a los objetivos de velar por una sana competencia, evitar la concentración del poder económico y las distorsiones en los mercados.

La Cámara Marítima reclamó de este dictamen ante la Comisión Resolutiva, alegando que la Comisión Preventiva carecía de atribuciones para regular mercados. La Resolución 529 de la Comisión Resolutiva declaró inadmisibles los recursos porque, a su juicio, el Dictamen 1045 de 1988 no fue evacuado por la Comisión Preventiva en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el N° 211, sino que en cumplimiento de un encargo privativo y específico del legislador establecido en la Ley 19542. La Cámara presentó un recurso de queja en contra de la Comisión Resolutiva ante la Corte Suprema por haber declarado inadmisibles los recursos de reclamación, en circunstancias que a su juicio era procedente y haber mantenido decisiones que serían inconstitucionales e ilegales. La Comisión Resolutiva en su informe a la Corte sostuvo que el recurso de queja era inadmisibles porque este sólo procede respecto a resoluciones jurisdiccionales, y la resolución 529 no tiene tal carácter pues no es una sentencia que haya fallado en un asunto controvertido entre partes mediante un procedimiento contencioso. La Corte Suprema rechazó el recurso de queja por estimar que las comisiones antimonopolios habían actuado dentro de sus facultades.

CONSECUENCIAS DEL FALLO⁵³

En el primer proceso de licitaciones portuarias se entregó en concesión a privados por períodos entre 15 y 30 años la operación de cuatro terminales portuarios que representan en conjunto el 50% del volumen de carga transferida por el sector portuario estatal. Las bases de licitación estipulaban que cada concesión se otorgaría al postulante que ofreciese el índice tarifario máximo más bajo, el que correspondía a un promedio ponderado de 4 tarifas.⁵⁴ Sin embargo, por razones de equidad con los puertos privados competidores, las bases de licitación de cada frente definieron un piso tarifario.⁵⁵ Luego, en caso de que

⁵³ Para mayores detalles véase Mardones (2000).

⁵⁴ Las 4 tarifas son: (1) muellaje a la nave y (2) muellaje a la carga (estas dos tarifas son pagos por uso de infraestructura, antes cobrados por la Empresa Portuaria), (3) transferencia de contenedores y (4) transferencia de carga fraccionada (estas dos tarifas antes cobradas por las agencias privadas de estiba). En el caso del terminal granelero de San Antonio, estas dos últimas tarifas se reemplazaron por la de transferencia de graneles.

⁵⁵ Engel, Galetovic y Fischer (2000) muestran que el uso de un piso tarifario reduce el incentivo para que el operador portuario se coluda con una empresa naviera para discriminar a las demás.

un proponente ofreciera el índice tarifario mínimo establecido en las bases, debía comprometer además un pago de desempate. Este pago era adicional al arriendo estipulado en las bases de licitación de la infraestructura portuaria, el cual guardaba relación con el valor económico del activo.

Las licitaciones lograron concitar un gran interés, que se manifestó en 21 ofertas por el terminal 1 de Valparaíso; 7 por el terminal 1 de San Antonio; 4 por el terminal granelero de San Antonio, y 4 por el puerto de San Vicente, por parte de consorcios integrados por importantes y destacadas compañías nacionales y extranjeras. Las concesiones se adjudicaron en julio de 1999, debiéndose recurrir al desempate en los cuatro frentes. Como resultado, en promedio se generó una rebaja tarifaria superior a un 10% en los servicios portuarios de los frentes concesionados y se recolectó 267 millones de dólares por pagos de desempate, cifra que triplicó las expectativas del gobierno. Además, en un plazo de 18 meses a partir del inicio de la concesión, los concesionarios deberán cumplir estándares de calidad de servicio superiores a los que existían.

Mardones (2000) estima que los resultados positivos señalados fueron el fruto de contratos de concesión que incentivan la inversión sin imponer requerimientos fijos, y que resguarda y promueve la competencia. Para obtener ofertas atractivas es necesario diseñar un negocio que atraiga suficientes interesados que compitan entre sí. Por ejemplo, los postulantes valoraran la flexibilidad que permite restringir costos en caso de disminución de la demanda, o expandir el negocio si la demanda aumenta. Las concesiones se diseñaron de manera de operar principalmente por la vía de los incentivos, otorgando la mayor flexibilidad posible al concesionario. En el primer año de operación los concesionarios tuvieron pérdida tanto debido a la desaceleración de la economía como de la fuerte competencia que se ha dado a través de los frentes de atraque administrados por las empresas portuarias estatales. Si bien éstas últimas han cumplido con el compromiso de no cobrar menos por el muellaje que los frentes concesionados, los agentes de naves independientes que usan los frentes administrados por las empresas portuarias han bajado sustancialmente sus tarifas para poder competir. Esta situación, sin embargo, se debiera revertir en los próximos años.

Integración vertical en la recolección, transferencia y disposición de la basura

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

En la cadena de la basura es posible distinguir tres eslabones. El primero es la recolección en domicilios y calles y su transporte hacia un centro de transferencia. El segundo es su compactación y traslado al vertedero y, finalmente, la tercera etapa es su disposición final en el vertedero. Por razones ambientales, son escasos los lugares para habilitar vertederos, lo que transforma a estos en facilidades esenciales. Aunque un vertedero se licite vía precio, cuando este está verticalmente integrado existe la posibilidad de que discrimine a sus rivales aguas abajo. Hay distintas formas de discriminar y una de ellas es dando preferencia en la descarga a los vehículos propios.

Desde los años 80 numerosas municipalidades de Santiago habían traspasado a privados las dos primeras etapas de la cadena, pero mantenían en sus manos la propiedad de los vertederos. A principios de los 90, la basura de las distintas comunas de la ciudad de Santiago se depositaba en tres vertederos. En lo Errazuriz, ubicado en la parte sur de la ciudad, depositaban basura 21 comunas. Este vertedero era administrado por Emeres, una empresa conformada por las municipalidades de dichas comunas. Por su parte, Cerros de Renca, propiedad de la municipalidad de Colina, recibía la basura de las 16 comunas de la zona norte y era administrado por privados. Finalmente el vertedero de Lepanto, propiedad de un particular, recibía la basura de dos comunas de la zona poniente.

El diagnóstico realizado por la autoridad regional a comienzos de la década de los 90 arrojó que los dos vertederos principales estaban colapsados y deberían cerrar en 1996, lo que obligó a ambas agrupaciones de municipalidades a buscar nuevos lugares para depositar sus desperdicios. El Consejo de alcaldes de Cerros de Renca adjudicó en 1995 a la empresa KDM, que presentó la mejor oferta económica,⁵⁶ la construcción y explotación de un vertedero. Ese mismo año KDM obtuvo la aprobación por parte de Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) del estudio de impacto ambiental (EIA) para la habilitación del vertedero Las Bateas. Por su parte, Emeres consideró varias alternativas, incluyendo un terreno ubicado frente al de KDM, pero sus respectivos EIA fueron rechazados por la COREMA.

Así, a fines de 1995 parecía que ante el eminente cierre de Lo Errazuriz y Lepanto, el vertedero Las Bateas iba a quedar como único lugar para depositar residuos. Si bien este no era necesariamente un problema pues las condiciones de precio se habían establecido en la licitación, preocupaba su efecto en los otros eslabones de la cadena de basura. KDM no sólo realiza el transporte sino que además recolecta, a través de empresas relacionadas (DeMarco y Starco), el 97% de la basura municipal que se deposita en Renca. Esta situación llevó a algunos particulares a solicitar una investigación a la Fiscalía Nacional Económica. Además, uno de

⁵⁶ Corresponde al menor costo por tonelada depositada.

ellos señaló que durante al proceso de licitación llamado por las municipalidades de la zona norte, KDM compró Starco, uno de sus principales rivales, reduciendo así la competencia.

DICTAMEN DE LA COMISION PREVENTIVA

La Fiscalía realizó un estudio que derivó en varias recomendaciones, las que fueron acogidas en el Dictamen 995 de la Comisión Preventiva. En lo sustancial el dictamen aborda cuatro aspectos. Primero, previene a las autoridades sobre un incremento de la concentración en el sector.⁵⁷ Segundo, indica a KDM que debe otorgar igualdad de condiciones a todo el que quiera ocupar el vertedero de Las Bateas. Tercero, recomienda a la autoridad ambiental considerar la habilitación de nuevos vertederos. Finalmente, advierte a las municipalidades que deberán consultar a la Comisión las bases de nuevas licitaciones.

RECURSOS CONTRA EL DICTAMEN

KDM recurrió del dictamen de la Comisión Preventiva ante la Comisión Resolutiva, señalando que la recurrida carecía de atribuciones legales para regular una actividad económica de modo permanente. Asimismo, sostuvo que las comisiones de defensa de la competencia tienen atribuciones para sancionar abusos de posición dominante, pero no la posición monopólica *per se*, que en su caso, este era resultado de su mayor eficiencia y que, por lo tanto, se estaría castigando su eficiencia. Finalmente sostuvo que la Comisión Preventiva estaba invadiendo atribuciones de la autoridad ambiental. La Comisión Resolutiva determinó que la Comisión Preventiva Central tiene suficientes atribuciones para pronunciarse sobre estructuras de mercado y eventuales riesgos de conductas contrarias a la competencia derivadas de una posición dominante, aunque en el hecho dichas conductas no se hayan producido en ejercicio de las facultades de orden preventivo.

KDM presentó un recurso de protección económica ante la Corte de Apelaciones, señalando que se veía afectado el derecho de igualdad ante la ley, al no poder participar en nuevos llamados a licitaciones. La Resolutiva en su informe a la corte sostuvo que las medidas propuestas por la Comisión Preventiva por su carácter preventivo no privan, perturban o amenazan el ejercicio de aquellos derechos y garantías, que sólo constituyen meras expectativas y no un derecho adquirido. La Corte declaró inadmisibile el recurso señalando que la Comisión Resolutiva es un tribunal jurisdiccional y no un organismo administrativo cuyas resoluciones puedan ser objeto de recursos de protección. KDM presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema, la que lo desestimó sin emitir pronunciamiento alguno.

⁵⁷ En 1998 el alcalde de Rancagua denunció que una persona que dijo ser representante de DeMarco le ofreció dinero a cambio de adjudicar la recolección de la basura en la comuna a esa empresa. DeMarco negó toda relación con dicha persona.

CONSECUENCIAS DEL FALLO

El resultado más importante es que Emeres consultó las bases de la licitación que estaba llevando a cabo. En particular, indagó si KDM podía participar en la licitación. Luego de varias consultas, finalmente Emeres llamó a una licitación. Esta fue adjudicada a otra empresa, pero la Comisión Regional de Medio Ambiente no aprobó el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa. En el interin, Lo Errazuriz fue cerrado y las municipalidades de la zona sur comenzaron a depositar en Lepanto, pero este vertedero está colapsado y debiera haber cerrado. A principios del 2001 aún no había sido posible construir un nuevo vertedero y en Las Bateas, contraviniendo el dictamen de la Comisión Preventiva, se cobra un precio significativamente mayor a los particulares que depositan basuras que lo que se cobra a las municipalidades.

Conclusiones

La facilidad esencial es una figura frecuente en los sectores de infraestructura, lo que plantea riesgos para la competencia en los servicios que requieren usarla. En este trabajo se analiza la doctrina de las comisiones antimonopolios sobre las facilidades esenciales a través del estudio de fallos concernientes a cinco casos. Los tres primeros, la red externa en telecomunicaciones, el sistema de transmisión eléctrico y los gasoductos, son monopolios naturales debido a las fuertes economías de escala que existen en su desarrollo. En los otros dos casos analizados la condición de facilidad esencial se debe a condiciones geográficas. En Chile los puertos marítimos están en esa situación debido a la escasez de bahías naturales, mientras que las restricciones de la autoridad ambiental, junto con la oposición de las comunidades aledañas, han impedido la construcción de nuevos vertederos, transformando los existentes en facilidades esenciales.

El estudio de las sentencias de las comisiones antimonopolio muestra que estas consideran que los monopolios integrados verticalmente representan un riesgo real para la competencia en los servicios donde ésta es posible. Por ello han requerido de las autoridades de gobierno regular las tarifas de las facilidades esenciales.⁵⁸ Las comisiones antimonopolios también han arbitrado distintas medidas para reducir la posibilidad de sabotaje por parte de los monopolios integrados. Así pues, han a) investigado y penalizado conductas contrarias a la competencia, b) promovido el ingreso de nuevos proveedores del insumo esencial, c) impuesto normas de transparencia a los monopolios integrados, d) exigido autonomía para la unidad de negocio que presta el servicio no regulado y e) restringido la integración vertical. Es interesante notar que se usaron todos los medios posibles para disminuir los incentivos para sabotear.

Los organismos antimonopolios investigaron, de oficio o a partir de denuncias, conductas contrarias a la competencia en los servicios de infraestructura. En muchos casos pudieron probar y sancionar actuaciones anticompetitivas. Sin embargo, la capacidad técnica para medir discriminaciones y la competencia legal para probarlas ha imitado la capacidad para penalizar dichas conductas.⁵⁹ Por ello, la Fiscalía promovió un proyecto de ley para su fortalecimiento que, esencialmente, aumenta el número de profesionales y sus remuneraciones y crea una planta de fiscalizadores. Una debilidad del proyecto, promulgado en diciembre de 1999, es que no aumenta los recursos de las comisiones antimonopolios, lo que probablemente acentuará la dependencia de éstas en los informes preparados por la Fiscalía.

El segundo mecanismo usado por las comisiones antimonopolios para vigilar la competencia es promover que exista más de un proveedor del insumo esencial, cuando ello sea posible. Por ejemplo, la Comisión Resolutiva requirió de los poderes legislativos modificar la ley de telecomunicaciones de modo de permitir que las empresas de larga distancia establecieran conexiones directas a los usuarios, es decir, sin transitar por la red de las compañías locales. En el caso de la licitación de concesiones portuarias, la Preventiva hizo más estrictas las restricciones a la integración horizontal propuestas por el gobierno. Esta política normalmente tiene costos, lo cual es necesario comparar con los beneficios que reporta la competencia. En el caso de los vertederos de basura, la Comisión Preventiva pidió a la autoridad ambiental considerar la habilitación de nuevos vertederos, aunque desde el punto de vista ambiental pueda ser más conveniente operar con uno.

⁵⁸ La transmisión eléctrica, el acceso a la red local de telecomunicaciones y el transporte de gas.

⁵⁹ Por ejemplo, las empresas de larga distancia se han quejado en el pasado de los servicios de interconexión de la empresa de telefonía local, pero los recursos de los reguladores son insuficientes para fiscalizar las condiciones técnicas de las interconexiones.

La mayor transparencia posible ha sido otro de los requisitos que las comisiones de la competencia han impuesto a los monopolios integrados verticalmente. Ejemplos de ello son las obligaciones que la Comisión Resolutiva impuso a las empresas de telefonía local que querían operar en larga distancia de entregar a los portadores toda la información sobre tráfico de larga distancia y a las empresas de distribución de licitar públicamente el abastecimiento de energía. De igual forma, la Comisión Preventiva respaldó la propuesta del gobierno que toda la información acerca del manejo de los puertos fuese pública. Las comisiones en estos casos estimaron que si todos los operadores tenían acceso a la información de mercado manejada por el monopolio, la ventaja estratégica de la integración vertical se moderaba y las posibilidades de una discriminación no tarifaria se reducían.

Las comisiones también han condicionado la prestación de servicios no regulados por parte del monopolio a que éste lo haga a través de filiales o coligadas con giro exclusivo, obligando a mantener contabilidad separada en los negocios no regulados.⁶⁰ También ha sido opinión de las comisiones que la filial debe ser sociedad anónima o al menos estar sometida a la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros. Esta distinción es importante porque la legislación sobre sociedades anónimas establece que las transacciones entre la matriz y sus filiales deben observar condiciones de mercado.

El cuarto método para reducir la discriminación no tarifaria es acentuar la autonomía de la unidad de negocios que presta el servicio no regulado. Mandy (2000) muestra que cuando la subsidiaria es manejada en forma independiente, el incentivo para discriminar es menor. Este objetivo se puede alcanzar por distintos caminos. El favorecido por la Comisión Resolutiva en el caso de la integración vertical del sector eléctrico fue forzar la incorporación de nuevos dueños en la propiedad de la filial. La idea es que la participación de otros propietarios cree intereses opuestos y que en consecuencia la empresa tome las decisiones con mayor autonomía. Otra opción es exigir independencia de los directores y de los gerentes de las filiales. Pero esta última no ha sido usada por las comisiones, a pesar que la propia CTC lo sugirió cuando deseaba que la autorizasen entrar al mercado de larga distancia.

Una opción más radical es prohibir o restringir la participación de la empresa que provee el insumo esencial en los segmentos competitivos de la industria. En el caso de servicios públicos privatizados las comisiones antimonopolios rara vez han dispuesto esta medida. Quizá el único trascendente corresponde a la Resolución que ordenó a Telefónica de España enajenar su participación accionara, a su elección, en CTC o Entel. En algunos fallos las comisiones estimaron que los mecanismos descritos en los párrafos anteriores eran suficientes para garantizar la igualdad en el acceso a la facilidad esencial, por lo que la desintegración vertical era innecesaria. En otros casos manifestaron su convicción de que la fusión de empresa permitiría aprovechar economías de ámbito y escala (Resoluciones 445 de 1995 sobre asociación de líneas aéreas y 389 de 1993 acerca de la integración vertical en telecomunicaciones).⁶¹ Sin embargo, en estos casos no pusieron como condición una baja en los precios ni sopesaron los costos de la integración. En efecto, si las economías de escala y ámbito existieran, entonces los competidores aguas abajo no podrían sobrevivir sin los beneficios de la integración. Esta situación obligaría a regular monopolios

⁶⁰ Laffont y Tirole (2000) estiman que es difícil medir y prevenir los subsidios cruzados.

⁶¹ Los detractores de la desintegración vertical forzada también han esgrimido que el monopolio puede llegar a un arreglo bajo cuerda con una empresa de un segmento no-regulado para discriminar a las restantes. Pero las comisiones antimonopolios no han acogido este argumento. En todo caso, la necesidad de llegar a un acuerdo entre partes independientes aumenta tanto la posibilidad de detección como los costos de transacción.

verticalmente integrados, lo que representa un costo no menor considerando que la regulación es muy mala sustituta de la competencia.⁶²

Sin embargo, pareciera que no afectar derechos adquiridos ha sido el principal motivo de la Comisión Resolutiva para no forzar la partición de monopolios verticalmente integrados.⁶³ La ley de defensa de la competencia (Decreto Ley N° 211) es bastante general y aunque en principio otorga amplias facultades a los organismos de la competencia, algunos juristas sostienen que estos sólo tienen atribuciones para castigar conductas contrarias a la competencia. A juicio de estas personas, la regulación estructural afecta derechos esenciales amparados por la Constitución, los que sólo pueden ser regulados mediante una ley. Otros en cambio estiman que el Decreto Ley N° 211 entrega atribuciones a las comisiones, incluyendo la regulación estructural de mercados, para prevenir actos que puedan poner el riesgo o perturbar una sana competencia. Las propias decisiones de las comisiones antimonopolios no han sido consistentes respecto a sí tienen facultades para establecer regulaciones estructurales en situaciones en que exista riesgo para la libre competencia.

El punto de vista anterior se ve respaldado por el hecho que las comisiones antimonopolios han propuesto con mayor determinación que las bases de licitación de las concesiones de infraestructura pública contengan restricciones a la integración vertical. Esta diferencia de apreciación se explicaría por el hecho que en las concesiones no habrían derechos adquiridos envueltos. Si bien algunos juristas postulan que el derecho emanado de la concesión es un derecho real administrativo, por lo que no debiera existir diferencia en el tratamiento de una concesión con respecto a una propiedad privada,⁶⁴ al no existir derechos de propiedad previos a la adjudicación de la concesión, es difícil aducir que estos están siendo afectados. Por ello, quienes se han opuesto a las restricciones horizontales y verticales en casos de concesiones han alegado que estas importarían una discriminación arbitraria por parte del estado y sus organismos en materia económica y un veto a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, violando con ello derechos consagrados en la Constitución. Sin embargo, las comisiones antimonopolios han privilegiado los derechos del dueño de la infraestructura (el estado) para determinar las condiciones de la concesión.

No obstante lo anterior, la legislación de defensa de la competencia ha facilitado la introducción de cambios en la regulación de la infraestructura pública. Cuando esta última se privatizó, con el fin de dar garantías a los inversionistas de que no serían expropiados administrativamente, regulaciones muy detalladas quedaron consagradas en las leyes. Luego, frente a la menor tentativa de modificar la regulación, los propietarios de las empresas privatizadas ha alegado que se están cambiando las reglas del juego, retardando cambios muy necesarios.⁶⁵ Sin embargo, puesto que el Decreto Ley N° 211 es anterior

⁶² Además cuando un monopolio integrado se divide en un segmento competitivo y una facilidad esencial, la presión que ejerce esta última sobre el regulador se ve compensada por la influencia de los operadores del segmento competitivo.

⁶³ Normalmente las empresas integradas valen más que la suma de sus partes porque ejercen poder de mercado, gozan de economías de ámbito y disminuyen costos de transacción, razón por la que la desintegración vertical forzada afecta derechos de propiedad.

⁶⁴ La concesión es una autorización que la administración otorga a un particular para usar, en forma privativa y temporal, un bien nacional, confiriéndole ciertos derechos y obligaciones sobre el bien concedido, tanto en beneficio de la colectividad como del concesionario.

⁶⁵ Fischer y Serra (2000) estiman que esta situación demoró cambios en la legislación del sector eléctrico, que habrían impedido las severas restricciones de suministro ocurridas en los años 1998 y 1999. En parte, el temor de las empresas a realizar cambios era la incertidumbre que genera un proceso legislativo politizado y poco técnico.

al proceso de privatización no se podría sostener que hay cambio regulatorio cuando fallos de las Comisiones Antimonopolios aumentan el grado de competencia en una industria. La Comisión Resolutiva tiene atribuciones para requerir al gobierno la modificación o derogación preceptos legales o reglamentarios que considere contrarios a la libre competencia (artículo 5 del Decreto Ley N° 211).⁶⁶ Por esta razón, el gobierno ha consultado a las comisiones antes de introducir cambios legales o reglamentarios en regulaciones sectoriales.

En el mismo sentido han sido trascendentes los dictámenes que ha emitido la Comisión Preventiva en el ejercicio de sus funciones consultivas y preventivas, a solicitud de distintos organismos reguladores. Al respecto, cabe destacar los Dictámenes 933 de 1995 sobre gasoductos y 992 de 1996 sobre derechos de agua, ya citados. En ambos casos, se dedujeron recursos de reclamación ante la Comisión Resolutiva alegando que la Comisión Preventiva carecía de atribuciones para regular mercados. La Comisión Resolutiva declaró que la Comisión Preventiva emitió dichos dictámenes en ejercicio legítimo de sus atribuciones y en la forma prevista por la Ley. Asimismo, dado que se trataba de recomendaciones no vinculantes para la autoridad, señaló que no le correspondía pronunciamiento sobre el fondo de las materias (Resoluciones 448 de octubre de 1995 y 480 de enero de 1997, respectivamente).

En resumen, la legislación de defensa de la competencia es muy general, por lo que los fallos de los organismos antimonopolios han sido esenciales para establecer un orden público económico y orientar respecto a las conductas o actos que, a juicio de ellas, constituyen un atentado a la libre competencia. Los fallos de las comisiones de competencia, normalmente fundados en informes de la Fiscalía, muestran una jurisprudencia, que si bien ha evolucionado en el tiempo, muestra coherencia y criterio. Sorprende que el funcionamiento de los organismos antimonopolios, a pesar de su evidente debilidad institucional, pueda ser considerado satisfactorio. Lo anterior no significa que su actuación no haya estado exenta de dificultades e incluso de incertidumbre jurídica. La falta de definición respecto a la capacidad de las comisiones para regular estructuras de mercado ha ocasionado que en la mayoría de los casos sobre desintegración vertical o desconcentración horizontal, el análisis se haya centrado en las facultades de las comisiones y no en los reales méritos de la medida. La tendencia actual, sin embargo, se decanta por sostener que las comisiones antimonopolios sí tienen facultades para establecer regulaciones estructurales, luego de un proceso legal en que haya pruebas de las situaciones de hecho y oportunidad de una defensa jurídica.

De hecho, la situación de crisis permitió la introducción de cambios legislativos, pero éstos realizados con premura y en un ambiente políticamente cargado no fueron muy felices.

⁶⁶ El gobierno estaría obligado a preparar un proyecto de ley, aunque por cierto no puede asegurar su aprobación en el congreso.

Referencias

- Armstrong, Mark. 1998. Network Interconnection in Telecommunications. *Economic Journal*; 108 (448): 545-64.
- Economides, Nicholas. 1998. The Incentive for Nonprice Discrimination by an Input Monopolist. *International Journal of Industrial Organization* 16: 271-284.
- Fischer, Ronald y Pablo Serra. 2000. Regulation of the Electricity Sector. *Economia* 1(1): 155-218.
- Engel, Eduardo, Ronald Fischer y Alexander Galetovic, "Do Restrictions to Vertical Integration favor Competition? The Case of Chilean Seaport Franchises," documento de trabajo, Centro de Economía Aplicada, Universidad de Chile, abril del 2000.
- Laffont, Jean-Jacques y Jean Tirole. 2000. Network Competition: Overview and Nondiscriminatory Pricing.
- Laffont, Jean-Jacques, Rey, Patrick y Jean Tirole. 1998. Network Competition: Price Discrimination. *RAND Journal of Economics* 29 (1): 38-56.
- Laffont, Jean-Jacques, Rey, Patrick y Jean Tirole. 1998. Network Competition: Overview and Nondiscriminatory Pricing. *RAND Journal of Economics*; 29(1): 1-37
- Mandy, M.D. 2000. Killing the Goose That May Have Laid the Golden Egg: Only the Data Know Whether Sabotage Pays. *Journal of Regulatory Economics* 17:2 157-172.
- Mardones, José Luis Concesiones Portuarias En Chile: Una Reforma Para Crear Valor, mimeo, Noviembre 2000.
- Paredes, Ricardo. 1995. Evaluating the cost of bad regulation in newly privatized sectors: the Chilean case. *Análisis Económico* 10(2): 89-112.
- Serra, Pablo. 1995. La política de competencia en Chile. *Análisis Económico* 10(2): 63-88.
- Spiller, Pablo y Carlo G. Cardilli. 1998. The Frontier of Telecommunications Deregulation: Small Countries Leading the Pack. *Journal of Economic Perspectives* 11(4).