

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho.

**RESUELVE SOBRE EJERCICIO DE FACULTAD DEL ARTÍCULO 18 N° 4 DEL D.L.
N° 211 EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA SOBRE ELIMINACIÓN
DE RESTRICCIONES A LA INTEGRACIÓN VERTICAL ENTRE EMPRESAS DEL
SEGMENTO TRANSMISIÓN NACIONAL Y EMPRESAS GENERADORAS Y
DISTRIBUIDORAS
Rol ERN N° 24-2018**

Contenido

- I. La propuesta de Celeo Redes Chile Limitada
- II. Resumen de las opiniones de aportantes de antecedentes
- III. Audiencia pública
- IV. Análisis de la recomendación normativa presentada por Celeo Redes

I. La propuesta de Celeo Redes Chile Limitada

1. El 1º de febrero de 2018, mediante presentación de fojas 20, Celeo Redes Chile Limitada (en adelante e indistintamente, “Celeo Redes” o la “Solicitante”) solicitó a este Tribunal que, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211 (en adelante, “D.L. N° 211”), propusiera a S.E. la Presidenta de la República, a través del Ministerio de Energía o del Ministro que estime pertinente, la modificación de los preceptos legales necesarios para introducir un mayor grado de competencia en los mercados de generación, distribución y transmisión eléctrica. En particular, solicita a este Tribunal recomendar que se modifique el artículo 7º del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería de 1982, de la Ley General de Servicios Eléctricos (“LGSE”), eliminando los incisos quinto al octavo del artículo 7º de la LGSE y modificando sus incisos cuarto y noveno, con el objeto de eliminar, por una parte, la prohibición a las empresas transmisoras de participar en los segmentos de distribución y generación y, por otra, eliminar la limitación existente para las empresas de distribución y generación que deseen participar en el segmento de transmisión.

2. La Solicitante señala que es una sociedad filial del Celeo Redes SL que pertenece al Grupo Elecnor y al fondo APG Infrastructure Pool 2012. En Chile, se dedica a la prestación del servicio público de transmisión siendo su actividad principal el desarrollo, operación, mantenimiento y administración de sistemas de transmisión. Dicha actividad la realiza a través de cuatro sociedades subsidiarias: (i) Celeo Redes Operación Chile

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(“CROCH”); (ii) Alto Jahuel Transmisora de Energía S.A. (“AJTE”), Charrúa Transmisora de Energía S.A. (“CHATE”) y Diego de Almagro Transmisora de Energía S.A. (“DATE”).

3. Celeo Redes sostiene que la industria eléctrica se divide en tres segmentos: (i) generación, (ii) transmisión y (iii) distribución, y da cuenta de las actuales regulaciones que rigen dichos segmentos.

3.1. En particular, respecto del segmento de generación, señala que no está calificado como servicio público por ley, no obstante, se encuentra sujeto a un régimen regulatorio cuyo objeto es asegurar el acceso a suministro más eficiente y velar por la seguridad operacional del sistema en su conjunto. Asimismo, indica que la interconexión y operación de las instalaciones de generación con las de transmisión es determinada por el Coordinador Eléctrico.

3.2. En cuanto al segmento de transmisión, señala que está definido como servicio público y que se clasifica en: (i) el Sistema de Transmisión Nacional (anteriormente denominado “Sistema Troncal”); (ii) el Sistema de Transmisión Zonal (anteriormente denominado “Sistema Subtransmisión”); (iii) el Sistema de Transmisión Dedicado (anteriormente denominado “Sistema Adicional”); (iv) el Sistema de Transmisión de Polos de Desarrollo; y, (v) el Sistema de Interconexión Internacional. Agrega que dichos sistemas, en general, están sujetos a las siguientes regulaciones: (i) normas de tarificación; (ii) planificación de la expansión determinada por el regulador mediante un proceso reglado y transparente; (iii) obligación de acceso abierto a los sistemas Nacional, Zonales y de Polos de Desarrollo, monitoreada por el Coordinador Eléctrico. Por su parte, para el sistema dedicado dicha obligación depende de su capacidad de transmisión disponible, definida por el Coordinador Eléctrico.

3.3. Finalmente, respecto del segmento de distribución señala que, también, está calificado un servicio público, en el cual las empresas de distribución operan bajo un régimen de concesión, con obligación de servicio y tarifas reguladas para el suministro a clientes regulados. Añade que las fuentes de suministro son definidas mediante procesos de licitación de suministro para clientes regulados.

4. A continuación, Celeo Redes explica que las limitaciones que contiene el artículo 7° de la LGSE fueron incorporadas a la regulación eléctrica durante 2004, mediante la dictación de la Ley N°19.940, que regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos (“Ley N° 19.940”), e indica que el artículo no ha sido modificado sustantivamente desde esa fecha. Dicha incorporación buscó regular estructuralmente la industria eléctrica con el fin de evitar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posibles infracciones a la libre competencia mediante la prohibición de integración vertical entre los distintos segmentos de la industria eléctrica.

5. En cuanto al contenido de dicha norma, la Solicitante señala que, en primer lugar, constituye como servicio público eléctrico al segmento de distribución. En segundo lugar, establece que las instalaciones de distribución de empresas concesionarias que operen en ese segmento sólo podrán ser destinadas a prestar servicio público eléctrico o al alumbrado público. En tercer lugar, califica como servicio público eléctrico el transporte de electricidad a través de sistemas de transmisión Nacional, Zonal y para Polos de Desarrollo de generación (incisos primero, segundo y tercero). En cuarto lugar, establece la obligación para las empresas transmisoras del sistema nacional de constituirse como sociedades anónimas abiertas o cerradas, sujetas a las obligaciones de información y publicidad contenidas en la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas ("Ley N° 18.046") (inciso cuarto). En quinto lugar, establece la prohibición absoluta a dichas empresas para dedicarse por sí mismas o a través de personas relacionadas a actividades que comprendan de cualquier forma el giro de generación o distribución mientras que para desarrollar cualquier otra actividad no relacionada a las anteriormente enumeradas se establece la obligación de constituir sociedades filiales o coligadas (incisos quinto y sexto). En sexto lugar, establece la posibilidad de que empresas generadoras o distribuidoras y usuarios no sujetos a regulación de precios puedan participar en el segmento de transmisión nacional, pero de manera limitada a un ocho por ciento máximo de participación individual en el valor de inversión total de dicho sistema y con un límite de cuarenta por ciento considerando las participaciones de manera conjunta (inciso séptimo). En séptimo lugar, regula los efectos de la prohibición en la propiedad de aquellas instalaciones del segmento de transmisión anteriores a la entrada en vigor de la norma (incisos octavo y noveno).

6. Celeo Redes explica que la incorporación de esta prohibición tuvo como antecedente la Resolución N° 488 de 1997 de la Comisión Resolutiva, que justificó la necesidad de una norma de carácter muy restrictivo dadas las condiciones existentes en el mercado eléctrico en ese momento. Dichas condiciones eran:

6.1. La existencia de incertidumbre respecto al monto y plazos de pago de peaje para empresas no integradas.

6.2. La inexistencia de criterios claros que permitieran realizar un cálculo de la capacidad técnica disponible en el sistema de transmisión, cuestión que facilitaba que los transmisores pudieran negar la interconexión de manera discriminatoria a generadores que podían competir, eventualmente, con empresas de generación propias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.3. La inexistencia de la obligación de ampliar instalaciones de transmisión existentes debido a los requerimientos de transmisión del sistema.

6.4. Los mecanismos de solución de controversias existentes adolecían de problemas, tales como, falta de predictibilidad de las decisiones adoptadas por el tribunal arbitral e imposibilidad de recurrir a arbitraje para controversias respecto a los peajes en caso de que los generadores requieran mayor capacidad de transmisión a la que había disponible.

7. Indica que dicho escenario ha cambiado drásticamente y, si bien al momento de la entrada en vigencia de la norma ésta tuvo un efecto de desintegración, los cambios regulatorios posteriores hacen innecesaria la mantención de los incisos quinto al octavo del artículo 7° de la LGSE en los términos actuales, pues existirían otras normas y técnicas regulatorias de carácter menos restrictivo para el libre ejercicio de la actividad económica que previenen los potenciales efectos anticompetitivos de una eventual participación cruzada entre los distintos segmentos del mercado eléctrico.

8. La Solicitante considera, además, que la modificación propuesta al artículo 7° de la LGSE no implica permitir la integración vertical en el mercado eléctrico. Lo anterior, porque para que exista integración vertical deberían cumplirse las siguientes condiciones: (i) propiedad común de empresas involucradas en distintas etapas del proceso productivo; (ii) minimización de los costos de transacción; (iii) control total sobre el proceso productivo; (iv) generación de eficiencias; (v) intercambio entre las empresas involucradas y, (vi) posibilidad de exclusividad entre relacionadas, y, a su juicio, si se modificara el artículo citado sólo se cumpliría la primera de dichas condiciones, todas las demás no se verifican en el mercado eléctrico nacional ya sea manteniendo o modificando dicho artículo. En efecto, afirma que actualmente se dan relaciones de propiedad cruzada entre empresas que participan en los distintos segmentos de la industria eléctrica, las que no pueden ser consideradas como un caso de integración vertical ya que la actual regulación de la industria impediría que se verifiquen las condiciones anteriormente señaladas.

9. La Solicitante sostiene que la mantención de dicha norma genera distorsiones competitivas y discrimina arbitrariamente a las empresas que participan en el segmento de transmisión nacional, impidiendo el ingreso al mercado de potenciales competidores a otros segmentos de la industria eléctrica. En razón de lo anterior, describe como ventajas para la competencia, en primer lugar, la eliminación de una barrera de entrada, lo que generará mayor competencia en industria eléctrica, porque no sólo se levantaría la prohibición que actualmente recae sobre las empresas transmisoras del sistema nacional, sino también se eliminarían los límites de participación que actualmente existen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para las empresas generadoras, empresas distribuidoras y usuarios no regulados, haciendo las licitaciones más competitivas. En segundo lugar, destaca posibilidad de que actores con experiencia en la industria puedan participar en la generación al mismo tiempo que mantienen sus inversiones en transmisión, lo que permite diversificar la matriz nacional y mejorar la oferta energética del país mediante grupos empresariales dispuestos a invertir, lo que es relevante atendido el futuro aumento de la demanda de energía eléctrica en los próximos años. Por último, agrega que la modificación planteada permite prevenir situaciones de incumplimiento de ley que aumentan los costos regulatorios de manera ineficiente, dada la falta de justificación de dicha norma.

10. Documentos y otros antecedentes aportados por Celeo Redes: a fojas 88 rola el informe “*Restricciones a la participación simultánea en mercados de transmisión y generación eléctrica. Análisis Regulatorio y de Libre Competencia*”, elaborado por la Consultora Económica Independiente Gabriel Bitrán y Asociados; a fojas 435, Celeo Redes complementó su presentación original, revisando los riesgos que han sido señalados por los participantes del proceso, explicando que éstos no tienen asidero en los hechos y, analizando el rol del Panel de Expertos como sistema de resolución de controversias que permite que la fiscalización sea realizada también por los mismos actores del sistema; a fojas 489, acompañó propuestas de modificación al artículo 7° de la LGSE, considerando añadir a su propuesta inicial una referencia expresa a la obligación de informar las operaciones de concentración a la FNE y otra opción que elimina la prohibición actual para las empresas de transmisión nacional, haciéndoles aplicables los límites actualmente aplicables a empresas generadoras o distribuidoras y usuarios libres para participar en el sistema de transmisión nacional.

II. Resumen de las opiniones de aportantes de antecedentes

11. Con fecha 13 de marzo de 2018, según consta a fojas 77, el Panel de Expertos, señaló que, atendidas sus competencias, decidió abstenerse de aportar antecedentes al presente expediente de recomendación normativa.

12. Con fecha 9 de abril de 2018, según consta a fojas 174, la Asociación de Empresas Eléctricas A.G. (“Asociación de Empresas Eléctricas”), aportó antecedentes al presente expediente de recomendación normativa. Aclaró, en primer lugar, que la Solicitante es parte de la asociación, pero afirmó que la opinión expresada es independiente de los intereses particulares de aquella. Luego, señaló que las actuales condiciones regulatorias y marco institucional hacen que la prohibición contenida en el artículo 7° de la LGSE sea injustificada y genere distorsiones en el mercado. Indicó que la modificación planteada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por Celeo Redes podría tener como consecuencia la entrada de nuevos actores a los distintos segmentos, evitar las distorsiones arbitrarias, aprovechar las economías de escala, entre otras. Ahora bien, considera necesario mantener el deber para las empresas que sean propietarias de instalaciones del sistema de transmisión nacional de constituirse como sociedades anónimas abiertas o cerradas de giro exclusivo de transmisión, sujetas a las obligaciones de información y publicidad a que se refiere el inciso séptimo del artículo 2° de la Ley N° 18.046.

13. Con fecha 9 de abril de 2018, según consta a fojas 189, el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (“Coordinador Eléctrico”), aportó antecedentes al presente expediente de recomendación normativa.

14. En primer término, el Coordinador Eléctrico sostiene que no existe evidencia que la modificación propuesta conlleve beneficios sustanciales de economías de escala o doble marginalización al permitirse la integración vertical entre los segmentos de la industria eléctrica. En cuanto a los riesgos que podrían generarse si se acepta esta solicitud señala que si bien actualmente no puede existir discriminación de precios, sí existe el riesgo de discriminación en variables distintas al precio. Por ejemplo, una empresa integrada podría obstaculizar el uso de instalaciones a través de distintas acciones: (i) proveer información incorrecta o incompleta al Coordinador Eléctrico; (ii) disponer construcciones provisionales que entorpezcan el desarrollo de proyectos de expansión; (iii) compartir información sensible de sus competidores con su parte relacionada; (iv) podría facilitarse la colusión; (v) se mantendría la existencia de potenciales conflictos de interés que disminuyen la competencia y pueden tornar privada información que debiese ser de conocimiento del transmisor, entre otras. Afirma que la detección y mitigación de dichas acciones implican elevados costos de transacción, asimismo, que las actuales asimetrías de información que existen en la industria eléctrica impiden un escenario de fiscalización perfecta, lo anterior incluso si se considera el rol que tiene este organismo respecto al monitoreo de la libre competencia.

15. Concluye que la mejor alternativa para evitar dichas conductas estratégicas es mantener la separación vertical entre el segmento de transmisión y los demás, puesto que los altos riesgos que provocaría la integración vertical de empresas con altas participaciones en su segmento, no se compensarían con los eventuales beneficios de incorporar nuevos participantes. Ahora bien, sugieren en caso de que este Tribunal acoja la solicitud presentada por Celeo Redes, mantener un control *ex ante* basado en la participación de las empresas en los distintos segmentos. De esta forma empresas que no superen ciertos límites de participación en un determinado segmento podrán participar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en los otros. En cuanto al límite de participación, señalan que éste no debiese definirse por ley, sino que debiese ser fijado o actualizado por este Tribunal, cada cinco años.

16. Otros antecedentes aportados por el Coordinador Eléctrico: a fojas 581 complementó su presentación dando respuesta a los argumentos levantados a favor de eliminar la prohibición contemplada en el artículo 7° de la LGSE, en particular, respecto a los efectos de la interconexión entre el SIC y el SING en el mercado eléctrico.

17. Con fecha 9 de abril de 2018, según consta a fojas 209, la Asociación de Generadoras A.G. (“Asociación de Generadoras”), aportó antecedentes al presente expediente de recomendación normativa.

18. La Asociación de Generadoras afirma que el artículo 7° de la LGSE obedece a una situación de contexto y comparten la opinión sobre su actual obsolescencia y la necesidad de revisión a dicha regulación. Afirma que, atendido el marco legal actual es difícil que se materialicen conductas que atenten contra la libre competencia. Sin embargo, agrega que, igualmente, deben considerarse resguardos que eviten el riesgo que una empresa de transmisión integrada con una empresa de generación pueda tomar decisiones estratégicas para beneficio de su empresa generadora, para ello, afirma que se debería mantener y reforzar las capacidades de los organismos que han sido creados o instruidos legalmente para el resguardo la competencia, con especial énfasis en la transparencia de todos los segmentos de la industria eléctrica.

19. Con fecha 9 de abril de 2018, según consta a fojas 255, la Asociación Chilena de Energías Renovables y Almacenamiento A.G. (“ACERA”), aportó antecedentes al presente expediente de recomendación normativa.

20. En primer lugar, informa que Celeo Redes es asociada de ACERA, pero que no ha participado en la opinión que aportan a estos antecedentes. Luego, señala que el objetivo del artículo 7° de la LGSE era evitar los riesgos asociados a la integración vertical dado que en la industria energética se observaba una fuerte concentración en los diversos segmentos, lo que a su vez se traducía en una barrera de entrada para las empresas de energías renovables no convencionales (ERNC). Con todo, afirma que actualmente, gracias los diversos cambios normativos que se han realizado en la regulación de la industria, se ha logrado una diversificación en la matriz energética, por lo que consideran que eliminar la prohibición contenida en dicha norma permitirá un mayor dinamismo competitivo en el sector.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21. En segundo lugar, señala que apoyan la eliminación de todas las situaciones de asimetría regulatoria, en particular la que se observa entre empresas transmisoras y aquellas que participan en los demás segmentos de la industria eléctrica. Lo anterior, dado que, si se permite la participación cruzada de empresas generadoras y distribuidoras en el segmento de transmisión, debiese permitirse que empresas transmisoras participen en generación y distribución, no debiendo favorecerse ningún sector sin fundamentos.

22. En tercer lugar, señala que es necesaria la supervisión de las nuevas participaciones, dado que los nuevos entrantes requieren reglas claras y respuestas eficientes para acceder a líneas de transmisión y almacenamiento de ERNC. Para ello sugiere establecer un límite gradual de participación de las empresas en los distintos segmentos con el fin de asegurar el funcionamiento de las medidas de resguardo de la libre competencia.

23. Por último, respecto a la garantía de acceso abierto, afirma que es necesario fiscalizar actuales situaciones de riesgo dentro de la industria eléctrica: (i) falta de disponibilidad de la información de las instalaciones del sistema; (ii) posibilidad de manipulación de plazos asociados a los procesos de solicitud de acceso para la interconexión a las instalaciones existentes; y, (iii) asimetrías de información referente a proyectos futuros y capacidades de las instalaciones. Asimismo, considera que si bien la actual regulación consagra dicha garantía, ésta es difícil de implementar y que dicho escenario que se podría agudizar si una empresa transmisora quisiera priorizar a su empresa generadora relacionada, por tanto, de aprobarse la solicitud de Celeo Redes es necesario establecer que el desarrollo de actividades distintas al transporte de energía, se realice a través de empresas filiales constituidas como sociedades anónimas abiertas o sujetas a la fiscalización de la Comisión de Mercado Financiero.

24. Con fecha 9 de abril de 2018, según consta a fojas 269, Transelec S.A. (“Transelec”), aportó antecedentes al presente expediente de recomendación normativa.

25. Transelec, sociedad anónima del segmento de transmisión, señala que existen claras razones que justifican la modificación al artículo 7° de la LGSE propuesta por Celeo Redes. En particular, afirman que el segmento de transmisión tiene actualmente un nivel pleno de regulación y que la prohibición contenida en dicho artículo estaba fundada en antecedentes que actualmente no existen en la industria eléctrica. Agrega que dicha prohibición carece de racionalidad ya que sólo es útil si una empresa decide primero invertir en transmisión, pues si invirtiera primero en cualquiera de los demás segmentos,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dicha empresa podría, posteriormente, participar en el segmento de transmisión. Además, sostiene que se trata de una prohibición que es aplicable sólo al sistema nacional de transmisión y que tampoco aplica a las empresas generadoras o distribuidoras. Por último, indica que los límites de propiedad de empresas del sistema de transmisión nacional, aplicables a empresas generadoras, distribuidoras y usuarios libres son difíciles de calcular y de fiscalizar por la SEC.

26. Sostiene que, desde el punto de vista de la libre competencia, ya no existen riesgos que prevenir con la prohibición, ya que la regulación del acceso abierto, las reglas para valorización de tarifas, el rol del Coordinador Eléctrico y del Panel de Expertos, además de las modificaciones introducidas a las normas de libre competencia, los han disipado.

27. Respecto de las modificaciones a la legislación que rige la industria eléctrica que harían innecesarias las reglas del artículo 7° de la LGSE, afirma que éstas estarían implementándose por los órganos competentes y que también ha sido un cambio relevante para la industria la interconexión entre el Sistema Interconectado Central y el Sistema Interconectado del Norte Grande, debido a que habría generado un mercado único con mayor competencia en el sistema y mejores condiciones de entrada.

28. Finalmente, en cuanto a las ventajas derivadas de la modificación del artículo 7° de la LGSE, señala que la competencia en dicha industria aumentará ya que se elimina la barrera de entrada, lo que permitirá que empresas con el conocimiento y la capacidad de inversión necesaria puedan participar en el segmento de transmisión. Añade que, además, se eliminará una regulación que es difícil de aplicar, costosa de implementar y que es innecesaria atendido los argumentos anteriormente expuestos.

29. Documentos y otros antecedentes aportados por Transelec: a fojas 528 complementó su presentación, analizando los eventuales riesgos levantados por los demás aportantes de antecedentes, concluyendo que estos son infundados y se alejan del real funcionamiento del mercado eléctrico. Asimismo, ofreció en dicha presentación, el informe económico “Análisis económico del levantamiento de la prohibición de participación de empresas de transmisión eléctrica en el segmento de generación” elaborado por Aldo González.

30. Con fecha 3 de mayo de 2018, según consta a fojas 300, el Ministerio de Energía aportó antecedentes al presente expediente de recomendación normativa.

31. En términos generales, el Ministerio de Energía analiza los cambios normativos que se han realizado a la regulación eléctrica, en particular, destaca el reforzamiento de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las facultades del Coordinador Eléctrico, la regulación del acceso abierto en las instalaciones de transmisión, el rol fiscalizador de la SEC, la regulación de la expansión del segmento de transmisión mediante un procedimiento reglado. Asimismo, destaca el fortalecimiento en materia de libre competencia mediante el cual se ha dotado a las respectivas autoridades de herramientas que permitan dar garantías de actuación y fiscalización eficaz, además, del aumento de las multas para los ilícitos anticompetitivos.

32. El Ministerio de Energía concluye que la evolución normativa y el escenario fáctico actual de la industria eléctrica, son completamente distintos a aquel en que se incorporó la restricción, existiendo, por tanto, claras razones para revisar y reevaluar la actual pertinencia y necesidad de la regla del artículo 7° de la LGSE.

33. Con fecha 3 de mayo de 2018, según consta a fojas 317, la Comisión Nacional de Energía (“CNE”) aportó antecedentes al presente expediente de recomendación normativa.

34. La CNE señala que el mercado de generación, transmisión y distribución del año 2004 difiere sustancialmente del mercado actual, tanto respecto a la capacidad instalada de generación eléctrica, como en la participación de las empresas en ellos. Señala, especialmente, que el mercado de transmisión ha presentado cambios significativos ya que, en el año 2004, Transelec era el actor que concentraba casi la totalidad del sistema nacional, pero, informa que hoy existen 372 empresas transmisoras, según información brindada por el Coordinador Eléctrico, las que se traducen en 712 empresas, si son consideradas de manera desagregada.

35. En cuanto a la solicitud de Celeo Redes, afirma que el mercado eléctrico ha evolucionado de manera muy relevante estos últimos años y el contexto en que se introdujeron las restricciones a la propiedad establecidas en el artículo 7° de la LGSE difiere del contexto actual. En este sentido, le parece razonable analizar la pertinencia de mantener dicha regulación en sus actuales términos.

36. Con fecha 3 de mayo de 2018, según consta a fojas 374, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) aportó antecedentes al presente expediente de recomendación normativa.

37. La FNE, en primer lugar, se refiere al origen de la normativa eléctrica cuya modificación se solicita, señalando que el primer hito de preocupación por la integración vertical entre los segmentos de la industria eléctrica es la Resolución N° 488 de 1997 de la H. Comisión Resolutiva mediante la cual se pronunció sobre un requerimiento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

formulado por la FNE en contra de Endesa S.A., Transelec S.A. y Chilectra S.A. para desconcentrar y descentralizar sus operaciones en los distintos segmentos. Indica que la Comisión si bien rechazó su petición, reconoció la existencia de áreas de conflicto actuales y potenciales que derivaban de lo imperfectamente competitivas que eran algunas de sus actividades, la incompleta regulación del sector y la asimetría de información que caracterizaba la situación de los distintos participantes, por ello, la Comisión estableció que: (i) la autoridad debía promulgar el reglamento del sector y promover las modificaciones legales para resolver problemas de ambigüedad como el proceso de uso, tarifas y peajes de las redes de transmisión; (ii) ordenó a Transelec S.A. a transformarse en dueña de los activos de transmisión que administraba, constituyéndose en una sociedad anónima abierta de giro exclusivo y que, dicha regla, se aplicó a todas las empresas que posteriormente entraron al segmento de transmisión; (iii) ordenó que las empresas de transmisión permitieran la participación accionaria de terceros interesados en ampliaciones a la red, atendida la inexistencia de un procedimiento de ampliación de la transmisión troncal; y (iv) ordenó que las empresas distribuidoras licitaran públicamente sus abastecimientos de energía u potencia sobre condiciones objetivas y no discriminatorias.

38. La FNE señala que, en línea con la decisión de la Comisión, se promulgó la ley N° 19.940 que modificaba la LGSE, e incorporó al artículo 7° de la LGSE la prohibición de la integración vertical entre el segmento de transmisión y los demás segmentos de la industria eléctrica. Posteriormente, en 2015, el Ejecutivo ingresó un nuevo proyecto de ley (Ley N° 20.936), con el objeto de modificar la LGSE en materia de transmisión. En particular, se incorporó disposiciones cuyo objetivo es que la transmisión eléctrica favoreciera el desarrollo de un mercado de generación más competitivo, para bajar los precios de energía del cliente final y que permitieran la planificación de la transmisión con una perspectiva de largo plazo con visión estratégica y sustentable. Destaca que dicha ley no consideró modificaciones a las reglas sobre integración vertical actualmente vigentes, sino que, por el contrario, durante la tramitación se consideró que el mercado debía mantener las características de desintegración vertical. Lo anterior se ve reforzado atendido que dicha ley también reforzó la protección a la libre competencia otorgando al Coordinador la atribución de monitorear de forma permanente las condiciones de competencia existentes en el mercado eléctrico coadyuvando a la función de la FNE.

39. En cuanto a la interpretación administrativa del artículo 7° de la LGSE, analiza las interpretaciones que la SEC ha proporcionado de los incisos 5° y 7° de dicho artículo, concluyendo que el regulador ha otorgado racionalidad a la asimetría de regulación, no siendo efectivo que la misma carezca de fundamento. Señala que, por el contrario, dicha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asimetría está basada en elementos racionales, específicamente el evitar que un determinado *holding* cuyo giro principal sea la transmisión, controle empresas pertenecientes a los otros segmentos del mercado eléctrico, situación que presenta riesgos mayores que el escenario inverso.

40. Posteriormente, la FNE analiza los riesgos teóricos de la integración vertical en el sector eléctrico, señalando que la teoría económica indicaría que la integración vertical entre una empresa que tiene precios regulados y otra que compiten en un mercado conlleva riesgos de discriminación a través de acciones distintas al precio, conocidas también como “sabotaje”. Agrega que, al aplicarlos al mercado eléctrico chileno, se observa que existen altas posibilidades de que estos riesgos se materialicen. El primer riesgo observado es la posibilidad de implementar subsidios cruzados en favor de proyectos de generación y licitaciones de nuevas obras en transmisión con los beneficios de la comercialización de electricidad. En segundo lugar, señala que existen incentivos del transmisor integrado a favorecer a sus empresas relacionadas en generación durante la operación de la red, dando cuenta de las posibles acciones que podrían realizar las empresas integradas. Afirma que dichos incentivos para discriminar estarían ausentes si el transmisor desarrollase de forma exclusiva su actividad, además, que se trataría de situaciones en las cuales es difícil implementar una fiscalización oportuna y efectiva.

41. Dado lo anterior, sostiene que su experiencia en el sector eléctrico indicaría que extender la integración vertical de este mercado al segmento de transmisión podría empeorar las condiciones del mercado y agudizar los conflictos de interés que ya existen, de forma tal que los riesgos observados se verían incrementados en el caso de una empresa integrada participara en cada uno de los segmentos del mercado eléctrico ya que implicaría que se encadenen nuevamente los tres segmentos del mercado bajo un mismo controlador, ya sea a nivel nacional o en algunas zonas.

42. En cuanto a las eficiencias que el solicitante identifica de la modificación normativa propuesta, sostiene que, en el escenario actual del segmento de generación, la entrada de un nuevo competidor impactaría de manera marginal en el nivel de competencia del mercado, que ya presenta un alto número de empresas participando, por tanto, el beneficio señalado por Celeo Redes no tendría un impacto significativo sobre la competencia en el mercado. Por último, sostiene que no ha encontrado otras eficiencias asociadas a la integración vertical en esta industria y, por tanto, los riesgos de la integración vertical en el mercado eléctrico son altos comparados con los beneficios señalados por la Solicitante no siendo conveniente que este Tribunal recomiende la modificación propuesta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

43. En cuanto a la capacidad que posee la regulación actual para mitigar los riesgos identificados señala que, si bien existe normativa regulatoria destinada a evitar los riesgos descritos anteriormente, la misma no se encuentra completamente implementada y, a pesar de que lo estuviera, atendidos los fuertes incentivos de las empresas integradas, sería necesario un nivel de fiscalización que no sería posible en la práctica, tanto para la FNE como para los demás reguladores del sistema. Afirma que, a pesar de las modificaciones legales, no es posible verificar cómo se implementará en la normativa de ejecución los cambios regulatorios adoptados en el segmento de transmisión troncal o si serán suficientes para corregir los problemas que motivaron su regulación.

44. En cuanto a la fiscalización del cumplimiento de las actuales disposiciones normativas, indica que la Ley N° 20.936 no innovó respecto a las facultades y atribuciones de la SEC y recalca que tampoco existe información completa sobre las participaciones de las empresas en los segmentos, específicamente, que no se cuenta con información sobre empresas relacionadas, grupos empresariales o participaciones en competidores, más allá de la información que es de público conocimiento. Tampoco es posible identificar la idoneidad de los actuales límites individuales ni conjunto establecidos en el artículo 7° de la LGSE para la participación de empresas generadoras, distribuidoras y usuarios libres en el segmento de transmisión. Atendido lo anterior, no es posible afirmar que la regulación actual por sí misma es suficiente para disipar los riesgos que buscan prevenir las limitaciones y prohibiciones a la integración vertical vigentes.

45. En cuanto al nivel de convicción establecido en numeral 4 del artículo 18 del D.L. N° 211, la FNE sostiene que se debe considerar si la regulación cuya modificación o eliminación se pretende es contraria a la libre competencia. Por tanto, el nivel de convicción que requiere este Tribunal para decidir proponer la solicitud presentada por Celeo Redes es más exigente que razonamiento otorgado por ésta en su presentación.

46. Finalmente, la FNE concluye recomendando no eliminar las restricciones que contempla el artículo 7° de la LGSE, sin perjuicio, que consideran que es posible mejorar su estructura y redacción para lograr su aplicación efectiva y evitar interpretaciones que se aparten de sus objetivos regulatorios. Subsidiariamente propone, al menos, establecer límites de participación entre los distintos segmentos, tanto individuales como colectivos en niveles adecuados para evitar el incremento de riesgos identificados, así como el posible acaparamiento del mercado por actores más grandes, lo que fue el objetivo de la resolución N° 488/1997 al separar a Endesa y Transelec.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

47. Con fecha 9 de mayo de 2018, según consta a fojas 428, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“SEC”) aporta antecedentes al presente expediente de recomendación normativa informando que no existen denuncias ingresadas al Servicio relativas a una eventual infracción del artículo 7° de la LGSE en los últimos ocho años e indica que existen presentaciones específicas respecto a dicho artículo que se refieren a consultas sobre la interpretación de la norma.

III. Audiencia pública

48. El 3 de octubre de 2018, según consta a fojas 631, se realizó la audiencia pública de la causa en la que los apoderados de la solicitante Celeo Redes Chile Limitada y de los aportantes de antecedentes Ministerio de Energía, Transelec S.A. y Fiscalía Nacional Económica manifestaron sus opiniones sobre la materia a que se refiere este expediente de recomendación normativa.

IV. Análisis de la recomendación normativa presentada por Celeo Redes

De conformidad a los antecedentes aportados a este expediente de recomendación normativa, así como aquellos entregados en la audiencia pública celebrada el tres de octubre de dos mil dieciocho, según consta en el certificado de fojas 631, los ministros que suscriben esta resolución estiman inoficioso ejercer en estos autos la facultad de proposición de modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios en consideración a las siguientes razones:

1. La facultad otorgada a este Tribunal por el numeral 4) del artículo 18 del D.L. N° 211 para proponer al Presidente de la República la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que se estimen contrarios a la competencia no supone el ejercicio de la jurisdicción, sino que se enmarca dentro de las facultades no jurisdiccionales otorgadas a este Tribunal. La circunstancia que se trate de una facultad no jurisdiccional permite que la FNE cuente actualmente con una facultad esencialmente idéntica a partir de la reforma efectuada por la Ley N° 20.945, que la incorporó en la letra q) del artículo 39 del D.L. N° 211.

2. A diferencia del ejercicio de la facultad propositiva por parte de la FNE, que debe siempre tener como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva del mercado respectivo, en el caso del Tribunal dicho ejercicio puede ser solicitado de oficio o a petición de parte. Con todo, la decisión de darle inicio al correspondiente procedimiento (contemplado en el artículo 31 del D.L. N° 211) es privativa y discrecional del Tribunal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Las normas referidas otorgan a los organismos que velan por la libre competencia un importante rol en la elaboración de políticas públicas. En ejercicio de la aludida facultad, tanto el Tribunal como la FNE pueden identificar la necesidad de que sea efectuada una reforma legal o reglamentaria por razones de competencia, la cual deben plantear a S.E. el Presidente de la República a través del Ministro de Estado que corresponda.

4. En ambos casos las razones para plantear una reforma son amplias, pudiendo consistir tanto en la disconformidad de ciertas normas con la libre competencia, como en la existencia de vacíos normativos susceptibles de ser llenados para fomentar la competencia o regular ciertas actividades económicas que no se prestan en condiciones competitivas. Por esto, no es correcto exigir, como indicó la FNE en su presentación en estos autos, *“que este H. Tribunal llegue a la convicción de que las limitaciones a la integración vertical contenidas en el artículo 7 de la LGSE, en cuanto norma de aplicación general, son contrarias a la libre competencia, cuestión que debe ser expuesta y verificada en el curso del proceso”* (fojas 409). Desde un punto de vista sistemático, resultaría inconsistente que una facultad que no genera efectos vinculantes estuviera sujeta a un estándar de aplicación superior, por ejemplo, al de ciertas facultades jurisdiccionales.

5. No obstante la amplitud referida, la participación de la FNE y del Tribunal en el proceso de elaboración de políticas públicas de competencia se encuentra acotada por los propios términos en los que les ha sido conferida la facultad propositiva. En ambos casos, las respectivas normas dan cuenta de manera clara del respeto que tuvo el legislador por los ámbitos de actuación de cada una de las diversas instituciones que participan en dicho proceso. De lo que se trata es de conciliar *“la necesidad de aprovechar la experiencia de este Tribunal en materia de protección de la libre competencia, con la libertad que poseen los poderes Ejecutivo y Legislativo para decidir acerca de las más adecuadas políticas públicas y sus fines en una determinada materia”* (Proposición normativa N° 15/2014, consideración 42°). De aquí la necesidad de usar la discreción que se ha otorgado para ejercer la facultad de forma prudente.

6. De lo anterior se sigue que el ejercicio de la facultad propositiva se agota en la génesis de reformas legales o reglamentarias. En otras palabras, con la notificación de la proposición normativa al Poder Ejecutivo cesa la participación de este Tribunal por la vía del ejercicio de la facultad en comento (incluso si los preceptos objeto de la recomendación tienen rango legal y, por consiguiente, sólo pueden ser aprobados por el H. Congreso Nacional).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. Con posterioridad a la notificación, la propuesta de reforma no es en caso alguno vinculante para S.E. el Presidente de la República, quien es libre de decidir el camino a seguir respecto de la materia en concreto de que se trate. El único deber legal que a este respecto se impone al Ejecutivo es de respuesta: en caso de que la proposición provenga del Tribunal, el ministro receptor debe manifestar su parecer sobre ésta, el cual debe ser publicitado por vía electrónica en la forma indicada en la ley.

8. La restricción mencionada tiene dos importantes consecuencias. Primero, la facultad propositiva no habilita a este Tribunal para formular comentarios o recomendaciones a proyectos futuros. El artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 no confiere una autorización para participar u opinar en la preparación de una futura modificación o derogación de normas reglamentarias o legales, sin que este Tribunal haya sido convocado para ello *directamente* por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo (quien está habilitado para hacerlo al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del H. Congreso Nacional). Segundo, de modo similar, la facultad se torna inoficiosa e inconducente si con anterioridad a la recomendación el Ejecutivo se pronuncia de algún modo favorable o desfavorable sobre la misma materia que es objeto de aquella (lo que equivale, en cierta forma, a una notificación de la eventual propuesta por parte del Tribunal). Nótese que en ambas situaciones la facultad no debe ser ejercida, aun cuando la emisión de juicios o la convocatoria a emitirlos pudiere llegar a estimarse conveniente desde la perspectiva de la libre competencia.

10. A nuestro entender, en el presente caso se verifican los supuestos para estimar que la facultad no debe ser ejercida. En efecto, los antecedentes del expediente dejan de manifiesto que el Ministerio de Energía, organismo colaborador de S.E. el Presidente de la República en la materia objeto del proceso, no sólo tomó conocimiento de la propuesta de modificación del marco normativo de la actividad de transmisión propuesta por Celeo Redes, sino que se pronunció abiertamente a su favor.

11. En efecto, su presentación de fojas 300, luego de analizar los cambios fácticos y normativos más recientes que se han producido en el mercado eléctrico, concluye señalando que *“dado que actualmente nos encontramos frente a un escenario fáctico totalmente distinto al que originó la dictación de la citada ley, existen claras razones para revisar y reevaluar la actual pertinencia y necesidad real de la regla que motivó la presentación de Celeo Redes Chile ante este Tribunal”*. Esta conclusión fue luego refrendada en su presentación en la audiencia pública de autos, de 3 de octubre de 2018, donde no sólo calificó a la actual regulación que se solicita modificar como *“obsoleta”*,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“asimétrica” y de “difícil aplicación”, sino que sostuvo claramente que “la regulación en materia de restricciones de participación entre segmentos requiere ser revisada”.

12. A mayor abundamiento, en dicha intervención el Ministerio de Energía se hizo cargo de cada uno de los riesgos para la competencia advertidos por la FNE en relación con la propuesta presentada por Celeo Redes, indicando que la actual regulación sectorial los disminuye. En su concepto, tal como lo indicara en la referida audiencia pública, *“existen salvaguardias regulatorias e institucionales que permiten acotar o al menos reducir los riesgos levantados”.*

13. Atendida la posición adoptada por el Ministerio de Energía en estos autos, el ejercicio de la facultad propositiva resulta en este caso inoficioso e inconducente, habiendo perdido oportunidad.

SE RESUELVE: No ejercer la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

Acordado con el voto en contra de la Ministra Domper, quien estuvo por ejercer la facultad de dictar una recomendación normativa conforme con la atribución establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

Esta Ministra considera necesario y oportuno recomendar la modificación de normas legales y reglamentarias que permitan eliminar la discriminación que actualmente existe contra las empresas de transmisión eléctricas que participan en el Sistema de Transmisión Nacional, pues no se les permite invertir en los segmentos de generación y distribución en igualdad de condiciones respecto de otras empresas que, participando en dichos segmentos, sí pueden invertir también en el segmento de transmisión. A juicio de esta disidente, esta barrera a la entrada no permite que se resguarde adecuadamente la libre competencia en el sector.

Lo anterior, por las siguientes consideraciones de índole legal que hacen referencia a la procedencia y oportunidad de ejercer esta facultad:

1. Que, la facultad que el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 otorga al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC” o “Tribunal”) consiste en proponer recomendaciones normativas al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda –las que en ningún caso son vinculantes para ellos–, cuando estime que ciertos preceptos legales o reglamentarios son contrarios a la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia o bien, cuando considere necesario que se dicten dichos preceptos para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presenten en condiciones no competitivas.

2. Que, este Tribunal ha ejercido esta facultad en innumerables ocasiones. Así ha dictado la proposición de modificación normativa N° 19/2017 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y debido de aceptación universal como medios de pago; la proposición de modificación normativa N° 18/2016 sobre intermediación de valores; la proposición de modificación normativa N° 17/2015 sobre servicios asociados al suministro de energía eléctrica; la proposición de modificación normativa N° 16/2015 sobre transacciones parciales de derechos de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico; la proposición de modificación normativa N° 15/2014 sobre crédito prendario, entre otras.

3. Que teniendo esta facultad el Tribunal y habiéndose dado inicio a un procedimiento ante el mismo por parte de un tercero con interés legítimo, no sería adecuado, a juicio de esta Ministra, abstenerse de emitir opinión, si es que se considera que hay aspectos que son contrarios a la libre competencia. Por el contrario, sigue siendo prudente, oportuno y necesario pronunciarse.

4. Que incluso este Tribunal ejerció dicha atribución con ocasión de la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica para que se desarrollara un mercado secundario de espectro radioeléctrico en nuestro país (Proposición N° 16/2015). En dicho caso se ejerció esta facultad y se le envió un oficio al Ministro correspondiente dando cuenta de la proposición de recomendación normativa, aun cuando durante la tramitación de dicha proposición el Ejecutivo había iniciado la tramitación de un proyecto de ley en el Congreso Nacional (Boletín N° 9541-15).

5. Que lo anterior es posible por cuanto se trata de una mera recomendación, respecto de la necesidad de una modificación normativa por razones de competencia. No se trata de una proposición vinculante para otros poderes del Estado, lo que claramente atentaría contra los principios de un Estado de derecho.

6. Que tampoco este Tribunal al ejercer dicha facultad pretende constituirse en un hacedor de políticas públicas, rol que claramente no le corresponde, como expone la mayoría en el punto 5.

7. Que una vez abierto el procedimiento, el Tribunal también ha decidido no recomendar, como en la causa Rol ERN N° 19-2014, pero en base a estimar que no había

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

preceptos legales o reglamentarios contrarios a la libre competencia ni era necesario hacerlo para fomentar la competencia, porque las actividades económicas se prestaban en condiciones competitivas. Por lo anterior este Tribunal no citó a audiencia pública.

8. Que, en este caso, la respuesta del Ministerio de Energía previa a la audiencia pública, que rola a fojas 300, sólo concluye que “existen claras razones para revisar y reevaluar la actual pertinencia y necesidad real de la regla que motivó la presentación de Celeo Redes Chile Limitada ante este Tribunal” y el mero hecho de que dé su opinión en la audiencia no exime a este Tribunal de ejercer su facultad de recomendar si lo estima necesario, más si detecta normas que claramente atentan contra la libre competencia.

Que habiendo despejado temas referentes a la procedencia o no de la dictación de una recomendación normativa por parte de este Tribunal, y considerando esta Ministra que ello es procedente y oportuno, corresponde ahora ir al fondo del asunto, para evaluar su necesidad:

1. Que, en junio 1997 la Comisión Resolutiva dictó la Resolución N°488 (en adelante, la “Resolución”) referente a la integración vertical existente en el sistema eléctrico. En dicha Resolución se instruyó a la empresa de transmisión Transelec, de propiedad de ENDESA, a convertirse en una sociedad anónima abierta, hacer públicos sus balances y entregar una mayor transparencia al mercado. Adicionalmente, estableció que las licitaciones de los contratos de suministro de empresas distribuidoras debían ser realizadas en base a condiciones objetivas, no discriminatorias y públicas, transfiriéndoles a los consumidores los eventuales menores costos derivados de este sistema de compras. También, recomendó la promulgación a la brevedad del reglamento del sector y promover las modificaciones legales que correspondan, con el fin de regular el sistema tarifario de los peajes de transmisión. Esto último se concretó en la publicación de la Ley N° 19.940 de 2004 que regula la actividad de transmisión de energía eléctrica e incorpora las prohibiciones y limitaciones que son materia de autos.

2. Que, lo solicitado por Celeo Redes tiene por objeto que este Tribunal recomiende al Ejecutivo: (i) la eliminación de la prohibición a la que están sujetas las empresas que operan en el sistema de transmisión nacional de participar en los segmentos de distribución y generación; y (ii) la eliminación de la limitación a la que están sujetas las empresas generadoras, distribuidoras y los clientes libres de participar en las empresas que operan en el sistema de transmisión nacional. Limitación que asciende como máximo a un 8% de manera individual y a un 40% de manera colectiva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Que hasta el año 2004 la situación de la industria eléctrica se caracterizaba por un mercado abierto en generación, monopolios naturales regulados en distribución y un monopolio natural no regulado en transmisión eléctrica a nivel nacional. En efecto, la legislación previa establecía que las tarifas a pagar por transmisión se negociaban entre generadores y los dueños de las redes de transmisión; en caso de disputa se podía recurrir a un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros arbitadores. Adicionalmente, las obras de expansión del sistema de transmisión eran decisión de su propietario. Todo lo anterior generaba riesgos de cierre de mercado, discriminación y sabotaje por parte de la empresa transmisora hacia aquellas empresas generadoras con quienes no tenía relaciones de propiedad.

4. Que la situación del segmento de transmisión hasta el año 2007 era la siguiente: Transelec tenía una participación de mercado en el sistema de transmisión nacional de 97,2%, medido en valor anual de transmisión por tramo (VATT), Colbún de 0,3% y otras empresas de 2,5%, según consta en el estudio presentado por Aldo González (fojas 507).

5. Que efectivamente, a esa época, el sistema estaba sometido a potenciales riesgos por cierre de mercado, ya que la empresa transmisora podría entregar servicios a su empresa generadora relacionada verticalmente y se lo podía negar a otras generadoras, con las que no mantenía relación de propiedad, que también requerían del uso de la línea de transmisión para despachar su energía.

6. Que, adicionalmente, existía el riesgo de discriminar precios entre empresas generadoras relacionadas y competidoras de esta última, a través del peaje de transmisión cobrado.

7. Que, finalmente, también existía el riesgo de sabotaje, es decir, de dar acceso a las redes de transmisión a un precio no discriminatorio, pero afectando la calidad del servicio de transmisión a quienes no tenían relación de propiedad con la empresa transmisora. Esto también constituía un potencial abuso que podía afectar la libre competencia.

8. Que, debido a la situación anterior, tanto en el año 2004 como en el año 2016 se produjeron importantes cambios legislativos destinados a minimizar estos riesgos. Como se señala en el informe de Gabriel Bitrán, es así como la Ley N° 19.940 de 2004, específicamente (fojas 108):

a. Definió los sistemas de transmisión en Troncal, Subtransmisión y Adicional.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- b. Definió la actividad de transporte de electricidad en el sistema Troncal y en los de Subtransmisión como un servicio público eléctrico concesionado.
 - c. Además, en dichos sistemas (Troncal y Subtransmisión) estableció la obligación de dar acceso abierto en condiciones no discriminatorias.
 - d. Estableció la regulación de los peajes o tarifas de los sistemas de transmisión Troncal y Subtransmisión, por otorgarse estos servicios en condiciones de monopolio natural.
 - e. Asignó el pago del costo de transmisión a la generación (o inyección de energía al sistema). Así, las generadoras pagaban el 80% del costo de uso de la red de transmisión y el 20% restante lo pagaba el consumo (o retiro) –distribuidoras o clientes libres–. Con esto se mantenía la señal que mientras más lejos se ubicaran las centrales generadoras del centro de consumo de la electricidad, mayor era el costo de transmisión que asumía.
 - f. Introdujo un Estudio de Transmisión Troncal (ETT) que determinaba las inversiones futuras, tanto de ampliaciones como de obras nuevas, lo que era revisado por los Centros de Despacho Económico de Carga (“CDEC”) anualmente. Los propietarios estaban obligados a ampliar sus instalaciones de transmisión existentes, quienes debían licitar su diseño y construcción con terceros.
 - g. Estableció un sistema de licitación de obras nuevas para expandir el sistema de transmisión. Dichas obras se licitan y adjudican a quien cobre un menor precio por su construcción. Dado que quien decide qué obras nuevas se realizarán es el Estudio de Transmisión Troncal, las decisiones de expansión del sistema dejaron de estar en manos de la empresa dominante en transmisión.
 - h. Introdujo la prohibición de integración vertical del segmento de transmisión con las actividades de generación y de distribución eléctrica y, a su vez, limitó la participación de la generación y la distribución eléctrica en transmisión (regulación contemplada en el artículo 7 incisos quinto a noveno que son objeto de esta Recomendación Normativa).
9. Que el año 2016 se introdujeron nuevos cambios normativos a la legislación de transmisión eléctrica mediante la Ley N° 20.936. Mediante ella, principalmente, (fojas 111), se:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- a. Redefinieron los segmentos del sistema de transmisión: en términos generales el sistema Troncal pasó a ser Nacional, el de Subtransmisión pasó a ser Zonal y el Adicional pasó a denominarse Dedicado. Y se agregaron dos nuevos: sistema de Transmisión de Polos de Desarrollo y el sistema de Interconexión Internacional.
 - b. Incorporó la obligación de acceso abierto y no discriminatorio a los sistemas de transmisión Dedicados.
 - c. Delimitó y definió la obligación de acceso abierto.
 - d. Otorgó al Coordinador Eléctrico Nacional (CEN) el rol de garantizar el acceso abierto en los sistemas de transmisión Nacional, Zonal y Dedicado.
 - e. Otorgó, también al CEN la responsabilidad de determinar la capacidad técnica disponible de los sistemas de transmisión Dedicados y de autorizar el uso de dicha capacidad; además de aprobar las conexiones a los sistemas de transmisión y de establecer los costos de conexión.
 - f. Modificó quien asume o paga el costo del sistema de transmisión. De esta forma, deja de estar basado en inyección de energía, para tarificar según retiro del sistema. De esta forma, el costo va a ser pagado por quienes retiren energía del sistema (distribuidoras) y luego será traspasado a clientes regulados; o bien, será asumido directamente por los clientes libres o no regulados.
 - g. Incorporó un sistema planificado de las inversiones en transmisión para los siguientes cinco años. Es decir, se le otorgaron mayores facultades al Estado en la definición del trazado de futuras inversiones.
10. Que la situación de la industria eléctrica hoy difiere significativamente a la existente antes de la dictación de dichas leyes. Así, en la actualidad Transelec es propietaria de 5.523 km de líneas en el Sistema de Transmisión Nacional, lo que representa un 53% del total de kilómetros de línea de dicho sistema, pero si agregamos las líneas de los sistemas de transmisión Zonal y Dedicado, la participación de dicha empresa disminuye a un 30% a nivel nacional (fojas 503). Por otra parte, la participación de la misma empresa al año 2017 medido en el valor de las obras de transmisión en el sistema de Transmisión Nacional es de un 49,4% a nivel nacional (fojas 505). Es decir, en 10 años su participación cayó de un 97,2% a un 49,4%, es decir, disminuye en un 48%. Por su parte, Colbún aumentó su participación de un 0,3% a un 4,9% en igual período y otras empresas aumentaron de un 2,5% a un 10,3%.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

11. Que existe en la actualidad integración vertical en la industria de energía eléctrica. Es así como algunas generadoras como Enel participan en el segmento de transmisión con un 10% de kilómetros de líneas en el Sistema de Transmisión Zonal. Engie, por su parte, quien también es un actor relevante en generación tiene el 12% de kilómetros de líneas en el Sistema de Transmisión Nacional y un 12,5% de kilómetros de líneas en el Sistema de Transmisión Dedicado (fojas 508).

12. Que la licitación de las nuevas obras de expansión o mejoramiento del sistema de transmisión ha permitido que entren nuevos operadores y que exista competencia por adjudicarse estas nuevas inversiones. Tal como se señala en el informe económico de Aldo González, a fojas 506, “[l]os resultados de las licitaciones, indican que no existiría un operador dominante en términos de participación en el total de obras nuevas en transmisión adjudicadas entre el 2004 y el 2016”. En efecto, hay nuevos operadores en el segmento de transmisión como la empresa ISA, Engie, Celeo, InterChile y el consorcio Saeza-Chilquinta, entre otros.

13. Que, en consecuencia, hay suficientes argumentos que justifican levantar la prohibición y limitación existentes:

- a. La situación actual de competencia en el mercado es distinta a aquella existente al año 2004.
- b. Se han producido cambios normativos en la industria, en particular:
 - i. Existen regulaciones tarifarias para el segmento de transmisión, que no existían el año 2004.
 - ii. Las tarifas de transmisión del Sistema Nacional, Zonal y Dedicadas no dependen del poder de negociación de las empresas.
 - iii. Existe obligación de acceso abierto a las redes de transmisión Nacional, Zonal y Dedicadas. El CEN tiene nuevas facultades que permiten garantizar dicho acceso abierto.
 - iv. La expansión del sistema de transmisión del Sistema Nacional no depende de la decisión de la empresa dominante, sino que de estudios, de una planificación centralizada y del proceso de licitación que adjudica las obras nuevas a quien las construya a un menor precio.
 - v. Existe un sistema de licitación de contratos de distribución perfeccionado lo que previene las discriminaciones de precios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- vi. Las facultades del CEN que se señalan en el número 9 (letras d y e) minimizan los riesgos descritos en los numerales 12, 13 y 14; tal como se explica a continuación.
 - vii. Existe un organismo (panel eléctrico) que resuelve conflictos entre los operadores del sistema, y que otorga mayor certeza jurídica a los partícipes. Este Panel reemplaza al antiguo sistema de árbitros arbitradores.
- c. Los cambios normativos señalados, minimizan los riesgos para la competencia en el mercado, de la siguiente forma:
- i. El riesgo de cierre de mercado se minimiza con la imposición de la obligación de acceso abierto a todas las líneas del sistema de transmisión y con la responsabilidad del CEN de garantizar que ello se cumpla.
 - ii. Aumentan los incentivos para invertir en el desarrollo y ampliación del sistema de transmisión existente por parte de la empresa dominante, ya que se deben licitar las obras nuevas y se obliga a los actuales propietarios a invertir en ampliaciones de las obras existentes y a licitar a terceros su construcción.
 - iii. El riesgo de discriminación de precios disminuye en la medida que la construcción de las nuevas obras de expansión de la transmisión se licita a menor Valor Anual de la Transmisión por Tramo (VATT) (fojas 514 y artículo 99 del decreto con fuerza de ley N° 4, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N°1, del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos) y a que los precios para clientes regulados quedan determinados en las licitaciones de suministro de las distribuidoras.
 - iv. El riesgo de discriminación de precios a clientes libres, al igual que en cualquier otro mercado, queda cubierto por la normativa de libre competencia. Es decir, los afectados pueden demandar por abuso de posición dominante y discriminación de precios ante este Tribunal.
 - v. La nueva normativa incorpora un resguardo adicional en materia de libre competencia dado que el CEN debe monitorear que se den las condiciones de competencia en el mercado e informar a la FNE en caso de alguna práctica contraria a la libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vi. Finalmente, el riesgo de sabotaje también se minimiza con la nueva normativa dado que el CEN debe velar por que se cumplan las condiciones de calidad del servicio.

d. El único riesgo adicional que se incorpora con las modificaciones legislativas antes señaladas, es que se desarrollen proyectos en ubicaciones ineficientes en los segmentos de generación y transmisión, dado que con la reforma del año 2016 se va a tarificar según retiro del sistema y no por inyección.

14. Cabe señalar que hasta el momento no ha existido una sentencia condenatoria por abuso de posición dominante ante este Tribunal por sabotaje, discriminación de precios o negativa de contratar o conectar por parte de Transelec ni de otras empresas transmisoras.

15. Por el contrario, mantener la actual restricción va en contra de la libre competencia ya que:

a. Representa un trato discriminatorio para las empresas de transmisión que operan en el Sistema de Transmisión Nacional, dado que si éstas se constituyen primero como empresa generadora o distribuidora no están sujetas a la prohibición, sino que a un límite de participación en la actividad de transmisión.

b. Representa una barrera a la entrada para las empresas transmisoras que quieran invertir en proyectos de generación y no considera posibles eficiencias.

c. La integración vertical entre transmisión y generación o entre transmisión y distribución tiene ventajas y puede generar beneficios para la sociedad. Hay estudios internacionales que muestran que existen beneficios en términos de economías de alcance de integrar verticalmente la generación con la transmisión lo que podría resultar en reducciones de costos totales de entre un 8 y un 10% (fojas 520 y 521). Dado que en el caso chileno se licita el suministro a clientes regulados a menor precio, se dan los incentivos para traspasar esas eficiencias a tarifas. Desde el año 2006 se han realizado seis procesos de licitación en Chile y a partir del año 2014 se observa que han aumentado los oferentes y que los precios han disminuido (fojas 522).

d. Si se eliminan las restricciones para las empresas transmisoras y las limitaciones para las empresas generadoras y distribuidoras, es probable que aumente aún más el número de participantes o competidores en las licitaciones de suministro a distribuidoras, dado que las empresas de transmisión podrán

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participar en generación, lo que resultaría en precios menores para clientes regulados.

e. Adicionalmente, si se eliminan las limitaciones de participación de los generadores debiera aumentar la presencia de ellos en transmisión con lo cual mejoraría el nivel de competencia en las licitaciones para la expansión y construcción de nuevas obras de transmisión, y su costo también debiera disminuir. La generación requiere hoy de mayor flexibilidad para participar en transmisión.

16. Que los límites impuestos por la Ley N° 19.940 para la participación en transmisión a las empresas de generación y de distribución, de un 8% en forma individual y 40% de manera colectiva, no han tenido el efecto que se buscaba. Por el contrario, se han generado discusiones sobre qué se entiende por VATT y cómo se mide. En consecuencia, si se eliminan dichas limitaciones es esperable que disminuyan los litigios y situaciones de incumplimiento de la ley debido a las ambigüedades que existen en la actualidad (fojas 146-152). Además, los datos muestran que ha disminuido la concentración de participación en el segmento generación gracias a las inversiones en proyectos de Energías Renovables No Convencionales (ERNC).

17. Que levantar esta prohibición y eliminar las limitaciones de participación en propiedad, no implica:

a. Dejar de regular el mercado. Por el contrario, ya se han incorporado a la regulación vigente todas las medidas propuestas por la Comisión Resolutiva en 1997.

b. Permitir la integración vertical sin que quede sujeta a norma alguna. De igual manera las empresas quedarán sujetas a la normativa general en materia de Libre Competencia y de Operaciones de Concentración. Quedando fuera únicamente aquellos casos de dos empresas pertenecientes al sector eléctrico, ya sea en generación, transmisión o distribución, que previamente forman parte de un mismo grupo económico. Dado que ello no se considera operación de concentración según el artículo 47 del D.L. N° 211.

18. Que lamentablemente, mantener la prohibición y las limitaciones a la propiedad existentes si implican perder beneficios que se podrían obtener de una mayor competencia en las licitaciones para la expansión de nuevas obras de transmisión y la construcción de ampliaciones de las existentes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

19. Que, en consecuencia, dada la situación actual de la industria, no se requiere una medida de carácter estructural como la existente para las empresas de transmisión y tampoco mantener la restricción para la participación de las empresas de generación y distribución en la actividad de transmisión.

20. Que por todo lo expuesto, a juicio de esta Ministra, la normativa que se pide modificar atentaría contra la libre competencia. Por lo cual estima necesario hacer la recomendación de proposición normativa solicitada de tal manera que se:

- a. Derogue la norma a que se refiere el art. 7, incisos 5°, 6°, 7° y 8° de la Ley General de Servicios Eléctricos.
- b. Modifiquen los actuales incisos inciso 4° y 9°.

21. Recomendando que el artículo 7°, establezca lo siguiente:

“Artículo 7°. - Es servicio público eléctrico, el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros.

Las empresas que posean concesiones de servicio público de distribución sólo podrán destinar sus instalaciones de distribución al servicio público y al alumbrado público.

Asimismo, es servicio público eléctrico el transporte de electricidad por sistemas de transmisión nacional, zonal y para polos de desarrollo de generación.

Las empresas operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión nacional deberán estar constituidas como sociedades anónimas abiertas o cerradas sujetas a las obligaciones de información y publicidad a que se refiere inciso séptimo del artículo 2° de la ley N° 18.046 y no podrán desarrollar el giro de generación o distribución de electricidad por sí mismas. No obstante, empresas relacionadas a éstas sí podrán participar en los segmentos de generación y distribución o desarrollar otras actividades, en la medida en que dichas empresas relacionadas cuenten con patrimonio y personalidad jurídica propios.

Los propietarios de instalaciones que sean declaradas como nacionales deberán constituir sociedades de giro de transmisión en el plazo de un año, contado desde la publicación del decreto que declara la respectiva línea o instalación como nacional.”.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol ERN N° 24-18

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Saavedra Parra, Presidente (S), Sr. Javier Tapia Canales, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. Autorizada por la Secretaria Abogada (S), Angélica Burmester Pinto.