

Contestán demanda

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Benjamín Mordoj Hutter, Tomás Pérez Lasserre, Sebastián Morales Ramos y Nicolás Ossandón Cerda, abogados, en representación de Transelec S.A. (“Transelec” o la “Compañía”), en autos caratulados “**Demanda de Phoenix Infrastructure Holdings SpA y El Pelicano Solar Company SpA contra Transelec S.A.**”, Rol C N°447-22, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

Encontrándonos dentro de plazo, y en cumplimiento de lo dispuesto a folio 47, contestamos la demanda interpuesta por Phoenix Infrastructure Holdings SpA (“Actis”) y El Pelicano Solar Company SpA (respectivamente, la “Demanda”, “El Pelicano” y, en conjunto con Actis, las “Demandantes”) a folio 44, solicitando su rechazo, con costas, fundados en las razones de hecho, de derecho y económicas que se desarrollan en esta presentación.

H. Tribunal, las Demandantes han planteado en estos autos un falso problema jurídico. Ellas pretenden hacer creer que estaríamos ante un caso en el cual se estaría transitando desde un precio contractualmente acordado entre dos partes a uno regulado heterónomamente por la autoridad –como ha ocurrido en otras industrias, o inclusive en la misma industria eléctrica– y que Transelec estaría supuestamente negándose a esa transición, o al reconocimiento de esta nueva realidad regulatoria; todo ello con el artificioso objeto de extraerles rentas supra competitivas. Esto simplemente no es efectivo.

La realidad de las cosas, en cambio, es que dos partes profesionales dedicadas al negocio eléctrico –una de ellas la antecesora en los derechos y obligaciones de Actis y, la otra, Transelec–, suscribieron libre y espontáneamente un acuerdo de carácter comercial, que tuvo por objeto pactar los términos de una modalidad de financiamiento de un activo específico destinado a permitir la inyección de energía y potencia al sistema por parte de una unidad generadora (“Convenio de Inversión”)¹. Se trató entonces de una convención que las partes materializaron a través de un esquema contractual amparado por la ley, que reguló detalladamente ese régimen de financiamiento, y que ahora las Demandantes pretenden desconocer.

En otros términos, los montos que las Demandantes adeudan a Transelec, cuyo cobro por parte de nuestra representada constituye el sustrato fáctico de la Demanda, tienen su origen en el financiamiento que Transelec otorgó a las Demandantes al amparo del Convenio de Inversión, y no corresponden a los peajes o cargos por uso del sistema de transmisión, que son aquellos generalmente regulados bajo la Ley General de Servicios Eléctricos (“LGSE” o “Ley Eléctrica”)².
³ Más en concreto, dichos montos adeudados por las Demandantes vienen a ser el efecto de un

¹ “Convenio de inversión entre Total Sunpower El Pelicano SpA y Transelec S.A.”, suscrito el 31 de agosto de 2017.

² Decreto con Fuerza de Ley N°4, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N°1 del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos”.

³ La remuneración la transmisión se encuentra reglada en el artículo 114 de la LGSE, que dispone:

“Las empresas propietarias de las instalaciones existentes en los sistemas de transmisión nacional, zonal y para polos de desarrollo deberán percibir anualmente el valor anual de la transmisión por tramo correspondiente a cada uno de dichos sistemas, definido en el artículo 103°. Este valor constituirá el total de su remuneración anual. Asimismo, los propietarios de

financiamiento vía inversión libre que fue voluntariamente acordado hace aproximadamente cinco años entre Transelec y la entonces sociedad Total SunPower El Pelicano SpA (“TSP”)⁴, que en ese momento era la dueña de la central El Pelicano (“Central”), para efectos de hacer posible la construcción y desarrollo de la subestación seccionadora Don Héctor (“S/E Don Héctor” o “S/E”). Se trató de una infraestructura que TSP buscó implementar para efectos de permitir la conexión de la Central al Sistema Eléctrico Nacional (“SEN”), y que optó –pues nada la obligaba a hacerlo– por transferir a la Compañía bajo esa concreta modalidad de financiamiento.

Tan cierto es lo anterior, que la supuesta sorpresa y desconocimiento que las Demandantes aducen respecto del contenido de los acuerdos a los que se encuentran obligadas no se condice con las negociaciones que de buena fe siempre mantuvieron TSP y la Compañía, en las que queda de manifiesto la naturaleza y extensión de la operación comercial válidamente celebrada entre las partes.

Más allá de lo que se expondrá en esta contestación, de entrada, dos hechos muestran la efectividad de lo que se está señalando: **(i)** el contrato de peaje dedicado suscrito entre TSP y Transelec al que se hace referencia en la demanda (“Contrato de Peaje Dedicado”)⁵ y que fue celebrado en paralelo al Convenio de Inversión entre las partes, cesó en sus efectos cuando la S/E pasó a formar parte del sistema de transmisión nacional (“STN”)⁶, siendo ese el momento en que el precio por concepto de peajes pasó a ser reemplazado por una tarifa de uso o variable regulada. H. Tribunal, éste sí es un caso de paso de precio contractual a uno regulado –por concepto de uso de las instalaciones de transmisión– que la propia relación contractual entre TSP y Transelec previó, que la Compañía jamás desconoció ni ha pretendido desconocer, y que no guarda relación con el financiamiento específico de la Central, que remuneraba un costo fijo; y, **(ii)** en algo omitido por Actis y El Pelicano en su Demanda (las Demandantes podrán explicar

las instalaciones de transmisión dedicada utilizada por parte de usuarios sometidos a regulación de precios, deberán percibir de los clientes regulados la proporción correspondiente a dicho uso.

Para los efectos del inciso anterior, dentro de cada uno de los sistemas de transmisión nacional y zonal, se establecerá un cargo único por uso, de modo que la recaudación asociada a éste constituya el complemento a los ingresos tarifarios reales para recaudar el valor anual de la transmisión de cada tramo definido en el decreto señalado en el artículo 112°. Se entenderá por "ingreso tarifario real por tramo" a la diferencia que resulta de la aplicación de los costos marginales de la operación real del sistema, respecto de las inyecciones y retiros de potencia y energía en dicho tramo.

Asimismo, se establecerá un cargo único de modo que la recaudación asociada a éste remunere la proporción de las instalaciones de transmisión dedicada utilizada por parte de usuarios sometidos a regulación de precios, considerando la proporción de ingresos tarifarios reales asignables a ellos.

Del mismo modo, se establecerá un cargo único de manera que la recaudación asociada a éste remunere la proporción de las instalaciones para polos de desarrollo no utilizada por la generación existente. El valor anual de la transmisión para polos de desarrollo no cubierta por dicho cargo, será asumida por los generadores que inyecten su producción en el polo correspondiente.

Los cargos únicos a que hace referencia el presente artículo serán calculados por la Comisión en el informe técnico respectivo y fijado mediante resolución exenta.

El reglamento deberá establecer los mecanismos y procedimientos de reliquidación y ajuste de los cargos por uso correspondientes, de manera de asegurar que la o las empresas señaladas perciban la remuneración definida en el inciso primero de este artículo”.

⁴ En lo sucesivo, por las razones que se explican *infra* (§VI.3), se utilizará indistintamente la razón social TSP y El Pelicano para identificar a la propietaria de la Central y una de las Demandantes. En efecto, contrariamente a lo que se pretende hacer creer, la misma sociedad que concurrió voluntariamente a suscribir los contratos con Transelec es una de las que comparece en estos autos.

⁵ “Contrato de peaje dedicado entre Total SunPower El Pelicano SpA y Transelec S.A.”, suscrito el 31 de agosto de 2017.

⁶ De conformidad con el artículo 74 de la LGSE, el sistema de transmisión nacional es “*aquel sistema que permite la conformación de un mercado eléctrico común, interconectando los demás segmentos de la transmisión, y estará constituido por las líneas y subestaciones eléctricas que permiten el desarrollo de este mercado y posibilitan el abastecimiento de la totalidad de la demanda del sistema eléctrico, frente a diferentes escenarios de disponibilidad de las instalaciones de generación, incluyendo situaciones de contingencia y falla, considerando las exigencias de calidad y seguridad de servicio establecidas en la presente ley, los reglamentos y las normas técnicas*”.

por qué): el propio Convenio de Inversión establece, en su cláusula 7.4, que las partes harían su mayor esfuerzo por incorporar la S/E Don Héctor al STN⁷.

Sobre esto último, la interpretación de las Demandantes es que la incorporación de la S/E al STN haría cesar por completo los pagos que se adeudan a Transelec, porque éstos ya estarían cubiertos por los ingresos regulados que la Compañía percibe, ingresos que, valga recordarlo, son variables y asociados al uso de la S/E. Pero esto no se sostiene en ningún tribunal –basta acudir al criterio de interpretación referido a los efectos útiles de los contratos–, ni menos en una jurisdicción técnica de libre competencia. En efecto, ningún agente medianamente diligente hace un desembolso de dinero pactando su restitución en 300 cuotas mensuales, y, al mismo tiempo, se compromete a hacer esfuerzos inmediatos para que el derecho a exigir el pago de esas 300 cuotas quede sin efecto.

Una interpretación mínimamente coherente y obvia de las cláusulas libremente pactadas por las partes lleva a concluir que una cosa son los ingresos regulados por concepto de la incorporación de la S/E Don Héctor al STN, que cubren los gastos de operación de dicho activo (su *Opex*), y que en el derecho chileno están sujetos a regulación de precios bajo ciertas circunstancias, y que otra cosa totalmente distinta es la restitución de los dineros que Transelec le entregó a TSP y que le permitieron financiar la construcción de esa S/E (la inversión en capital o *Capex* de este proyecto), materia reservada a la autonomía de la voluntad de las partes. La prueba más clara de lo anterior está en que, para efectos de asegurar que la Compañía no percibiera un doble pago por el mismo concepto, se vincularon ambos instrumentos, estipulando que todo ingreso que Transelec pasara a percibir a título de la tarifa regulada debía descontarse de los ingresos obtenidos a título de restitución del financiamiento otorgado. La situación no puede ser más simple y obvia.

Lo anterior es tan solo una muestra de los defectos sustantivos de los que, en la respetuosa opinión de esta parte, adolece la Demanda. En efecto, más allá de sus imprecisiones fácticas, lo que se revela es un intento por instrumentalizar la sede de libre competencia para plantear una cuestión contractual, y a lo sumo, de interpretación regulatoria, procurando dejar sin efecto, de mala fe, un contrato válidamente celebrado entre dos contratantes profesionales y sofisticadas. Es por lo anterior que, según se expondrá *infra*, analizada desde esta perspectiva, la pretensión planteada en la Demanda tiene, entre otros, problemas de incompetencia del tribunal y de falta de legitimación activa.

Por otra parte, la Demanda carece de una teoría del caso sólida que sea consistente con el bien jurídico relevante en esta sede. En efecto, las Demandantes **(i)** más allá de referencias vagas, no explican cómo Transelec, una empresa completamente regulada en su operación transmisora, podría haber exigido de TSP condiciones supuestamente leoninas, aprovechando su condición de titular de la línea de transmisión troncal –la Demanda ni siquiera otorga razones sobre ello, sino que sólo asevera que tal hecho se habría producido–, ni cómo ello sería coherente con la argumentación que la propia Demanda realiza de que TSP habría actuado de consuno con Transelec para montar un esquema perjudicial para el nuevo operador de El Pelicano; y, **(ii)** no es capaz de presentar una mínima teoría del daño competitivo que resulte coherente con el

⁷ Dispone en específico esa cláusula que “*Considerando que la Subestación Seccionadora Don Héctor se pondrá en servicio en una fecha intermedia respecto del próximo proceso de tarificación de la transmisión, TSP iniciará gestiones y podrá efectuar presentaciones para que tenga aplicación lo señalado en el artículo 102 inciso 2° de la LGSE, con el objeto que sea reconocida transitoriamente como parte del Sistema Nacional (ex Troncal) y valorizada. Por el presente instrumento TRANSELEC se obliga a, una vez materializada la compraventa, suscribir los documentos y presentaciones respectivas e intervenir en todo lo que sea necesario para obtener la respectiva declaración del Coordinador del Sistema Eléctrico Nacional y de la CNE para obtener el objetivo señalado (...)*”. Énfasis agregado. Salvo que se indique lo contrario, todos los énfasis han sido añadidos.

Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”). En el fondo, Actis y El Pelicano esgrimen ciertos conceptos de libre competencia para vestir el caso con ropajes de esta naturaleza, evitándose iniciar un litigio arbitral conforme con el mecanismo de solución de controversias vigente, en el que improbablemente obtendrían un resultado satisfactorio, como lo sería la sustracción del cumplimiento de sus obligaciones.

En cualquier caso, y más allá de todo lo anterior, es evidente que la acción está prescrita bajo la uniforme y consistente jurisprudencia de este H. Tribunal en materia de acciones derivadas de actos jurídicos o contratos. Y es que, según se expondrá, la acción deducida está intrínsecamente vinculada con la suscripción de aquella operación comercial a la que hemos hecho referencia, que data de 2017, habiendo transcurrido casi cinco años entre esa fecha y la de la notificación de la Demanda.

I. Quién es Transelec

Transelec es una empresa dedicada al giro de la transmisión eléctrica con más de 60 años de historia. Su principal objetivo es y ha sido contar con una red de transmisión robusta que permita a los usuarios disponer de un suministro eléctrico sin interrupciones, lo que ha logrado transportando a través de sus instalaciones energía eléctrica al 98% de la población que habita el territorio nacional. Para ello, dispone de 10.045 kilómetros de líneas de transmisión con una capacidad total de transformación de 19.322 mega voltamperios distribuida en 69 subestaciones⁸.

Asimismo, la Compañía posee conocimiento y experiencia en toda la cadena de valor de la industria de la transmisión de la electricidad, esto es: **(i)** en la etapa inicial de los proyectos, que comprende la evaluación, ingeniería conceptual y básica, diseño de soluciones de transmisión y de conexión; **(ii)** en el desarrollo propiamente tal de los proyectos, a través de su gestión y construcción, así como en el asesoramiento en su puesta de servicio; y, **(iii)** en la operación, mantenimiento y administración de las nuevas instalaciones, tanto propias como de empresas relacionadas.

En el desarrollo de sus proyectos de transmisión, Transelec se preocupa especialmente de la incorporación e interacción con las comunidades locales de los territorios donde sus instalaciones se emplazan. Lo anterior es de especial relevancia, pues la Compañía se encuentra presente desde Arica a Chiloé, lo que abarca un conjunto heterogéneo de realidades culturales y territoriales.

En cuanto a la composición de la Compañía, los accionistas de Transelec son fondos de pensiones y de inversión de origen canadiense, así como la compañía China Southern Power Grid, ambos con objetivos de largo plazo, quienes han invertido a través de la Compañía en el desarrollo del país⁹. A partir del año 2010 y hasta el año 2021, Transelec ha invertido alrededor de US\$2.400 millones en activos de transmisión, los que van en directo beneficio de los usuarios del servicio eléctrico.

⁸ Transelec. Memoria Anual, 2021.

⁹ En 2006, el consorcio canadiense conformado por Brookfield Asset Management (BAM), Canada Pension Plan Investment Board (CPP), British Columbia Investment Management Corporation (bcIMC) y Public Sector Pension Investments (PSP) adquiere el 100% de la propiedad accionaria de Transelec. En marzo de 2018, la compañía China Southern PowerGrid (CSG) adquiere las acciones de BAM, en virtud de lo cual CSG pasa a ser accionista del 27,79% que BAM indirectamente poseía en Transelec. En consecuencia, la propiedad accionaria queda conformada por CSG, CPP, bcIMC y PSP.

II. La S/E Don Héctor

II.1. Origen de S/E Don Héctor

Tal como ha sido adelantado, la S/E fue diseñada, desarrollada y construida por TSP con el objeto de conectar la Central al entonces Sistema Interconectado Central (“SIC”) –del cual hoy es continuador el SEN– en el tramo Punta Colorada – Maitencillo 2x220 kV (“Línea Punta Colorada-Maitencillo”); esta última de propiedad de Transelec, quien también la administra y opera, y que integra el STN, ex sistema de transmisión troncal (“STT”)¹⁰.

La Central fue declarada “*en construcción*” mediante cartas enviadas a la Comisión Nacional de Energía (“CNE”) y al entonces CDEC-SIC, hoy Coordinador Independiente del SEN (“Coordinador”), el 23 de diciembre de 2014. Por su parte, el punto de conexión a la Línea Punta Colorada-Maitencillo fue aprobado el 23 de diciembre de 2015, de acuerdo con la carta DPD NQ106/2015, tras su asignación a TSP por parte del CDEC-SIC.

Al respecto, resulta necesario tener presente que, a esa fecha, la central El Romero Solar de El Romero SpA, filial de Acciona Energía Chile SpA (“Acciona”), también efectuó una solicitud para obtener un punto de conexión en la Línea Punta Colorada-Maitencillo. Sin embargo, fue a TSP a quien finalmente el CDEC-SIC le asignó el punto de conexión –permitiéndosele a Acciona conectar en *Tap Off provisional* para que después normalizara su conexión a la nueva S/E Don Héctor–, con lo cual se materializó la posibilidad de que TSP desarrollara en definitiva la S/E¹¹. Este punto es relevante, según se verá *infra* (§III).

Es así como en el año 2016, una vez materializados dichos requerimientos regulatorios y garantizada la posibilidad de conectar la Central al SEN, TSP encomendó a su relacionada SunPower Corporation SpA (“SunPower Corporation”) la construcción de las obras asociadas a la S/E Don Héctor. A su vez, SunPower Corporation subcontrató a la empresa Inprolec para ejecutar la construcción¹².

Esta instalación fue originalmente concebida por TSP como un sistema de transmisión dedicado, mediante el cual la Central se conectaría al sistema para inyectar su producción de energía¹³. Sin embargo, como se dará cuenta más adelante, desde un comienzo TSP y Transelec esperaban que la S/E Don Héctor fuese calificada como una instalación del STN o del sistema de transmisión

¹⁰ En efecto, en el año 2017, los dos sistemas entonces más grandes del país –el SIC y el Sistema Interconectado del Gran Norte–, que se encontraban sometidos a la coordinación de los respectivos Centros Económicos de Despacho de Carga, se interconectaron –conexión que entró completamente en operación en el año 2019–, creando el SEN.

Por su parte, previo a la ley N°20.936, que “Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional”, se reconocían las siguientes instalaciones del sistema de transmisión: (i) el STT, (ii) el sistema de subtransmisión; y (iii) el sistema de transmisión adicional.

Con la entrada en vigor de la ley N°20.936, (i) el STT pasó a denominarse STN; (ii) el SST, sistema de transmisión zonal; y, (iii) el sistema de transmisión adicional pasó a llamarse sistemas de transmisión dedicados. Además, se reconocieron otros sistemas de transmisión, como el de polos de desarrollo y el sistema de interconexión internacional.

¹¹ Cabe hacer presente que previo a la ley N°20.936, de julio de 2016, que estableció la nueva institucionalidad de transmisión, no existía un procedimiento reglado para la tramitación de solicitudes de autorización de conexión como el regulado en la actualidad.

¹² Para tales efectos se suscribió el contrato “Subcontract Agreement (El Pelicano Project - Switchyard Design/Build)”.

¹³ De conformidad con el artículo 76° del Decreto con Fuera de Ley N°4/2018, se define por sistemas de transmisión dedicados a aquellos sistemas constituidos por las líneas y subestaciones eléctricas radiales, que encontrándose interconectadas al sistema eléctrico, están dispuestas esencialmente para el suministro de energía eléctrica a usuarios no sometidos a regulación de precios o para inyectar la producción de las centrales generadoras al sistema eléctrico.

zonal (“STZ”)¹⁴, con los subsecuentes efectos que ello tiene en la tarificación de la transmisión, y al cual se hará breve referencia *infra* (§III.2).

La inclusión de la S/E al STN se verificó en definitiva el 1° de enero de 2020, según se dispuso en la Resolución Exenta N°244, de 2019, de la CNE (“Resolución 244”), que aprobó el informe definitivo de calificación de instalaciones de los sistemas de transmisión para el período 2020-2023, y en virtud de la cual la mayor parte de las instalaciones de la S/E Don Héctor pasaron a formar parte del STN¹⁵.

Pues bien, incluso antes de que la S/E Don Héctor se encontrara construida, TSP y Transelec comenzaron negociaciones para la compra de las instalaciones a la primera por parte la segunda. La razón de lo anterior es que tal instalación no formaba parte del giro de generación y comercialización de electricidad a desarrollar por TSP, y esta última tampoco contaba con la experiencia técnica requerida para la administración, operación y mantenimiento de instalaciones de transmisión, de conformidad con los exigentes requerimientos de la regulación sectorial.

Como se verá, nada de extraño hay en la fórmula buscada y acordada por las partes. TSP procuró construir la S/E lo más cerca posible de la Central, para lo cual solicitó su conexión al mismo tiempo en que también lo efectuaba otra generadora (Acciona) en competencia con esta última, y, sólo una vez que contó con las autorizaciones necesarias, inició su construcción. En ese contexto, Transelec, en su condición de operador de transmisión, constituía una contraparte técnica idónea, mas no indispensable, pues existían múltiples opciones de financiamiento para esa inversión.

Asimismo, desde ese entonces ambas partes habían manifestado la voluntad de que TSP vendiese la S/E a Transelec, lo cual en definitiva se efectuó dentro de un Acuerdo Marco suscrito por el 31 de agosto de 2017 (“Acuerdo Marco”) en el que se subsumen tanto el Contrato de Compraventa¹⁶, como el Contrato de Peaje Dedicado¹⁷ y el Convenio de Inversión¹⁸, este último en virtud del cual las partes pactaron pagos por concepto de la inversión efectuada por Transelec con la adquisición de la S/E. Por otro lado, con el objeto de reducir los pagos por concepto de su uso, TSP desde sus inicios procuró que la S/E Don Héctor pasara al STN o al STZ, a lo cual Transelec también concurrió decididamente.

Hasta aquí no es posible entender cómo habría un abuso de posición dominante de Transelec en perjuicio de TSP, o cómo la Compañía podría haberle impuesto condiciones leoninas para obligarla a transferirle la S/E. De hecho, como se verá *infra* (§III), cuando se analiza el conjunto de los contratos suscritos libremente entre las partes se constata una operación no sólo

¹⁴ En efecto, los incisos primero y segundo del artículo 100 del Decreto con Fuera de Ley N°4/2018 disponen que las líneas y subestaciones eléctricas de cada sistema de transmisión nacional, para polos de desarrollo, de transmisión zonal y de los sistemas dedicados serán determinadas cuatrienalmente por la CNE mediante resolución exenta dictada al efecto, en consistencia con las consideraciones a que hace referencia el artículo 87° del Decreto con Fuera de Ley N°4/2018, que regula la planificación centralizada de la transmisión. En dicha resolución de calificación, la CNE deberá incorporar a las instalaciones futuras de transmisión de construcción obligatoria, en el momento en que entren en operación, que se encuentren contenidas en los respectivos decretos de expansión, así como aquellas otras que entren en operación dentro del período de vigencia de la referida resolución.

Por último, el inciso final del artículo en comento dispone que, para efectos de la calificación de las líneas y subestaciones eléctricas, el Coordinador deberá remitir a la CNE el listado de instalaciones contenido en los sistemas de información a que administra, dentro de tres meses antes del vencimiento del plazo señalado en el artículo 107 del Decreto con Fuera de Ley N°4/2018, esto es, a más tardar veinticuatro meses antes del término del período de vigencia de las tarifas de los sistemas de transmisión.

¹⁵ Según se dispone en el numeral 3.1. de la Resolución Exenta N°244, de 2019, de la CNE.

¹⁶ Contrato de compraventa suscrito el 14 de septiembre de 2017 entre TSP y Transelec.

¹⁷ Contrato de peaje dedicado suscrito el 31 de agosto de 2017 entre TSP y Transelec.

¹⁸ Convenio de inversión suscrito el 31 de agosto de 2017 entre TSP y Transelec.

voluntariamente celebrada entre agentes económicos informados y autónomos, sino que lícita en cuanto a su objeto y mutuamente conveniente en lo relativo a su régimen patrimonial. Ello devela que la real intención de las Demandantes es sustraerse del cumplimiento de obligaciones válidamente asumidas previamente, que significaron para Transelec un desembolso no menor de dineros que ahora se le pretenden negar a través de un mal uso de la sede de libre competencia.

Por último, no debe perderse de vista que Transelec, y más en particular la S/E Don Héctor, se encuentran sometidas a estrictas obligaciones regulatorias, las que son abordadas a continuación.

II.2. Regulación a la que se somete la S/E

II.2.1 El mercado eléctrico chileno y la intensa regulación a la que se encuentra sometida el segmento de transmisión

Como es de público conocimiento, el mercado eléctrico regulado en el Decreto con Fuerza de Ley N°4/2018, que establece la Ley General de Servicios Eléctricos de la (“Ley Eléctrica” o “LGSE”) distingue tres segmentos. El primero de ellos es el de la generación, y en aquel eslabón de la cadena valor se produce energía eléctrica a través de un proceso tecnológico destinado a transformar las fuentes primarias (v.gr. agua, carbón, diésel, viento, sol). El segundo es de la transmisión, que se caracteriza por trasladar la energía por medios de líneas de alta tensión y subestaciones desde los puntos de producción hasta los centros de consumo. Tales instalaciones de transporte no están destinadas a prestar el servicio eléctrico de distribución¹⁹. El tercero es la distribución, en el cual se transporta la energía en redes de baja tensión (líneas y subestaciones) desde las estaciones de transmisión hacia los usuarios finales ubicados dentro de sus zonas de concesión²⁰.

En Chile, para regular este sector económico se parte de tres premisas fundamentales.

En primer lugar, se busca promover la competencia en aquellos segmentos de la cadena de valor donde las inversiones asociadas no configuran un monopolio natural o presentan características de tal, como sucede con el segmento de generación. En este segmento, la regulación fomenta su desarrollo en condiciones de competencia. Los interesados en desarrollar proyectos de generación pueden determinar su ubicación, inversiones, tecnologías y modelo de concesión²¹.

En segundo lugar, en los segmentos donde la duplicidad de inversiones en activos fijos haría ineficiente la libre concurrencia de distintos participantes, como sucede con la transmisión, al presentarse una tendencia al surgimiento de significativas economías de escala²², se implementa:

¹⁹ Artículos 7°, 8° y 73 de la LGSE.

²⁰ O fuera de ellas, cuando los usuarios se conecten a las instalaciones mediante líneas propias o de terceros. Artículos 7° y 8° de la LGSE.

²¹ Artículos 2° N°3, 4°, 12 y 14 LGSE. Adicionalmente, las empresas generadoras pueden participar en el segmento de transmisión de manera limitada a un 8% de participación individual en el valor de inversión total y 40% considerando las participaciones de manera conjunta –empresas generadoras, distribuidoras y del conjunto de los usuarios no sometidos a fijación de precios– sobre el total del sistema de transmisión. Artículo 7 LGSE.

²² En el mensaje presidencial que dio pie a la tramitación de la Ley N°19.940 se indicó que el segmento de transmisión del mercado eléctrico “*presenta significativas economías de escala, e indivisibilidad en la inversión, existiendo por lo tanto tendencia a su operación como monopolio*”. Historia de la Ley N°19.940, p.4.

Por su parte, la CNE ha explicado que tales economías de escala se fundan en los siguientes aspectos de la estructura de la función de producción de la transmisión de energía eléctrica: (i) indivisibilidades asociadas al dimensionamiento de componentes de la infraestructura; (ii) el aumento de la capacidad de transporte en función cuadrática del voltaje o tensión de transporte, sin un incremento de la misma proporción que el costo de inversión respectivo; y, (iii) predominancia de factores fijos, que persisten como tales en presencia de aumentos de capacidad –v.gr., costos de estructuras, valor de la franja de

(i) un mecanismo de libre acceso a sus redes y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, cuya intensidad regulatoria ha variado con el paso del tiempo –régimen de acceso abierto que se pormenoriza *infra* (§II.2.4)–; (ii) una remuneración dependiente del uso de las instalaciones; y, (iii) desde la dictación de la N°19.940, se regula intensamente el valor de los sistemas y los pagos por usos de las líneas y subestaciones que pertenecen al entonces denominado STT (hoy STN) y subtransmisión (a la fecha STZ)²³.

Se exceptúan de esa regulación de ingresos los sistemas de transmisión adicionales (actualmente, denominados “dedicados”) y la remuneración de las obras nuevas, esto es, aquellas “líneas o subestaciones eléctricas que no existen y son dispuestas para aumentar la capacidad o seguridad y calidad del servicio del sistema eléctrico”²⁴. En este último caso, el valor anual de transmisión por tramo y su fórmula de indexación con el cual se adjudican en el proceso licitatorio previsto para las obras nuevas a la empresa de transmisión se aplicará durante cinco periodos tarifarios desde su entrada en operación. Luego de ese período (20 años), las instalaciones y su valorización se someterán al proceso de fijación tarifaria²⁵.

En tercer lugar, para el sector de distribución, se asume que se trata de la prestación de un servicio público, regulándose tanto las zonas de concesión como los precios a los usuarios finales.

H. Tribunal, el mercado eléctrico chileno es uno regulado en detalle, como lo ha reconocido reiteradamente la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”): “(...) *el sistema eléctrico se encuentra intensamente regulado y en su funcionamiento intervienen diversas autoridades sectoriales*”²⁶⁻²⁷. Dentro de

servidumbres, número de circuitos de trazas–. Comisión Nacional de Energía, Documento de Trabajo “La Regulación del Segmento Transmisión en Chile”, diciembre de 2005, p.27.

En este mismo sentido, la literatura nacional ha indicado que: “Los sistemas de transmisión son considerados como un monopolio natural debido a la presencia de economías de escala de gran magnitud. Algunas de sus condiciones son las que se presentan a continuación: (i) disminución de los costos marginales en la medida que la capacidad de la línea aumenta; (ii) el costo de transmitir una unidad extra de potencia por una línea aumenta al aumentar la tensión; (iii) el aumento en la capacidad de una línea implica un aumento de inversión proporcionalmente menor”. Olivares, Mauricio. Simetría (2020). El mercado eléctrico nacional: historia, coordinación, regulación e institucionalidad”, Editorial de la Universidad de Santiago de Chile, p.406.

²³ El valor de los sistemas se puede dividir en dos. En primer lugar, están los sistemas existentes, cuya valorización se realiza bajo el concepto “Valor Nuevo de Reemplazo” que cuantifica la inversión necesaria para reemplazar las instalaciones existentes por unas nuevas, según valores de mercado. Respecto de las nuevas instalaciones, el cálculo se realiza mediante licitaciones públicas, transparentes y no discriminatorias. Una de las reformas más importantes introducidas por la Ley N°19.940 al sistema de transmisión se refirió a qué elementos se utilizarían para determinar y definir la retribución de quienes invierten en este segmento. En síntesis, la discusión se centró en cómo determinar una “justa retribución”, esto es, cómo garantizar aquella que no “(...) sea ni más ni menos que aquella que la ley le otorga al transmisor por el cumplimiento de su rol en el mercado eléctrico” [Historia de la Ley 19.940 Informe Comisión de Minería. Página 704]. Para valorarlo, y lograr que quienes invierten en este segmento puedan recuperar sus costos, se identificaron diversas actividades a remunerar las que pueden identificarse como: operación, mantenimiento, pérdidas, inversión y expansión.

²⁴ Artículo 89 inciso segundo de la LGSE.

²⁵ Artículo 99 de la LGSE.

²⁶ Informe de Aprobación “Asociación entre Isa Inversiones Chile SpA, Transelec Holdings Rentas Limitada y China Southern Power Grid International (HK) Co., Limited. Rol FNE F303-2021”. ¶24.

²⁷ En términos generales, el enfoque institucional de la regulación eléctrica consiste en una triple división de funciones entre el Ministerio de Energía, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y la Comisión Nacional de Energía [Ferrada B., Juan Carlos/ Tapia C., Javier (2015). Potestades públicas y ámbito privado en el sector eléctrico chileno. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 42 N°1, pp. 123-151, p. 129]. Además, el diseño institucional incluye un órgano “con competencia específica para resolver discrepancias en materias técnico-económicas” denominado Panel de Expertos [Evans E., Eugenio/Yáñez R., Eduardo (2017). Derecho y Regulación Económica de la Energía Eléctrica, Tomo I, Santiago, Editorial Thompson Reuters, p. 25.]. Y un coordinador único del sistema en la figura del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (“Coordinador”), el cual viene a “hacerse cargo de la institucionalidad de los Centros de Despacho Económico de Carga para el sistema Interconectado Central (CDEC-SIC) y para el Norte Grande (CDEC-SING)” [Evans E., Eugenio/Yáñez R., Eduardo. Op. Cit., p. 306].

Esta separación de funciones se observa con más claridad cuando se analizan las potestades de cada uno de los organismos indicado. A continuación, se expone una breve reseña de las prerrogativas:

a) Ministerio de Energía: es el órgano encargado de la política macro sectorial, en especial al ser el órgano encargado de elaborar y dictar las normas necesarias para el cumplimiento de los planes y políticas energéticas (véase, al efecto, el artículo 2° del DL N°2.224, de 1978).

dichas autoridades cabe destacar especialmente el rol del Coordinador, a cargo de coordinar la operación de las instalaciones eléctricas que operen interconectadas entre sí, con el fin de: **(i)** preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico; **(ii)** garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico; y **(iii)** garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión²⁸.

Particularmente intensa resulta la regulación en el segmento de transmisión. Y es que, atendida su condición de monopolio natural, el legislador ha sometido a este segmento a exigentes regulaciones en materia de integración vertical, tarificación y acceso abierto, lo que, como se verá, transforma en bastante improbable la verificación de conductas anticompetitivas como las que las Demandantes imputan a la Compañía –las que, en cualquier caso, tampoco se han verificado–. Sobre estas cuestiones se hace referencia a continuación, con el fin de mostrar al H. Tribunal tanto el régimen regulatorio al que se encuentra sometida la S/E, como de dar cuenta de los mecanismos que franquea la regulación sectorial para impedir el ejercicio de un actuar anticompetitivo por parte de las empresas propietarias de instalaciones de transmisión como Transelec.

II.2.2. Separación de propiedad en el segmento de transmisión

El artículo 7° de la LGSE establece una regla de separación de la propiedad que impide que las empresas operadoras o propietarias de sistemas de transmisión nacional, por sí o a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, desarrollen actividades propias del giro de generación o distribución de electricidad, al disponer que las empresas operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión nacional *“no podrán dedicarse, por sí, ni a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma, el giro de generación o distribución de electricidad”*²⁹, y que *“[e]l desarrollo de otras actividades, que no comprendan las señaladas precedentemente, sólo podrán llevarlas a cabo a través de sociedades anónimas filiales o coligadas”*³⁰.

Esta norma tiene su origen en las instrucciones de carácter general formuladas por la Resolución N°488, de 1997, de la Comisión Resolutiva, y fue introducida a la Ley Eléctrica el 2004 mediante la Ley N°19.940³¹ o Ley Corta I. A la fecha, más allá de las opiniones existentes sobre su

-
- b) CNE: es el organismo encargado de analizar los precios, tarifas y normas técnicas (Artículo 6° del DL N°2.224, de 1978); para lo cual debe analizar la estructura tarifaria, fijar normas técnicas de calidad para funcionamiento y monitorear y proyectar funcionamiento actual y esperado del sector (Artículo 7° del DL N°2.224, de 1978).
 - c) SEC: su objeto es fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, normas técnicas y que la seguridad en el uso de recursos energéticos (Artículo 2° de la ley N°18.401), en este contexto, hay que tener la normativa le entrega las atribuciones de policía y la de interpretación administrativa de las disposiciones legales, cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, lo anterior debe realizarse siempre en cumplimiento de su objeto (Evans E., Eugenio/Yáñez R., Eduardo. Op. Cit., p. 472-473).
 - d) Panel de expertos: es un órgano que tiene como *“objeto emitir un dictamen en relación con las discrepancias que, para ser materia de su competencia, sean sometidas a su conocimiento y resolución. Se trata entonces de un organismo técnico, por su competencia específica y eminentemente resolutorio”* (Evans E., Eugenio/Yáñez R., Eduardo. Op. Cit., p. 418.). Su competencia es la de *“dirimir discrepancias o conflictos entre partes sobre un punto de derecho”* (Vergara B, Alejandro (2018). Derecho Administrativo Económico. Sectores Regulados: Servicios Públicos, Territorio y Recursos Naturales, Santiago, editorial Thompson Reuters, p.157). En este contexto el panel es un tribunal especial que tiene por objeto el resolver los conflictos entre concesionarios, empresas o entre estos y la autoridad.
 - e) Coordinador: este *“es el organismo técnico e independiente encargado de la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del sistema eléctrico nacional que operen interconectadas entre sí”* (Evans E., Eugenio/Yáñez R., Eduardo. Op. Cit., p. 308).

²⁸ Artículo 72°-1 de la LGSE.

²⁹ Inciso cuarto del artículo 7° de la LGSE.

³⁰ Inciso quinto del artículo 7° de la LGSE.

³¹ “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”.

pertinencia, que por ejemplo Transelec hizo ver ante este H. Tribunal en el proceso ERN N°24-2018³², ella se mantiene vigente.

II.2.3. Regulación tarifaria en el segmento de transmisión

La Ley N°20.936 (“Ley 20.936” o “Ley de Transmisión”)³³, con el objetivo de otorgar mayor certeza a los proyectos de inversión en transmisión, incorporó al marco regulatorio sectorial la técnica del “*estampillado*” a efectos de establecer quiénes deben pagar las tarifas de uso o variables reguladas, según la cual el 100% de la transmisión nacional y zonal es financiada por la demanda (clientes libres y regulados); mecanismo cuya aplicación será gradual, según el régimen transitorio de la ley, hasta su plena vigencia en 2034³⁴.

En ese contexto, a continuación, resulta necesario mostrar al H. Tribunal la regulación tarifaria por la que se rige el segmento de transmisión de conformidad con el régimen permanente, así como de acuerdo con el régimen provisorio establecido en el articulado transitorio de la Ley de Transmisión, y al cual se ha encuentra sometida la S/E Don Héctor desde que fue calificada como parte del STN.

a. Régimen permanente

En términos generales, la tarificación de la transmisión se basa en un modelo de regulación del tipo *empresa eficiente* que remunera el uso de los activos³⁵. Así, por ejemplo, el valor de inversión (“VI”) de una instalación de transmisión corresponde a la suma de los costos eficientes de adquisición e instalación de sus componentes³⁶. En el caso de las instalaciones existentes, dicho valor ha de determinarse en función de las características físicas y técnicas que éstas tengan, valoradas a los precios de mercado vigente y conforme a un principio de adquisición eficiente³⁷.

A su vez, los costos anuales de operación, mantenimiento y administración (“COMA”) se determinan como aquellos que corresponden a una única empresa eficiente que opera las instalaciones permanentemente bajo los estándares de calidad y seguridad establecidos en la normativa vigente³⁸⁻³⁹.

Sobre la base de los lineamientos generales anteriores, la CNE determina cada cuatro años el valor anual de la transmisión por tramo (“VATI”) de las instalaciones, distinguiendo para tal propósito entre las cuatro clases de instalaciones en que la Ley de Transmisión dividió el

³² “Expediente de recomendación normativa sobre eliminación de restricciones a la integración vertical entre empresas del segmento transmisión nacional y empresas generadoras y distribuidoras”.

³³ “Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional”.

³⁴ La denominación “estampillado” hace alusión al costo de las estampillas del correo: el valor de la estampilla es el mismo sin importar la distancia del destinatario del correo. Solo varía el precio en función del peso de la correspondencia.

³⁵ Artículos 102 y siguientes LGSE.

³⁶ Artículo 103-III de la LGSE.

³⁷ Artículo 103-IV de la LGSE.

³⁸ Artículo 103-V de la LGSE.

³⁹ De modo coherente con lo anterior, y para efectos del cálculo de la tasa de descuento, la LGSE define el riesgo sistemático como un valor que mide la variación en los ingresos de una empresa eficiente de transmisión eléctrica con respecto a las fluctuaciones del mercado (Artículo 118-II).

Asimismo, la LGSE establece que el tipo de instrumento y plazo que se utilice para determinar la tasa de rentabilidad libre de riesgo deberán considerar las características de liquidez, estabilidad y montos transados en el mercado secundario de cada instrumento en los últimos dos años a partir de la fecha de referencia del cálculo de la tasa de descuento y su consistencia con el horizonte de planificación de la empresa eficiente (Artículo 118-III).

segmento de transmisión, ya abordadas⁴⁰: **(i)** STN (ex troncal), **(ii)** STZ (ex subtransmisión), **(iii)** sistema de polos de desarrollo (nueva calificación incorporada por la Ley de Transmisión); y, **(iv)** el sistema de transmisión dedicado (“STD”), ex adicionales, en la parte que éstas sean utilizadas por parte de los usuarios sometidos a regulación de precios⁴¹.

Al respecto, cabe recordar que el STN comprende “*la infraestructura de grandes niveles de tensión que posibilitan la comercialización de energía y potencia a lo largo del país*”⁴² para abastecer el total de la demanda del sistema eléctrico, considerando todos los escenarios de operación. Por su parte, los sistemas de transmisión dedicados corresponden “*al conjunto de instalaciones que permiten transportar la energía y potencia de un grupo reducido de unidades de generación o para el abastecimiento de clientes libres*”⁴³.

Ahora bien, este valor anual de transmisión se determina por tramo –sea de transporte o una subestación– en cada uno de los segmentos indicados, de ahí su nombre (“VATI”), y está compuesto por el VI más los COMA. La anualidad de la inversión (“AVI”) se calcula considerando la vida útil de cada tipo de instalación⁴⁴. Y para tales efectos se usa una tasa de descuento no inferior al 7% ni superior al 10%⁴⁵⁻⁴⁶.

Un aspecto que resulta de relevancia en el presente caso se vincula con el proceso de calificación de las instalaciones y los efectos de ello en términos de valorización, pues la S/E Don Héctor pasó del segmento dedicado al STN. En efecto, para determinar el valor anual de las instalaciones de transmisión sujetas a tarificación, la CNE establece qué activos conforman cada uno de los segmentos, a través de una calificación cuatrienal que culmina con la dictación de una resolución⁴⁷⁻⁴⁸.

Además, la resolución de calificación contiene la nueva calificación que recibirán las instalaciones dedicadas existentes. Cabe hacer presente que las líneas y subestaciones eléctricas calificadas sólo podrán pertenecer a un segmento del sistema de transmisión.

Para estas obras y activos, el VI se establece en función de las características físicas y técnicas de las instalaciones y se cuantifica su valor por medio de costos eficientes de adquisición e instalación de cada uno de sus componentes (v.gr., conductores, torres, interruptores, equipos de medición, pararrayos, etc.), según el modelo de empresa eficiente. En cambio, los valores de inversión de los derechos relacionados con el uso del suelo y los gastos e indemnizaciones para

⁴⁰ Según se expone *infra*, las obras nuevas licitadas por la autoridad en el marco del procedimiento de planificación energética se remuneran durante cuatro periodos tarifarios de acuerdo con el VATT adjudicado. Tras lo cual, las obras nuevas se sujetarán al régimen tarifario ordinario.

⁴¹ La Ley de Transmisión incorporó a la LGSE dos nuevos sistemas en el segmento de transmisión para abordar posibles necesidades del sistema eléctrico en el futuro: (i) sistema de transmisión para polos de desarrollo y (ii) sistema de interconexión internacional.

⁴² Olivares, Mauricio, Op. Cit. p. 526.

⁴³ Olivares, Mauricio, Op. Cit. p. 528.

⁴⁴ La LGSE se refiere en el artículo 104 a la vida útil de las instalaciones para efectos de determinar el AVI, señalando que la misma será determinada por la Comisión previa realización de un procedimiento que principia con la comunicación de un informe técnico preliminar que contiene las vidas útiles de los diferentes elementos de transmisión. En casos de que cumplidos ciertos supuestos, se mantuvieren observaciones de los interesados a ese informe, la discrepancia puede ser resuelta en último término por el Panel de Expertos.

⁴⁵ Artículo 118 de la LGSE.

⁴⁶ Esto es sin perjuicio de las obras nuevas contenidas en los respectivos decretos que fijan el plan de expansión para los doce meses siguientes, cuyo valor anual de inversión por tramo corresponderá a aquel que ofrecen las empresas para cada proyecto. Artículo 99 inciso primero de la LGSE.

⁴⁷ Artículo 100 de la LGSE.

⁴⁸ La LGSE da algunos lineamientos sobre la metodología para calificar las instalaciones de transmisión. Así, por ejemplo, las instalaciones futuras de transmisión y de ejecución obligatoria se deben incorporar al proceso de calificación desde el momento que entren en operación.

la imposición de servidumbres se utiliza el valor efectivamente pagado, indexado de acuerdo con la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor (o *passthrough*)⁴⁹.

Por su parte, el COMA se fija según un modelo de *empresa eficiente* única para cada segmento, y sobre el costo anual se asigna una proporción a cada tramo, según los criterios previstos en las bases del estudio de valorización⁵⁰.

Por otro lado, el sistema dedicado –al que originalmente pertenecía la S/E Don Héctor– puede ser de propiedad de la generadora, del cliente libre o de la transmisora, y su remuneración no está regulada. Si bien en este sistema actualmente existe obligación de acceso abierto, esa regulación *ex ante* está sujeta a la existencia de capacidad técnica disponible, la cual es establecida por el Coordinador a través de un procedimiento reglado, como se verá (§ II.2.3).

Así, el régimen de remuneración del STN difiere de aquel establecido para las instalaciones dedicadas, dado que este último se rige por lo previsto en los respectivos contratos de transporte o de peaje suscritos entre sus propietarios y los usuarios del STD.

b. Régimen transitorio y VATT de la S/E Don Héctor

Sin perjuicio del régimen permanente recién esbozado, y que se encuentra consagrado en la Ley Eléctrica, el régimen de recaudación, pago y remuneración de la transmisión nacional se rige, en lo pertinente, por reglas especiales previstas en el artículo 25° transitorio de la Ley de Transmisión, desde su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2034. De este modo, durante este período de transición, los costos de transmisión que previo a la Ley de Transmisión se encontraban asignados a los generadores, son traspasados gradualmente a los clientes según los vencimientos de sus respectivos contratos de suministro suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Transmisión. A partir de 2034, el 100% de estos cargos será asumido por la demanda.

⁴⁹ El VI para un tramo existente del sistema troncal corresponde a la suma de los costos de adquisición e instalación de su componente, según los precios de mercado observados a la fecha de referencia del estudio tarifario y aplicación de los recargos correspondientes. La CNE analiza los VI presentados en los estudios y luego, de ser necesario, los corrige.

Así, por ejemplo, una de las partidas de costos que analiza la CNE para fijar el precio óptimo de los componentes de las instalaciones de transmisión es aquella referida a lo que se denomina “inventario”. Se comparan los inventarios obtenidos en el estudio con los efectuados en procesos tarifarios pasados, y si se detectan diferencias importantes, se hace una verificación a través de planos actualizados a la fecha de referencia del estudio tarifario. En caso de que esto último no sea suficiente, el CNE analiza el inventario informado por las empresas al CE.

Este análisis de inventario se efectúa respecto de las líneas de transmisión y subestaciones.

En los componentes de las instalaciones también se incluyen los precios de adquisición de equipos y material, así como recargos.

Se calculan también los costos terrenos donde se instala la infraestructura de transmisión o las servidumbres.

A partir de estos cálculos (precio eficiente de los componentes de las instalaciones de transmisión, servidumbres y terrenos) y en función de las vidas útiles definidas en las bases para la realización del estudio más una tasa de descuento, la CNE determina, en definitiva, el AVI para cada tramo.

⁵⁰ La segunda variable de la fórmula tarifaria del VATT son los costos de operación, mantenimiento y administración. La CNE determina el costo eficiente anual requerido para operar, mantener y administrar cada tramo cumpliendo con la normativa sectorial vigente. Para tales efectos, se revisa la estructura de COMA presentada en el estudio. Así, por ejemplo, el estudio presentado por el consorcio conformado por las empresas Synex Ingenieros Consultores Ltda, Estudios Energéticos Consultores S.A. y Elequipos Servicios de Ingeniería S.A., y del Estudio Zonal, elaborado por la empresa Sigla S.A. para el proceso de valorización de sistema de transmisión 2020-2023 separaba los costos asociados a las cuadrillas del resto de las actividades de COMA. Para el primer tipo de costos, la CNE revisó las tareas y costos correspondientes a las labores de operación y mantenimiento de todos los tramos calificado previamente como troncales (hoy nacionales). En esa misma ocasión, la CNE determinó el costo del resto de las actividades de COMA distinguiendo entre las instalaciones calificadas como troncales (hoy nacionales) pertenecientes a Transelec y presentes en el SIC, y las que no.

Finalmente, la CNE revisa los COMA presentados en el estudio sobre la base de los siguientes ítems de costos: (i) remuneración del personal de la empresa eficiente nacional (ex troncal), (ii) actividades de operación, (iii) actividades de mantenimiento, (iv) actividades de administración (v.gr., costos de equipamiento del personal propio de la empresa eficiente –incluye costo de oficinas–) y (v) cuadrillas (trabajadores de brigadas).

El VATT para cada tramo nacional (de barra a barra) resulta de la suma de AVI más COMA. Esta tarifa se ajusta de acuerdo con las fórmulas de indexación previstas en el respectivo decreto tarifario.

En efecto, las instalaciones de transmisión pueden ser clasificadas en dos grupos según la forma en que se paga su VATT. Las instalaciones adscritas al régimen de pago regulada en el articulado permanente de la Ley de Transmisión son todas aquellas cuya entrada en operación –esperada en los respectivos decretos– sea posterior al 31 de diciembre de 2018, entre las cuales se encuentran las provenientes de los planes de expansión desarrollados según lo regido por ésta y las autorizadas mediante el artículo 102 de la LGSE. Para estas instalaciones, más las obras asociadas a la interconexión⁵¹, su VATT es cubierto mediante el pago de *Ingresos Tarifarios*⁵² y *Cargo Único de Transmisión*⁵³.

A su vez, las instalaciones cuya entrada en operación –esperada en los respectivos decretos– sea anterior al 31 de diciembre de 2018 se registrarán por el régimen transitorio de pagos definido en el artículo 25° transitorio del mismo cuerpo legal. Para estas obras, su VATT se cubrirá mediante las reglas de pago que dicha ley derogó, vale decir por *Ingreso Tarifario* y *Peaje*⁵⁴ dispuestos por la Ley N°19.940, incorporándose a estos últimos criterios de exención de pagos a centrales generadoras y clientes finales que no estén identificados por la CNE como responsables de pago. Estos montos de peaje exentos son cubiertos por un *Cargo Único de Exención*, definido por la CNE de manera tal que resulten el complemento necesario para los montos de peaje que no facturan las empresas transmisoras.

Ahora bien, respecto de la S/E Don Héctor, al momento de su entrada en operación, esta fue adscrita al STD, por lo que la remuneración de dicha instalación era el resultado de negociación de proceso entre privados. Sin embargo, durante el proceso de calificación de instalaciones, correspondiente al proceso tarifario del periodo 2020-2023, la S/E fue calificada como una instalación del STN existente al 31 de diciembre de 2018, por lo que correspondía que sus ingresos provinieran de la tarifa regulada y, concretamente, que el VATT de la S/E Don Héctor fuera cubierto de conformidad con las reglas del régimen antiguo contenido en la Ley N°19.940 más los criterios de exenciones ya referidos.

Sin embargo, debido al atraso en la realización del proceso tarifario 2020-2023, se dictó el Oficio Ordinario CNE N°4, de 3 enero del 2020 (“Oficio N°4”), que buscó precisamente resolver cómo percibirían pagos las instalaciones en la situación de la S/E, esto es, que no se encontraban adscritas al STN o STZ, pero que en virtud del proceso de calificación del periodo 2020-2023 pasaron a formar parte de dichos sistemas y, por tanto, a ser reguladas.

Pues bien, el Oficio N°4 suscribió tales instalaciones al sistema de pagos del régimen permanente, i.e., al cargo único⁵⁵ –sin ingresos por concepto de peaje, que es lo que habría correspondido de conformidad con el antiguo sistema–; y dispuso que para tales efectos el Coordinador debía determinar un VATT provisorio⁵⁶:

⁵¹ Resolución Exenta N°512 de la Comisión Nacional de Energía, de fecha 15 de septiembre de 2017, que “indica instalaciones asociadas a la interconexión del Sistema Interconectado Central con el Sistema Interconectado del Norte Grande, para efectos de lo establecido en el artículo 25° transitorio de la Ley N°20.936 y el artículo 115° de Ley General de Servicios Eléctricos”.

⁵² Los ingresos tarifarios corresponden a la valorización de las transferencias de energía y potencia por las instalaciones de transmisión.

⁵³ Los cargos únicos de transmisión son montos unitarios de \$/kWh que los clientes finales deben pagar en función de su consumo efectivo de energía.

⁵⁴ Los peajes corresponden al complemento de los ingresos tarifarios tal que permitan cubrir el VATT.

⁵⁵ Los cargos únicos de transmisión son montos unitarios de \$/kWh que los clientes finales deben pagar en función de su consumo efectivo de energía.

⁵⁶ Esto ocurrió producto que la S/E no estaba contenida en el Decreto 23T, de 2016, del Ministerio de Energía, que fijó las instalaciones del STT, el área de influencia común, y el VATT y sus componentes con sus fórmulas de indexación para el cuatrienio 2016-2019.

“(…) las instalaciones no adscritas a los sistemas de transmisión zonal y nacional en los decretos indicados en ANT.2) [Decreto Exento N°163 de 8 de mayo de 2014 del Ministerio de Energía] y ANT.3) [Decreto Exento N°23T de 26 de noviembre de 2015 del Ministerio de Energía] respectivamente, y que en virtud del Proceso de Calificación Período 2020-2023 pase a ser calificada como parte de los Sistemas de Transmisión Nacional o zonal, deberán percibir pagos por parte del Coordinador a contar del 01 de enero de 2020 que provengan de la recaudación por cargos de transmisión definidos en los artículos 114° y 115° de la Ley General de Servicios Eléctricos. Para realizar el pago, el Coordinador deberá determinar un valor anual de transmisión por tramo provisorio, a partir de los antecedentes de los informes técnicos definitivos relativos a los decretos indicados en los ANT.3 y ANT. 4) [Decreto Exento N°6T de 30 de agosto de 2017 del Ministerio de Energía]”.

De esta manera, y, en términos sencillos, la CNE buscaba a través del Oficio N°4 que las instalaciones dedicadas que pasaban a ser parte del STN percibieran ingresos regulados y viceversa⁵⁷, con el fin de que aquellos cambios de calificación se reflejasen oportunamente en los pagos correspondientes; para lo cual sometió a estas instalaciones al sistema de recaudación del régimen permanente y dispuso que debería determinarse a su respecto un VATT provisorio sobre la base de determinados antecedentes.

Pues bien, según consta en el documento “Respuesta a observaciones al cálculo de repartición de Cargos únicos de Transmisión Febrero 2020”, el 25 de marzo de 2020, por carta DE02406-20 Transelec propuso al Coordinador *“considerar las valoraciones propuestas para las subestaciones mencionadas [Don Héctor y Neptuno], indicada en el archivo Valorización de instalaciones Ofi. Ord. N°004-2020.xlsx e incorporar al segmento Nacional para efecto del cálculo de la prorrata de repartición de los ingresos por cargo único”*.

La propuesta de VATT provisorio para la S/E Don Héctor contenida en el archivo Excel “Valorización de instalaciones Ofi. Ord. N004-2020” consistió en lo siguiente⁵⁸:

Instalación	VI (USD)	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
S/E Don Héctor	14.396.437	1.499.732	390.228	1.889.961

La respuesta del Coordinador a la propuesta de Transelec fue que “[s]e *acoge la observación de TRANSELEC de incorporar las valorizaciones de las Subestaciones Don Héctor y Neptuno, y se incorporan al segmento Nacional para el cálculo de la prorrata de Repartición de ingresos por cargo único*”⁵⁹. De esta manera, y según consta en el archivo Excel “Valorización Provisoria por Calificación 2020-2023_v2” elaborado por el Coordinador el VATT provisorio de la S/E Don Héctor corresponde a la propuesta de Transelec:

⁵⁸ La propuesta de VATT provisorio se elaboró según las exigencias contenidas en el Oficio N°4. En efecto, Transelec consideró los antecedentes de los informes técnicos definitivos del (i) Decreto 23T del Ministerio de Energía, de 26 de noviembre de 2015, que “fija instalaciones del sistema de transmisión troncal, el área de su influencia común, el valor anual de transmisión por tramo y sus componentes con sus fórmulas de indexación para el cuatrienio 2016-2019” y (ii) Decreto 6T, de 30 de agosto de 2017, que “fija valor anual por tramo de las instalaciones de transmisión zonal y dedicada utilizada por usuarios sujetos a regulación de precios, sus tarifas, y fórmulas de indexación para el bienio 2018-2019”. Los informes técnicos fueron aprobados por la resolución Exenta N°616, de 24 de noviembre de 2015 que “aprueba informe técnico definitivo para la determinación del valor anual y expansión de los sistemas de transmisión troncal para el cuatrienio 2016-2019, y deja sin efecto Resolución Exenta CNE N°597 de 2015 y la Resolución Exenta N°149, de 28 de marzo de 2017, que “aprueba informe técnico final sobre determinación del valor anual de los sistemas de transmisión zonal y transmisión dedicada bienio 2018-2019”, respectivamente. Además, la propuesta de VATT provisorio consideró una tasa de descuento del 10%.

⁵⁹ “Respuesta a observaciones al cálculo de repartición de Cargos únicos de Transmisión Febrero 2020”, N°8.

Valorización Provisoria de Instalaciones de Transmisión, según Of.Ord.CNE N°04-2020													
1 Instalaciones a Valorizar que pasan del Sistema Dedicado al Sistema Nacional o Zonal													
ID	Tramo Transporte	Calificación	Área Zonal	Abrev	Calificación D5163	Calificación 23//6T	Cambio	Propietario(s)	VALOR PROVISORIO				Comentario
									VI [US\$]	aVI [US\$]	COMA [US\$]	VATT [US\$]	
N_48	El Cobre 220->Esperanza SING 220	Nacional		N		D	SI	Redenor2	52.250.752	5.294.155	910.218	6.204.373	
N_62	Laberinto 220->Nueva Zaldívar 220	Nacional		N		D	SI	KELTI, Zaldívar Transmisión	54.627.424	5.528.550	888.855	6.417.405	El VATT se divide en p
N_119	Quillota 220->San Luis 220	Nacional		N		D	SI	TRANSQUILLOTA	23.056.500	2.375.823	397.273	2.773.096	
	SE Laberinto, paño 220kV /7	Nacional		N		D	SI	Asa Gener	797.532	82.412	29.868	112.083	N-11 Paño J07L Línea
	SE Nueva Zaldívar, paño 220kV /3	Nacional		N		D	SI	Asa Gener	761.196	76.709	28.335	107.044	N-10 Paño J03L Línea
	SE Nueva Zaldívar, paño 220kV /10	Nacional		N		D	SI	Angamos	806.541	83.333	30.000	113.334	N-10 Paño J10L Línea
	SE Nueva Zaldívar, paño 220kV /6	Nacional		N		D	SI	Angamos	807.323	83.413	30.029	113.442	N-10 Paño J06L Línea
	SE Laberinto	Nacional		N		D	SI	Asa Gener	1.414.354	104.438	42.862	147.300	Informe avance N°2
	SE Don Héctor	Nacional		N		D	SI	Transelec	14.396.437	1.499.732	390.228	1.889.961	Según observación
	SE Mapocho	Nacional		N		D	SI	Transelec	3.227.778	424.349	129.438	392.237	Según observación
Z_486	Angol 066->Deuco 066	Zonal	Area E	ZE		D	SI	FRONTEL	901.534	93.446	23.643	117.088	Seccionamiento de Po
	Paño 85 S/E Angol	Zonal	Area E	ZE		D	SI	CGE	297.967	32.217	8.151	40.388	Según observación
Z_606	Fibranova 066->Fibranova 13.2	Zonal	Area E	ZE	D	D	SI	NEOMAS	728.643	77.138	19.517	96.655	
Z_823	Rancagua 154->Tap M V Central 154	Zonal	Area E	ZE	D	D	SI	TRANSELEC	4.736.660	491.036	124.048	615.084	Según observación
Z_861	Sausal 154->Sausal 110	Zonal	Area E	ZE	D	D	SI	TRANSELEC	2.142.627	250.166	63.294	313.460	
Z_862	Sausal 154->Tap M V Central 154	Zonal	Area E	ZE	D	D	SI	TRANSELEC	893.849	92.154	23.275	115.429	Según observación
	IICC S/E Rancagua	Zonal	Area E	ZE	D	D	SI	TRANSELEC	1.466.500	159.447	40.272	199.719	Según observación
	IICC S/E Sausal	Zonal	Area E	ZE	D	D	SI	TRANSELEC	379.037	51.468	12.999	64.467	Según observación
D_426	Punta Cortes 220->Tuniche 220	Dedicado	Area E	ZE		N	SI	TRANSELEC	5.744.513	582.199	147.046	729.245	Según observación. Se

Una vez que el Coordinador aplique de manera íntegra el decreto tarifario del periodo 2020-2023, aún en toma de razón en Contraloría General de la República, se efectuarán las reliquidaciones de pago correspondientes a prorrata del uso de conformidad con las reglas del antiguo régimen, en lo que corresponda; y esta instalación percibirá el VATT mediante ingresos tarifarios, peajes y cargos únicos de exención⁶⁰.

H. Tribunal, son éstos y no otros los ingresos que percibe Transelec por concepto de uso de sus instalaciones de transmisión. Y es que, contrario a lo aseverado a lo largo de la Demanda, Transelec no impone, ni puede imponer –ni tampoco pretende hacerlo–, costos de transmisión al margen de la regulación sectorial.

II.2.4. La obligación de acceso abierto que pesa sobre las empresas del segmento de transmisión en el SEN

La racionalidad en la que se sustenta la obligación de acceso abierto consiste en permitir a terceros (generadores y distribuidoras o clientes libres) conectarse a la red de transmisión para inyectar y retirar libremente energía en y desde las instalaciones de transmisión bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias entre todos los usuarios que contempla la LGSE. Todo ello, a su vez, tiene por propósito imposibilitar el ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas de transmisión, al denegar acceso o imponer condiciones anticompetitivas para el acceso a instalaciones esenciales que presentan además características de monopolio natural, así como aumentar la competencia en el segmento de generación y comercialización de la energía. La Ley N°19.949 o Ley Corta I calificó a las actividades de transmisión troncal y subtransmisión como servicios públicos⁶¹ y, sobre esa base, impuso una obligación de acceso abierto más intensa que la prevista para los sistemas adicionales –que no eran conceptualizados como un servicio público–. Los dos primeros subsegmentos estaban sujetos a una obligación de acceso abierto con independencia de la capacidad disponible de las instalaciones y bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias⁶².

La regulación de acceso abierto a la que sometían los sistemas adicionales, en cambio, era menos intensa. En efecto, sólo eran sujetos pasivos de la obligación de acceso abierto las instalaciones de transmisión que constituidas a través del sistema de concesiones o que utilizaran bienes nacionales de uso público en su trazado. Y, además, la carga se imponía únicamente a los sistemas que dispusieran de capacidad⁶³.

⁶⁰ Los ingresos tarifarios consisten en la valorización de las transferencias de energía y potencia por las instalaciones de transmisión Y, por su parte, los peajes corresponden al complemento de los ingresos tarifarios tal que permitan cubrir el VATT.

⁶¹ El artículo N°4 de la Ley N°19.940 agregó al artículo 7° de la LGSE, entre otros, el siguiente inciso: “Asimismo, es servicio público eléctrico el transporte de electricidad por sistema de transmisión troncal y de subtransmisión”.

⁶² Artículo 71-5 inciso primero y tercero de la LGSE.

⁶³ Artículo 71-5 incisos segundo y final.

La Ley de Transmisión efectuó cambios relevantes en la regulación del acceso abierto establecida por la Ley Corta I: se definió la noción de acceso abierto y determinaron los derechos y deberes tanto de los propietarios de las redes de transmisión como de los terceros (generadores) que se conectan a aquella, subordinando el acceso y el vínculo entre las partes (transmisión y generador) a la operación más segura y económica del sistema bajo el control del Coordinador.

En este mismo sentido, la literatura técnica ha indicado que con la Ley de Transmisión “*se especificaron de mejor manera los procesos de conexión y a la determinación de los actos cuando no existe capacidad en el respectivo tramo de transmisión*”⁶⁴.

En efecto, quienes exploten a cualquier título instalaciones de los sistemas de transmisión nacional y zonal no pueden negar el acceso al servicio de transporte o transmisión a ningún interesado fundado en restricciones de capacidad técnica, sin perjuicio de las limitaciones que el Coordinador establezca para velar por la operación coordinada del sistema eléctrico. Los terceros tienen el derecho a utilizar dicha infraestructura bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias, sujetos al pago de la remuneración correspondiente⁶⁵.

La obligación de acceso abierto en los sistemas de transmisión nacional y zonal con independencia de la capacidad disponible se funda en que las eventuales restricciones de transporte se resuelven en esquemas regulatorios que permiten la operación y el desarrollo de transmisión: **(i)** despachando la energía producida por fuentes de generación más económicas respecto de las restantes o **(ii)** planificando de forma centralizada la realización de obras de expansión para cubrir la demanda en caso de que todas las fuentes de energía sean eficiente en ese punto⁶⁶.

Por su parte, los sistemas de transmisión dedicados también están sujetos a una obligación de acceso abierto, pero –a diferencia de los sistemas nacionales y zonales– solo cuando tengan capacidad técnica disponible de transmisión. Esto último, sin perjuicio de la capacidad contratada o de los proyectos propios que se hayan contemplado fehacientemente al momento de la solicitud de uso de capacidad técnica⁶⁷. Se admite entonces una reserva de capacidad que da certeza a las inversiones privadas en generación o de clientes libres (v.gr., una minera).

H. Tribunal, todo lo anterior es además una cuestión de competencia del Coordinador, quien, valga recordarlo, cuenta con la potestad otorgada por la Ley Eléctrica de ejercer sus funciones atendiendo a que se garantice el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, cual es uno de los principios fundantes de la regulación sectorial. En este sentido, cabe destacar el especial deber de supervigilancia que tiene el Coordinador, como lo dispone el artículo 72°-5 de la LGSE: “(…) *el Coordinador deberá autorizar la conexión a los sistemas de transmisión por parte de terceros, verificando el cumplimiento de los requisitos y exigencias a la que ésta deberá sujetarse, e instruyendo las medidas necesarias para asegurarla dentro de los plazos definidos en la respectiva autorización. / Asimismo, el Coordinador deberá determinar fundadamente la capacidad técnica disponible de los sistemas de transmisión dedicados y autorizar el uso de dicha capacidad*”. Esto refleja la importancia que el legislador le asigna a esta materia y al cumplimiento que los transmisores deben darle a dicha obligación. Las Demandantes omiten este carácter altísimamente regulado de las obligaciones de acceso abierto.

⁶⁴ Olivares, Mauricio. Op. Cit., p. 415.

⁶⁵ Artículo 79 LGSE.

⁶⁶ Olivares, Mauricio. Op. Cit., p. 416.

⁶⁷ Artículo 80 LGSE.

Asimismo, corresponde al Coordinador establecer la capacidad técnica disponible de los sistemas de transmisión dedicados, sin considerar las congestiones de transmisión debido a limitación de capacidad en otros tramos de transmisión. El que explote las instalaciones dedicadas deberá informar al Coordinador los contratos de transportes existentes y los proyectos que impliquen el uso de su capacidad⁶⁸.

En este mismo orden de cosas, el artículo 8° del decreto supremo N°37, de 2021, del Ministerio de Energía, que “Aprueba Reglamento de los sistemas de transmisión y de la planificación de la transmisión” (“Reglamento de Transmisión”)⁶⁹ expresa que “[a]utorizada la conexión por parte del Coordinador a una instalación de transmisión, la conexión y el derecho a transportar energía eléctrica no podrán ser interrumpidos ni sujetos a condición alguna por parte de los propietarios, arrendatarios, usufructuarios, o quienes exploten a cualquier título las instalaciones de transmisión afectas al régimen de acceso abierto, a menos que el Coordinador lo autorice para efectos de realizar actividades de mantenimientos u otras necesarias para el correcto funcionamiento del Sistema Eléctrico o, en el caso de los Sistemas de Transmisión Dedicados, que se concreten proyectos propios contemplados fehacientemente por el titular de la instalación o se ejerzan derechos pactados contractualmente previos a la presentación de solicitud de acceso abierto, lo cual será informado por el Coordinador cuando corresponda”.

Aún más, en caso de que los propietarios de instalaciones de transmisión no cumplan con la obligación de acceso abierto, procede el ejercicio de las facultades fiscalizadoras y sancionadoras por parte de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“SEC”)⁷⁰. Asimismo, tratándose de instalaciones dedicadas, se establece además que las discrepancias que surjan en la aplicación del régimen de acceso abierto podrán ser presentadas y resueltas por el Panel de Expertos⁷¹. Esto también es omitido por las Demandantes.

Por último, cabe hacer presente que, desde la dictación de la Ley de Transmisión, Transelec no ha tenido nunca un conflicto en materia de acceso abierto con ningún generador, ni tendría incentivos para tenerlo, así como al encontrarse la Compañía en cualquier caso obligada a otorgar acceso a sus instalaciones, todo lo cual es supervigilado por el Coordinador, la SEC y en último término el Panel de Expertos.

H. Tribunal, lo señalado en la presente sección da cuenta de que la posibilidad de que Transelec incurra en el supuesto abuso de posición dominante imputado por las Demandantes es virtualmente imposible, y en cualquier caso que Transelec carece de incentivos para ello. En efecto, la Compañía se encuentra sujeta no solo a obligaciones de separación de propiedad (*unbundling* estructural, que es la forma más intensa de prevenir conductas exclusorias), sino que, además, se encuentra sujeta a una obligación de acceso abierto respecto de la generalidad de sus instalaciones, lo que impide que pueda denegar la conexión a sus líneas e instalaciones de transmisión y el uso de estas por parte de terceros. Por último, la remuneración que puede obtener por el uso de sus líneas es determinada a través de latos procedimientos de tarificación, lo que, nuevamente, neutraliza significativamente cualquier posibilidad de abuso anticompetitivo por la vía de precios abusivos o explotativos.

⁶⁸ Artículo 80 inciso segundo LGSE.

⁶⁹ Decreto supremo N°37, de 2021, del Ministerio de Energía, que “Aprueba Reglamento de los sistemas de transmisión y de la planificación de la transmisión”.

⁷⁰ Artículo 79 de la LGSE.

⁷¹ Artículo 80 de la LGSE.

La tesis de las Demandantes es, de cierta manera, que los cobros con fundamento en el Convenio de Inversión se encontrarían fuera de esta remuneración legalmente reglada, y que, de algún modo –que al menos para esta parte no resulta posible aún comprender muy bien– Transelec les habría impuesto. Sin embargo, como se explicará a continuación, lo adeudado a la Compañía en razón del Convenio de Inversión no responde en caso alguno a cobros por concepto de uso de sus instalaciones de transmisión (peajes), que es aquello objeto de regulación tarifaria; sino que a la legítima recuperación de la inversión efectuada por Transelec al adquirir la S/E Don Héctor, lo que representa una operación voluntariamente acordada entre las partes y mutuamente beneficiosa, a través de la cual El Pelicano pudo liberar caja y concentrarse en el desarrollo de las actividades de su giro, esto es, la generación de energía eléctrica. Desconocer esto es amparar la mala fe; y el derecho no hace eso.

III.

Existió una inversión lícita y voluntariamente acordada entre El Pelicano y Transelec

Según se ha adelantado, las Demandantes pretenden hacer creer que el caso de autos involucraría un escenario de extracción de rentas anticompetitivas –es decir, un caso de abuso de posición dominante explotativo– basado en la supuesta imposición por la Compañía a El Pelicano de un esquema contractual que le habría permitido soslayar la recién abordada regulación tarifaria aplicable a instalaciones que forman parte del STN (VATT).

Nada puede estar más alejado de la realidad. Fuera de no reflejar la manera en que se formó el consentimiento entre TSP y Transelec, aquella descripción corresponde a una interpretación sesgada y aislada de los contratos suscritos en el marco de la construcción, instalación, operación, gestión y mantenimiento de la S/E Don Héctor.

Y es que, cómo se expondrá en los próximos acápite de esta presentación, y se refleja en el anexo que detalla las principales cláusulas del esquema contractual libre y espontáneamente suscrito entre las partes, las supuestas “*sobre rentas*” –como son calificadas en la Demanda– que las actoras pagan a Transelec no son más que la restitución de una inversión a la que se obligó voluntariamente la antecesora legal de las Demandantes –TSP–, contra el pago de un AVI + COMA en un determinado periodo y con la responsabilidad de asumir todos los riesgos asociados al activo de transmisión. Dicha operación comercial, por lo demás, fue además celebrada a una tasa de mercado competitiva, y debe ser analizada a la luz de una serie de factores propios de esta industria que explican por qué para una empresa generadora sería atractivo recurrir a este mecanismo.

Dicha operación, que es parte de un modelo lícito de negocios de Transelec en la adquisición de activos de transmisión de conformidad con su giro, se estructuró sobre la base de la celebración de una serie de instrumentos contractuales que están relacionados entre sí por medio del Acuerdo Marco.

III.1. Origen de la inversión

El modelo de negocios de Transelec para la adquisición de activos de transmisión desarrollados y contruidos por empresas del giro de generación y comercialización de energía –cuyo foco

central no está en la operación de activos de transmisión⁷²— consiste en el suministro de capital a través de un esquema contractual construido sobre la base de la suscripción de un acuerdo marco. Ese capital se transfiere mediante una compraventa de activos —que Transelec se obliga a celebrar en virtud del acuerdo marco—, cuyo precio es libremente acordado entre las partes, y que es pagado al contado por la Compañía.

En virtud de esta opción anterior, las empresas de generación que requieran de instalaciones de transmisión para inyectar la energía que producen al sistema pueden libre y soberanamente decidir concentrarse en su giro —al desprenderse de activos del giro de transmisión que le exigirían cumplir con una serie de requerimientos regulatorios a través de una sociedad de giro exclusivo—, y a la vez asegurarse de que, atendido el carácter esencial de las instalaciones de transmisión para evacuar la energía que generen, la operación y mantenimiento de estas instalaciones sea llevada a cabo por especialistas en el giro de transmisión que otorguen garantías de buen funcionamiento, como es precisamente el caso de Transelec.

Como contrapartida, Transelec adquiere la propiedad de la instalación de transmisión, que pasa a formar parte de su cartera de activos, la cual, con su reconocida experticia, administrará, operará y mantendrá en condiciones de servir a la vendedora —y a cualquiera que haga uso de esta para inyectar o retirar— energía y potencia al SEN.

Bajo esa estructura, usualmente se celebra un convenio de inversión, cuyo precio se compone de una suma por concepto de administración, operación y mantenimiento y, por otro lado, de un valor de inversión que es equivalente al precio de la compraventa del activo (S/E Don Héctor). En el contexto de esa operación, la parte que recibe ese capital —en este caso las Demandantes— se obliga a restituirla en una cantidad de cuotas que se define en cada caso. Dicho monto es pagadero a todo evento, precisamente por el hecho de tratarse de una inversión y no de un pago por el uso o de un peaje por la prestación de un servicio público de transmisión, que es esencialmente variable (se paga sólo en función de lo que se inyecta o consume, dependiendo del régimen tarifario de que se trate).

Dicho de otro modo, la suma de esas cuotas por concepto de valor de inversión asciende al precio de la compraventa de la instalación de que se trate, incrementada por el costo de administración, operación y mantenimiento de los activos vendidos a Transelec, y el costo de oportunidad que significa para la Compañía desembolsar el precio de la compraventa/financiamiento al contado y no disponer de aquella caja por el tiempo que se pactó el retorno de la inversión, y el riesgo que asume la Compañía al pasar a ser propietaria del activo.

El referido modelo de negocios resulta atractivo para las empresas de generación, pues **(i)** les permite acceder a recursos sin necesidad de recurrir créditos bancarios u otros mecanismos de financiamiento, además de permitirles mantener determinados *ratios* de capital/deuda; **(ii)** se liberan de la necesidad de gestionar un activo de transmisión, que no es el giro central de su negocio, dejando su administración, mantenimiento y operación en manos de una compañía de

⁷² De hecho, no es infrecuente que las empresas dedicadas al giro de generación y comercialización de energía busquen desprenderse de activos de transmisión. Es el caso, por ejemplo, de Colbún S.A., que durante el año 2021 acordó la venta del 100% de su filial de transmisión (Colbún Transmisión S.A.) a la empresa Alfa Desarrollo SpA, lo que fue aprobado por la FNE mediante Informe de aprobación en expediente Rol F277-2021, “Adquisición de control en Colbún Transmisión S.A. por parte de Alfa Desarrollo SpA”, de 3 de agosto de 2021. Del mismo modo, en marzo de este año, Enel puso en venta su filial de transmisión (Enel Transmisión Chile S.A.). Por último, AES Gener S.A., hoy AES Andes S.A., y su filial Eléctrica Angamos, vendieron durante el año 2018 el 20% de las líneas de transmisión; operación aprobada por la FNE mediante Informe de aprobación de adquisición de Compañía Transmisora del Norte Grande S.A. (CTNG) por Chilquinta S.A., AES Gener S.A. y Empresa Eléctrica Angamos S.A, expediente Rol F154-2018, de 29 de noviembre de 2018.

transmisión, asegurando los medios para poder inyectar su energía y potencial al sistema de forma segura y eficiente; y, **(iii)** se ahorran costos regulatorios de gestión de esos activos (v.gr. constitución de una filial de giro exclusivo⁷³ y comunicaciones permanentes con la autoridad por supervisión de la operación del activo, entre otros).

Por el lado de Transelec, este mecanismo **(i)** le permite asegurar que las instalaciones de transmisión cumplan los estándares técnicos necesarios, de conformidad con sus obligaciones legales y asegurando la continuidad de su servicio; **(ii)** amplía su cartera de activos de transmisión; y, **(iii)** colabora al desarrollo y estabilidad del sistema eléctrico como un todo.

Asimismo, en varias ocasiones, Transelec –en virtud de un contrato de servicios de ingeniería– asesora y aporta su experticia en el desarrollo de los proyectos de transmisión, de manera de cumplir los estándares técnicos requeridos por la regulación sectorial para su debida conexión con las líneas y sistemas de transmisión. Esto, en forma previa a la suscripción de los respectivos acuerdos de compraventa y convenios de inversión.

Nótese que el modelo que hasta aquí se ha venido describiendo presenta un valor agregado, en tanto permite, como se ha venido señalando, que las generadoras se desliguen de activos de transmisión que no forman parte de su negocio principal, pero asegurándose de que una empresa especialista operará y mantendrá dichos activos de transmisión esenciales para el desarrollo de su giro.

Como se aprecia, nada de lo anterior guarda relación con las tarifas o peajes por el uso de las instalaciones de transmisión de Transelec por parte de las centrales de generación, ni con el VATI, como intenta presentar la Demanda. Tanto es así, que, como podrá apreciar *infra* (§III.2.1), en el caso del acuerdo entre la Compañía y TSP –antecesora legal de las Demandantes– **(i)** con el objeto de prevenir dobles rentas, las tarifas pagadas a título de peaje por el uso de las instalaciones de transmisión se descuentan del precio a pagar a Transelec por concepto de inversión, resultado sobre el cuál se calculan las cuotas mensuales a pagar por concepto de operación y mantenimiento de las instalaciones; **(ii)** los mayores pagos que realice la empresa financiada en razón de los reajustes a las tarifas de transmisión compensan, en el exceso, la proporción correspondiente de las cuotas posteriores del Convenio de Inversión, toda vez que ellas son fijas; **(iii)** los pagos realizados por terceros (v.gr., otra empresa generadora) por los beneficios que reciban de la inversión compensan al retorno de la inversión, nuevamente en

⁷³ De conformidad con el artículo 7° de la LGSE, “[l]as 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 el inciso séptimo del artículo 2° de la ley N° 18.046.

Estas sociedades no podrán dedicarse, por sí, ni a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma, el giro de generación o distribución de electricidad.

El desarrollo de otras actividades, que no comprendan las señaladas precedentemente, sólo podrán llevarlas a cabo a través de sociedades anónimas filiales o coligadas.

La participación individual de empresas que operan en cualquier otro segmento del sistema eléctrico, o de los usuarios no sometidos a fijación de precios en el sistema de transmisión nacional, no podrá exceder, directa o indirectamente, del ocho por ciento del valor de inversión total del sistema de transmisión nacional. La participación conjunta de empresas generadoras, distribuidoras y del conjunto de los usuarios no sometidos a fijación de precios, en el sistema de transmisión nacional, no podrá exceder del cuarenta por ciento del valor de inversión total del sistema nacional. Estas limitaciones a la propiedad se extienden a grupos empresariales o personas jurídicas o naturales que formen parte de empresas de transmisión o que tengan acuerdos de actuación conjunta con las empresas transmisoras, generadoras y distribuidoras.

Los propietarios de las instalaciones construidas con anterioridad a que sean definidas como pertenecientes al sistema nacional de acuerdo al artículo 74, podrán mantener la propiedad de dichas instalaciones. Respecto de ellos no se aplicarán los límites de propiedad establecidos en el inciso anterior, pudiendo sobrepasar los porcentajes del ocho y cuarenta ya señalados. Sin perjuicio de lo anterior, las instalaciones que se encuentren en esta situación deberán ser consideradas en el cómputo del límite del 40% señalado en el inciso anterior.

En todo caso, los propietarios de dichas instalaciones 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, y no podrán participar en la propiedad de ninguna ampliación del sistema nacional respectivo”.

lógica de prevenir dobles rentas; y, (iv) las utilidades que se obtengan por el uso que terceros (v.gr., un cliente libre) hagan de la inversión, son repartidas en partes iguales por las partes del Convenio de Inversión.

Todo esto, H. Tribunal, carecería de lógica en el marco de una compraventa pura y simple de activos –en esos casos, lo que el comprador haga con el activo es irrelevante para el vendedor–, y mucho menos en el contexto del cobro de peajes o cargos por uso de la red de transmisión en el tramo correspondiente. Menos aún tiene sentido como supuesto abuso anticompetitivo de una parte hacia otra. Si Transelec hubiese estado en condiciones de abusar de TSP, es evidente que otros habrían sido los términos de la relación contractual entre ambos (v.gr., no se habrían contemplado las reglas contractuales para evitar dobles pagos, ni menos una regla de compartición de utilidades en partes iguales en caso de inyecciones de terceros por vía de la S/E).

Bajo esta estructura, TSP pactó voluntariamente con la Compañía –como por lo demás podría haberlo hecho con cualquiera otra– el Convenio de Inversión. Y es que, H. Tribunal, Transelec difícilmente pudo haber forzado a TSP a recurrir a este modelo de negocios, considerando que esta última no estaba ni legal ni económicamente obligada a recurrir a este mecanismo para desarrollar y construir la S/E Don Héctor. La Compañía tampoco pudo haberle impuesto las condiciones de este modelo de inversión, sirviendo de prueba de lo anterior el hecho de que éste se ajusta a condiciones competitivas, atendidas las particularidades de mercado y las opciones disponibles. De hecho, la propia regulación actualmente establece que la tasa de descuento utilizada para determinar la anualidad del valor de inversión de las instalaciones de transmisión no puede ser inferior a 7% ni superior a 10% y, en este caso, se pactó un porcentaje que se ubica en ese rango, la que, a diferencia de ésta, no se encuentra sometida al riesgo de revalorización cada cuatro años. Nótese que esto es muy relevante, pues, como se sabe en la jurisprudencia y doctrina de referencia, por definición no puede haber un precio abusivo cuando existe un punto de comparación con un precio regulado, y el primero es inferior al segundo⁷⁴.

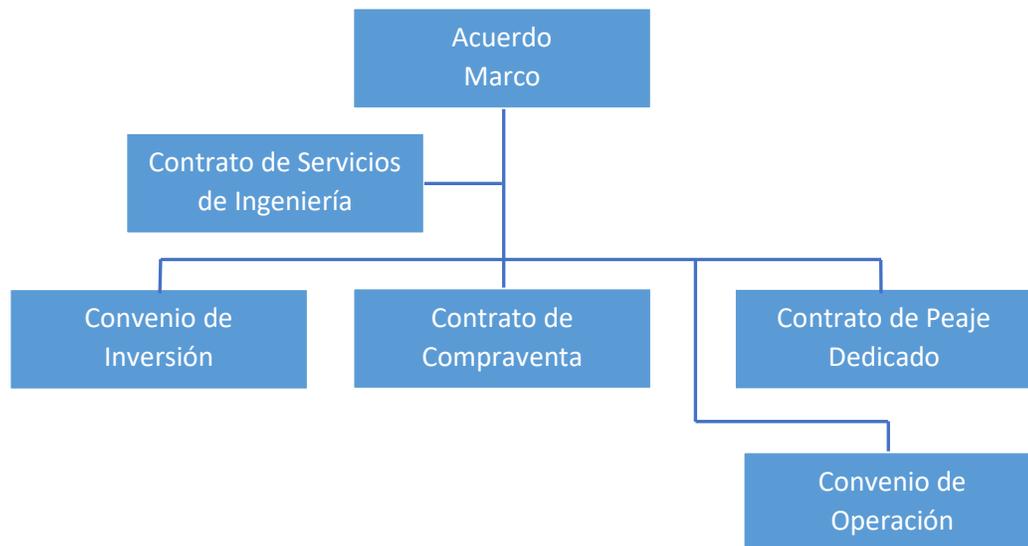
III.2. La estructura contractual diseñada entre ambas partes

Contrario a lo aseverado en la Demanda, y tal como se ha ido señalando, TSP y Transelec celebraron una serie de contratos con el objeto de regular una operación comercial que las Demandantes pretenden ahora desconocer (en adelante, también, los “Contratos”).

Para tales efectos, TSP y Transelec acordaron suscribir un Acuerdo Marco, lo que se verificó el 31 de agosto de 2017. Este Acuerdo Marco se erige como el paraguas bajo el cual se estructuró toda la operación. Asimismo, para efectos de implementar dicha operación comercial definida bilateralmente, las partes suscribieron una serie de otros instrumentos contractuales que son pormenorizados a continuación.

⁷⁴ Sentencia N°140/2014. Considerando 18º: “Que, por su parte, la segunda etapa del análisis consiste en examinar los precios cobrados por la firma dominante para determinar si ellos son extremadamente excesivos. Si bien la doctrina ha identificado una serie de benchmarks o estándares de comparación tendientes a distinguir en concreto entre precios excesivamente altos y precios competitivos, todos ellos han sido sujetos a críticas serias que impiden que puedan ser considerados por separado como determinantes para efectuar una evaluación (véase, en general, R. O’Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 732 y ss.). Por tanto, a juicio de este Tribunal, el análisis debe ser efectuado utilizando de manera simultánea todos los estándares de comparación disponibles, incluyendo, por ejemplo, el análisis de costos (lo que en concreto implica establecer si el precio cobrado por el producto excede el costo medio total), precios (por ejemplo, históricos o cobrados a diversas clases de clientes) y utilidades de la firma dominante. Lo más relevante para estos propósitos es que los estándares escogidos sean razonables y tengan sentido económico, esto es, que provean de información útil acerca de las características del precio bajo análisis y cuán cercano se encuentra éste de lo que se esperaría fueran las condiciones de competencia imperantes en el mercado, siendo secundario cuán imperfecta o limitada pueda eventualmente ser dicha información”.

FIGURA N°1
Estructura contractual para la inversión en la S/E Don Héctor



Fuente: Elaboración propia.

A partir de las propias cláusulas de estos Contratos, es posible verificar que dicha operación es completamente independiente de los montos que proceden por concepto de peajes o cargos por uso de las instalaciones de transmisión y del VATT –sin perjuicio de reconocer la existencia de tales montos para efectos de descontarlos del precio y evitar cualquier doble pago–; y, en la que desde un comienzo se consideró que la S/E Don Héctor fuese adquirida por Transelec, así como que dicha instalación pasase a formar parte del STN o del STZ. Esta es la única interpretación útil de las cláusulas contractuales libremente acordadas por Transelec y TSP, cuya posición contractual fue también libre y conscientemente asumida por las Demandantes al adquirir la Central, la que ahora pretenden desconocer.

III.2.1. Los Contratos celebrados entre Transelec y TSP

Para efectos de orden, se hará referencia a los contratos suscritos y sus cláusulas más relevantes de forma cronológica. Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que todos estos instrumentos se encuentran estrechamente relacionados y forman parte de una misma operación, que se engloba dentro de un Acuerdo Marco, y en cuyo contexto se suscribieron el Convenio de Inversión, el Contrato de Compraventa y el Contrato de Peaje Dedicado, así como otros instrumentos privados requeridos para la materialización de la operación⁷⁵.

III.2.1.1. *Contrato de Servicios de Ingeniería*

El 3 de marzo de 2016, TSP y Transelec⁷⁶ suscribieron un contrato de servicios de ingeniería de contraparte, inspección técnica de obras y asesoría de puesta en servicio para el desarrollo del proyecto de transmisión (“Contrato de Servicios de Ingeniería”), con el objeto de establecer los términos, condiciones y plazos que regularían los servicios que Transelec comenzó a prestar a TSP a partir de agosto de 2015 para efectos de asesorarla en el correcto desarrollo de la S/E Don Héctor, de conformidad con la normativa sectorial aplicable⁷⁷.

⁷⁵ Dado que estos contratos contienen información comercialmente sensible, las cláusulas más relevantes son detalladas en el anexo que se acompaña bajo reserva en presentación separada, de esta misma fecha.

⁷⁶ El 20 de junio de 2016, TSP efectuó una cesión del Contrato de Servicios de Ingeniería a SunPower.

⁷⁷ El Contrato de Servicios de Ingeniería tuvo vigencia retroactiva a contar el 13 de agosto de 2015; fecha en la que los servicios comenzaron a ser prestados.

En efecto, atendida la intención declarada de TSP de transferir la S/E Don Héctor, y la de Transelec de adquirirla, se suscribió el contrato en comento, que permitió no sólo que la Compañía aportase con su experticia técnica en el desarrollo de obras de transmisión, sino que también que ésta pudiera cerciorar que la instalación que adquiriría en el futuro iba a satisfacer el estándar de la Compañía y los requerimientos técnicos, de seguridad y calidad exigidos por la regulación sectorial, tanto en la Norma Técnica de Seguridad y Calidad de Servicio (“NTSyCS”)⁷⁸ como en la Ley Eléctrica, sus reglamentos y demás regulaciones de carácter técnico, para efectos de su conexión al sistema eléctrico y futura operación⁷⁹.

La intención de llevar adelante esta operación está expresada en la cláusula primera del documento bajo análisis, en su numeral 1.8, en que se dispuso que “[e]n caso que el Proyecto de Transmisión sea desarrollado en forma definitiva por TSP, las Partes han manifestado la intención de celebrar una Promesa de Compraventa y un Convenio de Inversión que regule la transferencia del Proyecto de Transmisión a TRANSELEC”. De hecho, H. Tribunal, la cláusula decimotercera establece como causal de término anticipado la no suscripción del Acuerdo Marco y del Convenio de Inversión de forma previa a la puesta en servicio de la S/E⁸⁰.

Asimismo, y precisamente atendido que estos servicios de ingeniería formaron parte de una operación más amplia en el contexto del Acuerdo Marco que fue posteriormente suscrito, y que es aquel en el marco del cual se organiza la operación, es que la cláusula 9.2 del Contrato de Servicios de Ingeniería reguló la manera en que el precio de tales servicios debería ser pagado atendido el esquema contractual acordado entre TSP y Transelec.

Para tales efectos, en el literal b) de la cláusula en comento se dispuso que el pago de los servicios prestados por Transelec en el marco del Contrato de Servicios de Ingeniería no estaba regulado por dicho contrato, sino que por el Convenio de Inversión que celebrarían las partes de forma previa a la puesta en servicio de S/E Don Héctor. Esto no debe extrañarle H. Tribunal, pues ¿qué sentido tendría para TSP pagar a Transelec por servicios que formarían parte de un activo en que esta última Compañía luego invertiría? Es sólo una muestra más de que esta operación trasciende a los contratos individualmente considerados, los que deben leerse en su conjunto y bajo el paraguas del financiamiento contemplado por el Acuerdo Marco. Es una muestra, también, de cláusulas perfectamente bilaterales que nada tienen de leoninas y que se encuentran en mutuo beneficio de las partes.

A los instrumentos indicados en la cláusula antes transcrita, esto es, el Acuerdo Marco y el Convenio de Inversión, se hará referencia a continuación.

III.2.1.2. *Acuerdo Marco*

Para regular la etapa de construcción de las instalaciones de transmisión y su futura venta a Transelec, ésta y TSP suscribieron el 31 de agosto de 2017 el Acuerdo Marco, con el objeto de establecer los principios, términos, condiciones y plazos que regularían: **(i)** la compraventa de la

⁷⁸ Cuyo texto refundido y sistematizado fue aprobado por la Resolución Exenta N°786, de 2019, de la Comisión Nacional de Energía.

⁷⁹ En este sentido, la cláusula de responsabilidades generales contenida en la cláusula 7.1 del Contrato de Servicios de Ingeniería dispuso que: “Las Partes declaran expresamente que las actividades que desarrollará TRANSELEC con motivo de los Servicios, tienen por objeto contribuir al correcto desarrollo del Proyecto de Transmisión, velar por las instalaciones que posteriormente adquirirá en virtud del Acuerdo Marco y el cabal cumplimiento de la normativa vigente, a fin de no causar detrimento en la continuidad, seguridad y calidad del servicio en el Sistema de Transmisión de Transelec (STT)”.

⁸⁰ Contrato de Servicios de Ingeniería, cláusula decimotercera, literal ii), modificada mediante Addendum al Contrato de Servicios de Ingeniería, cláusula segunda.

S/E Don Héctor⁸¹; **(ii)** la transmisión de energía a través de las instalaciones de Transelec que permitiría la conexión de la Central al SEN, durante toda la vigencia del Convenio de Inversión que fue suscrito conjuntamente con el Acuerdo Marco; y, **(iii)** las condiciones que debía cumplir TSP para intervenir las instalaciones existentes y poder conectar la S/E y su Central a la Línea Punta Colorada-Maitencillo⁸².

De este modo, en el Acuerdo Marco se hizo referencia a la compraventa de la S/E Don Héctor a realizarse⁸³ y al precio al cual se efectuaría⁸⁴. También alude el Acuerdo Marco al Contrato de Servicios de Ingeniería al que ya se ha hecho referencia *supra*⁸⁵.

Asimismo, el Acuerdo Marco se refiere a los siguientes contratos: el Convenio de Inversión; el Convenio de Operación, que tendría por objeto acordar las condiciones que regularán la conexión y la coordinación entre las instalaciones de Transelec y TSP⁸⁶; y, al Contrato de Peaje Dedicado, a suscribirse en virtud de lo mandatado por el artículo 80 de la Ley Eléctrica para efectos de determinar la capacidad de transmisión de la S/E Don Héctor –sobre lo cual se ahondará *infra*–⁸⁷.

Como se observa, el Acuerdo Marco engloba la totalidad de los instrumentos suscritos para efectos de materializar una operación que, por un lado, debía sujetarse a determinados requerimientos regulatorios, pero que, en lo restante, se encontraba supeditada a la plena autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Voluntad que, lejos de encontrarse afectada por un supuesto ejercicio de poder de mercado de Transelec, se refleja en contratos con términos mutuamente convenientes para este último y TSP.

III.2.1.3. *Convenio de Inversión*

Tal como se ha venido señalando, los generadores y Transelec negocian libremente la adquisición por parte de esta última de aquellos activos de transmisión que dichas empresas debieron desarrollar y construir para asegurar la infraestructura necesaria para que sus centrales inyecten al SEN la energía y potencia que generan, y que, por diversas razones, no están interesadas en mantener ni operar por cuenta propia.

El caso de las Demandantes es una muestra de lo anterior, y de ello se da cuenta con claridad en la cláusula 1.1.2 del Convenio de Inversión, en la que se expresa de forma inequívoca la causa que motivó la adquisición de la S/E Don Héctor y demás instalaciones de transmisión asociadas, a saber, la necesidad de TSP de inyectar energía y potencia al SEN con su Central, y el interés

⁸¹ Acuerdo Marco, cláusula 1.6: “TSP venderá y TRANSELEC adquirirá, sujeto a las condiciones establecidas en este instrumento, la Subestación Seccionadora, según el detalle de instalaciones individualizadas en el Anexo N° 2 del presente instrumento, una vez que se haya finalizado la construcción de las mismas y antes de su ‘Puesta en Servicio’. Para estos efectos, se entenderá como ‘Puesta en Servicio’ el instante en que TSP informe al Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (“Coordinador”) la energización de parte o el total de la Subestación Seccionadora”.

⁸² Acuerdo Marco, cláusula segunda.

⁸³ Acuerdo Marco, cláusula 3.1 y 3.2.

⁸⁴ Acuerdo Marco, cláusula tercera. Por tratarse de información comercialmente sensible, el precio de la compraventa es aportada en el anexo reservado que se acompaña bajo reserva en presentación separada de esta misma fecha.

⁸⁵ Acuerdo Marco, cláusula 1.5.

⁸⁶ En efecto, una vez suscritos todos los contratos antedichos para materializar la operación acordada entre Transelec y TSP, el 20 de septiembre de 2017, ambas partes acordaron un Convenio de Operación, mediante el cual, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley Eléctrica en materia de acceso abierto, se pormenorizaron las condiciones que regulan la conexión y coordinación de la operación de la línea de conexión construida por TSP para inyectar la energía de la Central a la S/E Don Héctor, conectada estas a su vez a la semidiagonal N°3 de propiedad de Transelec, con el objetivo de que la Central inyecte energía y potencia al sistema; instalaciones que se interconectan entre sí y que pasan a constituir la *frontera operacional* entre ambas partes.

⁸⁷ Acuerdo Marco, cláusula cuarta.

mutuo de ambas partes en acordar las condiciones para transferir la propiedad del proyecto de transmisión a Transelec, atendidos los giros de cada una de ellas.

Es así que, el 31 de agosto de 2017, TSP y Transelec suscribieron el Convenio de Inversión, con el objeto de regular: **(i)** la valorización de las inversiones asociadas al proyecto de transmisión; **(ii)** la operación, mantenimiento y administración de las instalaciones de transmisión por parte de Transelec; **(iii)** la prestación del servicio de transporte de energía por las instalaciones con la confiabilidad establecida en las NTSyCS y normativa eléctrica vigentes, u otra norma que establezca las condiciones técnicas, operativas y económicas de sistemas de transmisión; y, **(iv)** el pago por los conceptos de inversión y operación, mantenimiento y administración de las instalaciones de transmisión por parte de TSP a Transelec⁸⁸.

Para estos efectos, dentro del precio del Convenio de Inversión se distinguió entre: **(i)** el valor de la inversión efectuada por Transelec para el financiamiento de las instalaciones de transmisión de acuerdo con lo que se establecería en el Contrato de Compraventa, el que se acordó que se efectuaría en cuotas mensuales durante un plazo de 300 meses, considerándose una tasa de descuento competitiva (el “Valor de Inversión”); y, **(ii)** un valor por la operación, mantenimiento y administración de las instalaciones de transmisión, equivalente a un porcentaje del Valor de Inversión (el “OyM”).

Asimismo, y tal como se ha venido señalando, y se profundizará más adelante, fue TSP quien propuso el precio de venta de la S/E Don Héctor y de sus instalaciones asociadas, en función del valor que representó para aquel la construcción de las instalaciones; precio que fue aceptado por Transelec.

Este precio de compraventa de la S/E Don Héctor corresponde exactamente al mismo precio del Valor de Inversión pactado en el Convenio de Inversión, lo que da cuenta de cómo es que el precio de la compraventa de la S/E Don Héctor refleja el precio del capital otorgado por Transelec. En relación con este punto se debe enfatizar un aspecto central para el presente juicio: las Demandantes pretenden soslayar el pago de dineros que Transelec legítimamente tiene derecho a reclamar, y que desde luego fueron parte del valor del contrato suscrito entre Actis y TSP al momento de negociar la venta de la Central.

No puede pasarse por alto que, producto de esta operación, TSP pudo liberar caja, cumplir con sus *ratios* de deuda⁸⁹ y liberarse de la obligación de administrar, operar y mantener los activos de transmisión de conformidad con los requerimientos de la regulación sectorial. De todo lo anterior da cuenta claramente la cláusula sexta del Convenio de Inversión.

Ahora bien, y como en ningún caso el objetivo de Transelec es percibir un doble pago —*precisamente* para evitar la obtención de rentas sobre normales—, y con el objeto de reconocer a TSP —y hoy a las Demandantes— los flujos de dinero que la Compañía pueda recibir por concepto de explotación de la S/E Don Héctor, es que el Convenio de Inversión expresa con claridad en su cláusula 7.1 que, al precio del Convenio de Inversión, constituido por el Valor de Inversión y el OyM, deben descontarse los montos que correspondan atendidos los pagos que se verifiquen

⁸⁸ Convenio de Inversión, cláusula tercera.

⁸⁹ Tal como da cuenta la cláusula 1.1.4 del Convenio de Inversión, “*El proyecto de generación ha sido financiado a través de una estructura de project finance, sin recurso en contra de los accionistas de TSP los que no han hecho entrega de garantía alguna a favor de los financistas. El financiamiento fue otorgado por un plazo de 19,5 años y con un apalancamiento aproximado del 68%. En el contrato de financiamiento TSP se obligó a mantener una cobertura del servicio de deuda no inferior a 1,25 veces*”.

en virtud del Contrato de Peaje Dedicado⁹⁰, así como los pagos que puedan efectuar terceros (v.gr., otras empresas generadoras o clientes) atendido el uso que efectúen de la S/E Don Héctor.

Esto último, sea en virtud de un acuerdo privado –lo que ocurriría en caso de que la instalación se mantuviese como dedicada– o del régimen de remuneración previsto en la Ley Eléctrica –esto es, en caso de que la S/E Don Héctor pasase a formar parte del STN o STZ, como era previsible que ocurriera y por lo demás las partes se comprometieron contractualmente a procurar que así sucediera–. Más aun, se contempla que en caso de existir utilidades por concepto de explotación de la S/E Don Héctor, éstas deberán repartirse en partes iguales entre TSP –hoy las Demandantes– y Transelec. H. Tribunal, si esto es considerado un esquema contractual abusivo, según el DL 211, entonces cualquier contrato en Chile lo es.

A lo anterior debe agregarse la cláusula 7.2 que dispone que, en el evento de que, habiendo operado los descuentos recién señalados, se haya cubierto la cuota que debe pagar TSP, y Transelec obtenga ingresos adicionales a causa o con motivo de la S/E, *“tales ingresos serán repartidos entre las partes a razón de un 50% para cada una de ellas”*.

Es así, H. Tribunal, que del precio del Valor de Inversión pactado en el Convenio de Inversión –denominado por la Demanda como “Precio P3”⁹¹–, idéntico al precio del Contrato de Compraventa, se descuenta lo que la Demanda identifica como el “Precio P2” y que corresponde al precio del Contrato de Peaje Dedicado⁹², así como el precio correspondiente a los pagos efectuados por terceros que usen la S/E Don Héctor, sea bajo un régimen privado o, como ocurre a partir de la calificación de buena parte de las instalaciones de la S/E al STN, bajo un régimen regulado.

Así las cosas, el delta entre el “Precio P3” y el “Precio P2”, para usar la nomenclatura de la Demanda, y aquel que se deba descontar por concepto de uso por parte de terceros, no corresponde sino a la recuperación de la inversión por parte de Transelec –a verificarse durante un período de 300 meses–, atendida la transferencia de dineros efectuada a TSP en virtud del Convenio de Inversión, como expresión de los costos de desarrollo, adquisición de equipos, y construcción de la S/E Don Héctor, así como de los riesgos asumidos por la Compañía con la compra del activo, y que se enmarca en este esquema contractual al que se ha venido haciendo referencia. Esto es, en simple, todo el problema jurídico del presente caso, y que es de obvia interpretación y resolución.

Lo señalado se ve ratificado con el hecho de que el ingreso de la S/E Don Héctor al STN o STZ estuvo contemplado desde un comienzo, siendo, por ende, previsible y esperable que la S/E Don Héctor pasaría al régimen regulado; incluso más, la Compañía asumió la obligación expresa de realizar sus máximos esfuerzos para que ello se verificara. Por ello, como se adelantó, la tesis de las Demandantes se cae por sí sola: resulta contrario a toda lógica económica y comercial haber pactado la obligación de TSP de pagar 300 cuotas mensuales a nuestra representada, y que, al mismo tiempo, ésta se hubiese obligado a realizar esfuerzos para que el derecho a exigir el pago de esas 300 cuotas quede sin efecto.

⁹⁰ Así se indicó también en la cláusula 4.2 del Acuerdo Marco, que dispuso: *“Asimismo, en virtud del artículo 80 de la LGSE, las Partes acuerdan negociar y suscribir un contrato de peaje, para efecto de su envío a la CNE, a las SEC y al Coordinador. Las partes dejan constancia que los pagos que TSP deba efectuar bajo este contrato de peaje serán descontados de los que le corresponda pagar bajo el Convenio de Inversión. Las condiciones y montos del contrato de peajes serán las mismas que las del Convenio de Inversión. Además, este contrato deberá firmarse antes de la fecha de energización del Proyecto, y tendrá validez hasta que la subestación seccionadora sea reconocida como parte del sistema de transmisión nacional”*.

⁹¹ Demanda, p. 20.

⁹² Demanda, p. 19.

Una interpretación de los Contratos basada en su efecto útil⁹³ necesariamente lleva a concluir que el pago de las 300 cuotas por concepto de Valor de Inversión no se vincula de manera alguna con el ingreso o no de dicha instalación de transmisión al STN o STZ y, por tanto, a su sometimiento a regulación tarifaria.

El pago por el uso de la instalación quedó sometido al Contrato de Peaje Dedicado, así como a la tarifa regulada por el uso de los sistemas de transmisión que correspondiese una vez que la S/E Don Héctor fuese parte del STN, y a los peajes que debiesen tener que pagar terceros por el uso de dicha instalación mientras ésta no se incorporase al sistema como una instalación sujeta a fijación de tarifas por parte de las autoridades sectoriales. De ambas cuestiones se dejó adecuada constancia en el Convenio de Inversión, regulándose además cómo es que dichos pagos debían descontarse del precio pactado en el instrumento en comento. Aquí sí se produjo un tránsito desde un precio contractualmente acordado a uno regulado, situación que fue contemplada claramente por las partes porque precisamente se trataba de un supuesto previsible, y hasta querido y buscado por éstas. Todo ello con estricto apego a la normativa sectorial.

El adecuado entendimiento de la operación comercial que se verificó entre las partes permite descartar, de paso, el carácter supuestamente abusivo⁹⁴ que las Demandantes pretenden entregar a determinadas cláusulas del Convenio de Inversión; en particular, a aquella que regula la continuidad e invariabilidad del pago, a la que la demanda ha intentado otorgar un sentido completamente ajeno al tenido en consideración al pactarla⁹⁵.

En efecto, el pago a todo evento de los montos que correspondan de conformidad al Convenio de Inversión, aun cuando la S/E Don Héctor pasase al STN, se explica precisamente por lo que ya se ha venido señalando: que el precio pactado en el Convenio de Inversión, menos los descuentos que correspondan por concepto de uso de instalaciones por terceros y en virtud del Contrato de Peaje Dedicado, corresponde al pago efectuado por Transelec por la compra de la S/E Don Héctor al valor de desarrollo y construcción que le representó a TSP, y que la Compañía tiene el legítimo derecho a recuperar.

En suma, es evidente que Transelec sólo pretende recuperar lo invertido, como es esperable de cualquier persona natural o jurídica; en ningún caso hay aquí un problema de dobles ingresos. El establecimiento en el Convenio de Inversión de cláusulas que disponen expresamente que al precio de este se deberán descontar los ingresos por pagos propios o de terceros permite precisamente dar cuenta de lo anterior. Esto las Demandantes lo saben, pues lo señalan reiteradamente⁹⁶.

III.2.1.4. *Contrato de Compraventa*

Para efectos de materializar la operación de compraventa de la S/E Don Héctor, en ese entonces de propiedad de TSP, resultaba necesario contar con un título traslativo de dominio por el que la obra pasara a formar parte del patrimonio de Transelec.

⁹³ El principio de efecto útil se refiere a que en la interpretación de un acto jurídico debe buscarse la eficacia de este por sobre cualquier interpretación que suponga que no se produzcan efectos entre las partes. Tal como dispone el artículo 1562 del Código Civil, “[e]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

⁹⁴ Demanda, p. 68.

⁹⁵ A saber, que se trataría de cláusulas que facultarían a Transelec a cobrar ingresos por sobre el VATT regulado de la S/E Don Héctor y activos asociados. Demanda, pp. 76-77.

⁹⁶ Demanda, pp. 24, 25, 26, 33, 34, y 53.

En este contexto, el 14 de septiembre de 2017, TSP y Transelec suscribieron el Contrato de Compraventa, por el que la primera vendió, cedió y transfirió a la segunda, quien a su vez compró, aceptó y adquirió para sí, la S/E Don Héctor, los permisos asociados a ésta, y todos aquellos derechos que los amparan y que permiten su funcionamiento y operación (v.gr. las servidumbres eléctricas), incluidas las acciones, garantías y otros documentos asociados (los “Activos de Transmisión”), con excepción de la Resolución de Calificación Ambiental que calificó favorablemente no sólo a la S/E Don Héctor, sino que también a la Central y la línea de transmisión que conectaría a esta con la S/E (“RCA”).

El precio del Contrato de Compraventa, regulado en la cláusula 10.1, no es sino el mismo precio acordado como Valor de Inversión en el Convenio de Inversión.

A lo expuesto debe agregarse la circunstancia, desarrollada *supra*, de que en el Contrato de Compraventa existe un reconocimiento expreso de las partes de que la S/E Don Héctor, en ese entonces de carácter *dedicada*, ingresaría al STN o al STZ y, por tanto, pasaría a formar parte de las instalaciones de transmisión sometidas a regulación tarifaria.

Incluso más, en la cláusula 14.3 –y en un sentido similar a la cláusula 7.4 del Convenio de Inversión– se estipuló que TSP debía iniciar las gestiones para efectos de solicitar que la S/E Don Héctor fuese reconocida transitoriamente como una instalación regulada y el compromiso de Transelec, desde el momento en que se materializara la compraventa, de llevar a cabo todas las gestiones que resultasen necesarias para alcanzar dicho objeto.

De tratarse de una simple compraventa, como lo arguyen las Demandantes, simplemente no se explica la incorporación de esas obligaciones, pues en esos casos, lo que el comprador haga con el activo es irrelevante para el vendedor.

III.2.1.5. *Contrato de Peaje Dedicado*

Por último, paralelamente a la celebración del Convenio de Inversión, las partes suscribieron el Contrato de Peaje Dedicado, para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley Eléctrica.

De conformidad con esa disposición, en particular sus incisos primero y segundo, corresponde que el propietario, arrendatario, usufructuario o quien explote a cualquier título las instalaciones del sistema dedicado ponga en conocimiento del Coordinador los contratos de transporte existentes y los proyectos que impliquen el uso de la capacidad del sistema dedicado, remitiendo copia autorizada ante notario de los contratos que se celebren por uso de las instalaciones de transmisión dedicada a la CNE, al Coordinador y la SEC, al quinto día de su celebración.

Ello, con el objeto de permitir al Coordinador, de acuerdo con la normativa vigente, determinar fundadamente la capacidad técnica disponible de los sistemas de transmisión dedicados, lo que es necesario para efectos de dar cumplimiento a las reglas de acceso abierto que regula al efecto la misma norma⁹⁷.

⁹⁷ “**Artículo 80°.- Acceso Abierto en los Sistemas de Transmisión Dedicados. Los propietarios, arrendatarios, usufructuarios o quienes exploten a cualquier título las instalaciones de los sistemas dedicados no podrán negar el servicio a ningún interesado cuando exista capacidad técnica disponible de transmisión, sin perjuicio de la capacidad contratada o de los proyectos propios que se hayan contemplado fehacientemente al momento de la solicitud de uso de capacidad técnica, conforme a las normas del presente artículo. Asimismo, en las mismas condiciones, no podrán negar el acceso a empresas concesionarias de servicio público de distribución para el suministro de usuarios sometidos a regulación de precios, en**

En este orden de cosas, el Contrato de Peaje es un instrumento suscrito para efectos de permitir al Coordinador la determinación de la capacidad técnica disponible de la instalación, así como para regular el precio a pagar por el uso de las instalaciones de transmisión, en ese entonces, al margen de la tarifación sectorial por tratarse de una infraestructura dedicada.

De ello da cuenta la cláusula segunda del Contrato de Peaje Dedicado, que regula precisamente el objeto de este, y dispuso además que el pago de peaje dará derecho a TSP para que la Central inyecte hasta su capacidad máxima; en línea con lo dispuesto por la regulación sectorial.

Asimismo, de las cláusulas octava –sobre vigencia del contrato–⁹⁸ y novena –sobre cambio de régimen tarifario–⁹⁹ del Contrato de Peaje Dedicado es posible vislumbrar también con claridad cómo es que al momento de su suscripción era previsible para las partes que la S/E Don Héctor pasaría a ser calificada como una instalación del STN o del STZ, lo que, evidentemente, implicaría el tránsito desde un precio contractual –el peaje por el uso de la instalación dedicada– a uno regulado y sujeto a tarifación; sin perjuicio de mantenerse vigente el Contrato de Peaje Dedicado respecto de aquellas instalaciones que continuasen bajo una calificación de dedicadas, como de hecho ocurrió.

Dado que el Contrato de Peaje Dedicado, atendida la finalidad que les otorga la Ley Eléctrica –esto es, para efectos de la aplicación de las reglas en materia de acceso abierto de sistemas dedicados–, no garantizaba de manera alguna que Transelec pudiese recuperar la inversión efectuada con la compra del activo anteriormente de propiedad de TSP, resultaba necesaria la suscripción de los restantes instrumentos a que se ha hecho referencia y, en particular, el Convenio de Inversión.

De allí que el Convenio de Inversión haya también dispuesto en su cláusula tercera que el Contrato de Peaje Dedicado se suscribe “para el solo efecto de que Transelec pueda dar cumplimiento al artículo 80 de la LGSE, en particular a lo dispuesto en su inciso segundo”, así como que “en ningún caso la aplicación del Contrato de Peaje Dedicado podrá significar un pago global por parte de TSP superior a los comprometidos bajo este Convenio de Inversiones”.

Esta cláusula ha sido también sindicada por las Demandantes como una disposición que demostraría que la “verdadera” remuneración que percibe Transelec por el uso de los activos de la S/E Don Héctor pertenecientes al STN, corresponderían al precio establecido en el Convenio de Inversión; así como una cláusula que daría cuenta del carácter de “contraescritura” del Convenio de Inversión respecto del Contrato de Peaje Dedicado¹⁰⁰.

Sin embargo, muy por el contrario, lo único que hace esta cláusula es reconocer lo que ya se ha venido señalando: que el precio por la inversión efectuada por Transelec al adquirir los activos de transmisión y el precio por el uso de las instalaciones son dos cosas distintas, y que mientras lo primero se regula en el Convenio de Inversión –específicamente, en la parte del precio relativa

consistencia con los precios regulados. El o los propietarios, arrendatarios, usufructuarios o quienes exploten a cualquier título las instalaciones de transmisión dedicada que corresponda, deberán informar al Coordinador todo cambio en el uso estimado de la capacidad técnica disponible. (...)

⁹⁸ “(...). Sin embargo, el presente Contrato terminará anticipadamente en el evento que la totalidad de las INSTALACIONES pasen a formar parte del Sistema de Transmisión Nacional o Zonal. En caso que sólo parte de ellas se incluya en los segmentos señalados, el presente Contrato continuará vigente respecto de aquellas que permanezcan como Sistema de Transmisión Dedicado y se aplicará lo dispuesto en la cláusula siguiente”.

⁹⁹ “En el evento que parte de las INSTALACIONES sean declaradas o estén incluidas en los sistemas de transmisión Nacional o Zonal por los Decretos Supremos respectivos y sus antecedentes fundantes, el valor de peaje establecido en el CONTRATO se ajustará de manera de aplicar la prorrata del AVI y COMA sólo a la parte de las INSTALACIONES que permanezcan en el Sistema Dedicado”.

¹⁰⁰ Demanda, p. 20.

al Valor de Inversión—, lo segundo se sujetaría al Contrato de Peaje Dedicado mientras la S/E Don Héctor mantuviese dicha calificación, y en la medida que se modificase dicha calificación, procederían igualmente los descuentos por concepto de uso de la infraestructura de transmisión, circunstancia que es reconocida también en el Convenio de Inversión. Esta es una interpretación bastante más lógica y coherente de dos instrumentos contractuales suscritos el mismo día —el 31 de agosto de 2017— entre dos partes profesionales y respetuosas de la ley que la tesis de una supuesta “contraescritura”.

III.2.2. En consecuencia, lo cobrado en virtud del Convenio de Inversión no es sino el retorno por la inversión en los activos de transmisión

Los diversos instrumentos contractuales referidos *supra*, dan cuenta de la operación celebrada entre Transelec y TSP, develando con meridiana claridad una verdad indiscutible: no se está frente a una simple compraventa de activos.

Una mera compraventa de activos es incapaz de explicar por qué aquellos montos pagados por terceros que exceden las cuotas pagadas por el Convenio de Inversión se reparten por mitades entre TSP y Transelec, tal como consagra la cláusula 7.2 de dicho contrato. Tampoco logra explicar por qué los pagos realizados por terceros por el uso de las instalaciones de transmisión se imputan a dichas cuotas, como indica la cláusula 7.1 del mismo instrumento. También es incapaz de explicar la existencia de las 300 cuotas del Convenio de Inversión, las cuáles, en su conjunto, ascienden al precio pagado por Transelec en el Contrato de Compraventa de la S/E Don Héctor. Más aún, es incapaz de explicar su propio precio, en tanto el precio pagado por Transelec para adquirir la instalación de transmisión no corresponde sino al Valor de Inversión, equivalente al desarrollo de la ingeniería, adquisición de los equipos y construcción de la S/E en que incurrió TSP, valor superior al pagadero por una inversión sometida al régimen tarifario decretado por la autoridad de conformidad con un modelo de empresa eficiente.

Dicho de otro modo, el esquema contractual acordado entre ambas partes permitió a TSP cubrir el *delta* entre lo que podía reconocerle el régimen de ingresos regulados y su verdadero *Capex* —costo de desarrollo de ingeniería, adquisición de equipos y construcción— (esto, desde luego, no tiene ningún impacto en los usuarios, quienes siguen pagando únicamente los ingresos regulados). Ese *delta* es el que ahora las Demandantes quieren sustraerle a la Compañía mediante este procedimiento.

Similares tensiones contractuales se producen si se trata de compatibilizar los diversos contratos de la operación con un servicio de transmisión prestado por Transelec a TSP. No es capaz de explicar el Acuerdo Marco, el Contrato de Compraventa o el Convenio de Inversión. Recordemos aquella antigua regla de interpretación que indica el Código Civil: el sentido en que una cláusula (o si se quiere, un contrato) produce algún efecto, deberá preferirse a aquella en que no produce efecto alguno.

Todas estas dificultades desaparecen una vez que se considera la operación de autos como lo que es: una inversión.

En efecto, si se consideran las cuotas del Convenio de Inversión como un retorno mínimo garantizado por inversión **(i)** se explica que los pagos realizados por terceros en exceso del retorno a la inversión (cuota del Convenio de Inversión) se reparta entre los inversionistas —TSP y Transelec— por partes iguales; **(ii)** explica que los pagos realizados por terceros sean imputados

al pago de las cuotas del Convenio de Inversión; **(iii)** explica que el precio del Contrato de Compraventa ascienda al mismo monto que el Valor de Inversión del Convenio de Inversión; y, **(iv)** explica asimismo que las cuotas del Convenio de Inversión sean pagaderas a todo evento, pues la causa eficiente de su cobro no es el uso –variable e incierto– de la S/E, sino que la inversión de Transelec.

Es precisamente por lo anterior, H. Tribunal, que no es efectivo que lo cobrado en virtud del Convenio de Inversión, en exceso del VATT que le resulta aplicable –respecto de aquella parte de la S/E Don Héctor que pasó a incorporarse al STN– o en exceso de la tarifa consagrada en el Contrato de Peaje Dedicado –respecto de aquella parte que se mantiene como instalación dedicada–, constituya una remuneración obtenida en contravención a la normativa sectorial, esto es, que se perciba una tarifa mayor a la fijada provisionalmente por el Coordinador y que rige actualmente a la S/E: es el cobro del retorno por una inversión que liberó a TSP de capital necesario y le permitió recuperar en corto plazo la caja desembolsada en el desarrollo de la ingeniería, adquisición de equipos y construcción de una instalación anexa a su giro principal, y que ahora las Demandantes pretenden desconocer.

IV.

Éste no es un conflicto de libre competencia que deba ser conocido por el H. Tribunal, por lo que la Demanda debe ser desestimada

Tras haberse referido en detalle a los antecedentes fácticos y contractuales que delimitan la presente causa, a continuación, se desarrollan las razones jurídicas y económicas que explican por qué la Demanda debe ser desestimada totalmente.

Las Demandantes han sometido a conocimiento del H. Tribunal una materia que no se subsume en el ámbito de protección de la normativa de libre competencia. Esa circunstancia deviene en que el H. Tribunal carece de competencia para resolver la presente causa, y en una total ausencia de aquella legitimación procesal requerida por el DL 211 para accionar.

IV.1. La naturaleza del conflicto sometido a la decisión del H. Tribunal es una contractual, entre privados, y, a lo sumo, una de carácter regulatorio. Dos consecuencias preliminares: incompetencia del TDLC y falta de legitimación activa

Como se explicó al relatar los hechos y revisar los Contratos, lo que ocurre en este caso es que las Demandantes pretenden desconocer obligaciones contractuales asumidas por TSP como correlato de las obligaciones igualmente asumidas por Transelec en 2017, cuando la primera era controlada por SunPower Corporation en conjunto con Total Energies¹⁰¹.

Las Demandantes reconocen en múltiples pasajes de su Demanda que varios años después de haber tomado control de la Central, se habrían percatado de que las sumas que venían pagando a Transelec en función del Convenio de Inversión correspondían a cuotas de retorno de una inversión y no al pago por el uso de la S/E Don Héctor para inyectar energía y potencia al SEN¹⁰².

¹⁰¹ Total Energies es una empresa francesa que, en conjunto con SunPower Corporation, formaron un consorcio para la construcción de la Central. Dicho consorcio se materializó a través de la sociedad Total SunPower El Pelicano SpA, TSP.

¹⁰² Véase, a modo de ejemplo, la página 31 de la demanda.

Luego, las propias Demandantes dejan entrever que ese desconocimiento tendría su origen, según ellas, en el actuar de la parte vendedora, e, incluso, en posibles omisiones de los asesores legales que practicaron el *due diligence* que antecedió a dicha operación de venta:

“Lo que Actis tuvo a la vista como antecedente fundamental durante la negociación con TSP para adquirir la Central El Pelicano, fue precisamente que el pago de P3 a Transelec se debía al uso de la S/E Don Héctor por parte de la Central El Pelicano.

En efecto, consta en la presentación de TSP, de abril de 2017, denominada “El Pelicano – Project Information”, entregada a Actis en el marco de las negociaciones para la venta de la Central El Pelicano (cuya copia se acompaña bajo confidencialidad), que el P3 acordado con Transelec, siempre correspondió a un pago por el uso de la S/E Don Héctor, y no al pago de la cuota de una operación de financiamiento.

Cabe mencionar también que, con ocasión de la adquisición de la Central El Pelicano, los asesores jurídicos de Actis, que practicaron el *Due Diligence* de la transacción, le reportaron que no existían asuntos regulatorios significativos que informar tras revisar los documentos relacionados con la interconexión del proyecto Central El Pelicano.

En efecto, si bien el referido *Due Diligence*, no indica cuáles son estos documentos, se hizo referencia en él, en específico, a la venta de la S/E Don Héctor, en los siguientes términos:

"Based on our review of the documents provided in connection with the Interconnection of the Project, the sale of the switchyard asset and the communications with applicable authorities, we do not have material issues to report".

Estos antecedentes H. Tribunal no hacen sino reforzar que Actis, como adquirente de la Central El Pelicano, no tuvo advertencia legal-regulatoria acerca de la Cláusula Novena del Convenio de Inversión y su aplicación como facultad de Transelec para cobrar el P3, por sobre el VATT que se fijara a la S/E Don Héctor cuando pasara a formar parte del STN, con la inherente obtención de sobre rentas que ello implicaba¹⁰³.

En simple, las Demandantes se manifiestan “*sorprendidas*” por el contenido y naturaleza de las obligaciones contenidas en los Contratos; instrumentos que habían sido suscritos libre y voluntariamente –y en términos razonables– por los anteriores controladores de la Central, y en los que ellas pasaron a tener la calidad jurídica de parte luego de la operación de compra de dicha sociedad.

Así, el conflicto que las Demandantes someten a la decisión de este H. Tribunal: **(i)** tiene su origen, y, se identifica, con los Contratos suscritos en 2017 por El Pelicano cuando dicha sociedad era controlada por TSP; y, **(ii)** se fundamenta en lo que sería una supuesta falta de comprensión, por parte de las Demandantes, respecto del contenido, naturaleza y extensión de las obligaciones derivadas de dichos contratos. Ese desconocimiento, según los dichos de las propias Demandantes y dejando a salvo una explicación basada en su mala fe, sería atribuible *(a)* a un supuesto ocultamiento proveniente de la parte vendedora –el consorcio formado entre SunPower Corporation y Total Energies–, *(b)* a no haberse identificado dicha situación en el proceso de *due diligence*, o, en definitiva, *(c)* a la propia negligencia de las Demandantes, quienes no habrían sido capaces de identificar la real naturaleza de las relaciones comerciales y las obligaciones comprendidas en el negocio que estaban adquiriendo.

De lo anterior se desprenden dos conclusiones que son determinantes para la acertada solución de la presente causa:

¹⁰³ Demanda, pp. 31-32.

La primera, es que las Demandantes están presentando ante este H. Tribunal un conflicto comercial, de carácter eminentemente contractual, que implica, en sus términos, interpretar la real naturaleza y extensión de los Contratos, y de las obligaciones asumidas en ellos por El Pelicano como correlato de las obligaciones de Transelec. Pero no es labor del H. Tribunal interpretar cláusulas contractuales para desentrañar tal o cual voluntad de las partes, o tal o cual sentido de una o más cláusulas; eso es propio de un tribunal ordinario, o en este caso, de uno arbitral, dada la cláusula compromisoria vigente. Sin perjuicio de lo cual, y según se vio *supra* (§III), los Contratos contemplan de forma clara los derechos y obligaciones de cada una de las partes, así como sus fundamentos, en el marco de una operación de inversión en activos de transmisión.

Alternativamente, la cuestión ventilada en esta sede, a lo sumo, se trata de una presunta controversia de carácter regulatoria-sectorial, si se considera que las Demandantes pretenden que se determine si los pagos que El Pelicano está obligada a realizar a Transelec debido a los Contratos, cumplen, o no, con el esquema regulatorio establecido por la LSGE. En cualquier caso, y según se expuso *supra* (§II.2.3), los ingresos por uso recibidos por Transelec se ajustan plenamente al régimen tarifario previsto en la LGSE.

La segunda, que en la especie no se ha planteado, realmente, una controversia propia del ámbito de la libre competencia. De hecho –y sin perjuicio de que será una materia que se desarrollará *infra*– la Demanda no da cuenta de las razones que explicarían cómo, y por qué, la suscripción de los Contratos habría sido el resultado de una imposición o de un actuar abusivo de Transelec respecto de El Pelicano. En ninguna parte se señala que El Pelicano se habría opuesto a la suscripción de los Contratos, o a sus términos, o que El Pelicano hubiese tenido algún grado de dependencia económica respecto de Transelec en lo que se refiere al desarrollo, construcción y puesta en operación de la S/E Don Héctor, esto último, por la sencilla razón de que no la tiene. Menos se logran explicar cláusulas cómo aquella que reparte entre partes iguales las utilidades que pueda generar la S/E Don Héctor, o todas las que reconocen descuentos en el precio a pagar por el titular de la Central, serían reflejo de un actuar abusivo proscrito por el derecho de la libre competencia.

Nótese que, en la trama descrita en la Demanda, Transelec es un tercero totalmente ajeno a las circunstancias que habrían dado origen a las pretensiones de las Demandantes. En efecto, la Compañía, tal como se reconoce en la Demanda, terminó relacionándose con las Demandantes de manera derivada, como consecuencia exclusiva del hecho de que El Pelicano fue adquirida por estas últimas, quienes pasaron, por esa misma razón, a tener la calidad de partes en determinadas convenciones –los Contratos– que habían sido suscritas en 2017 por sus anteriores propietarios.

Para tratar de involucrar a Transelec en esa historia, las Demandantes construyen artificialmente un relato en el que le imputan, en simple, no haber alterado las condiciones contractuales pactadas en 2017 en los términos unilateralmente pretendidos por las mismas Demandantes. Así, la única intervención que se atribuye a Transelec es haber cumplido, y exigido sobriamente, el cumplimiento de aquellas obligaciones derivadas de los Contratos, y más en específico, aquella relacionada con la restitución de los cuantiosos dineros que Transelec entregó a El Pelicano para financiar los costos de construcción de la S/E Don Héctor, según lo previsto en el Convenio de Inversión. Nada más.

Valga reiterarlo: en la Demanda se da cuenta de la suscripción de los Contratos por parte de El Pelicano, en un momento en el que aquella era controlada por un grupo económico determinado, y, luego, de un intento de El Pelicano –ahora controlada por otro grupo económico– por alterar los términos contractuales fijados en 2017. Lo planteado por las Demandantes en ningún caso da cuenta de una hipótesis de extracción de rentas por sobre las reguladas, como se ha pretendido mostrar, ni menos de una supuesta reticencia de Transelec a ajustar su comportamiento ante la inclusión de la S/E Don Héctor en el STN, con los subsecuentes efectos de ellos en términos de remuneración por uso de las instalaciones de transmisión.

Al tratarse el presente conflicto de uno de carácter privado entre dos contratantes, o a lo sumo una cuestión meramente regulatoria sobre cómo interpretar la legislación sectorial, tal como se expresó *supra*, la controversia de autos no compromete a la libre competencia, en cuanto bien jurídico de interés público, exigencia necesaria para encontrarse ante un asunto de competencia de esta sede.

Tal como ha señalado la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, la protección de la libre competencia dista de ser un asunto entre particulares en resguardo de intereses privados, sino que lo sobrepasa en aras de mantener el orden económico en el mercado:

“(…) La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Se ha dicho: **‘Que la finalidad de la legislación antimonopolios**, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de **beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad** de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado’. (Resolución N°368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190).

Así, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

Esta doble vía que considera la libertad y el abuso permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger ‘no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro’ (Valdés, obra citada, página 187)¹⁰⁴.

IV.2. La ausencia de un conflicto propio del ámbito de la libre competencia fuerza el rechazo de la demanda en todas sus partes

Lo señalado en los párrafos anteriores en cuanto a la ausencia, en este caso, de un conflicto propio de la normativa de la libre competencia, tiene un impacto trascendental en la presente causa.

¹⁰⁴ Sentencia Excma. Corte Suprema. Rol N°5128-2016. Considerando 4°.

IV.2.1. La ausencia de un conflicto de libre competencia desestima, necesariamente, la posibilidad de que se esté ante hechos, conductas o circunstancias que puedan llegar a constituir una infracción al DL 211

Si el DL 211 tiene por objeto declarar, sancionar y corregir infracciones a la libre competencia en los mercados, es evidente que los hechos que no cumplen con esas características jamás podrán llegar a constituir infracciones a dicha norma.

Siendo ese el caso, es evidente que la Demanda debe ser rechazada, precisamente, porque los hechos que la sustentan, por sus propias características, en ningún caso podrían llegar a configurar un ilícito anticompetitivo susceptible de sanción.

IV.2.2. Por lo demás, la falta de un conflicto que *prima facie* podría constituir una infracción a la libre competencia evidencia que esta no es la sede para resolver el conflicto entre las partes

Es indudable que la competencia del H. Tribunal en materias contenciosas está fijada, fundamentalmente en los artículos 1º, 3º, 5º y 18 Nº1 del DL 211.

Mientras que el artículo 1º en comento indica que “[l]os atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley”, el artículo 5º establece que la función del H. Tribunal “será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

El artículo 18 Nº1 del DL 211, por su parte, dispone que entre las atribuciones y deberes del H. Tribunal se encuentra la de “[c]onocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”.

El concepto de “infracción al DL 211”, por tanto, es lo que definirá la competencia de este H. Tribunal para conocer y resolver determinados conflictos de relevancia jurídica. Y dicha noción está desarrollada en el artículo 3º del DL 211, que, en forma genérica, indica que constituye una infracción a dicha ley “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.

En base a la jurisprudencia del H. Tribunal, se han asentado algunos criterios que deben ser ponderados a la hora de decidir sobre su competencia para intervenir en asuntos contenciosos, entre los que destacan los siguientes: **(i)** que en la respectiva demanda deben describirse hechos que, *prima facie*, podrían constituir infracciones a la libre competencia, susceptibles de ser conocidas en esa sede¹⁰⁵; **(ii)** que el H. Tribunal carece de competencia para conocer peticiones que digan relación con derechos y obligaciones propias de relaciones contractuales o comerciales, y que tampoco le corresponde velar por los derechos y obligaciones que emanan de dichas relaciones¹⁰⁶; **(iii)** que la respectiva demanda tiene que estar planteada en los términos señalados en el artículo 3º del DL 211, de modo tal que si los hechos imputados resultasen acreditados, se haría necesaria la implementación de algunas de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas necesarias para restituir la competencia al mercado afectado por dichas conductas¹⁰⁷; y, **(iv)** que las conductas anticompetitivas que se imputan en la respectiva demanda

¹⁰⁵ Sentencia N°163/2018. Considerando 5°.

¹⁰⁶ Véase Considerando 2° de Resolución de fecha 26 de abril de 2016, pronunciada por el H. Tribunal en autos contenciosos Rol C-305-2016.

¹⁰⁷ Sentencia N°114/2011. Considerando 6°.

deben incidir, al menos formalmente, en el mercado relevante del que participa la parte demandante¹⁰⁸.

De lo anterior se deriva que el H. Tribunal no es el llamado a conocer de este asunto, pues las relaciones contractuales entre dos privados, cuando no tienen implicancias de libre competencia, son irrelevantes desde la perspectiva de libre competencia. Y, como se verá *infra* (§V.4), las Demandantes son incapaces de plasmar una teoría del daño competitivo mínimamente convincente que explique cómo habría aquí una materia que ha afectado, o tendería a afectar, la libre competencia.

IV.2.3. La falta de una alteración del orden público económico demuestra, además, la ausencia de aquella legitimación exigida para accionar en esta sede

El que las Demandantes estén ventilando un conflicto entre privados, de contenido patrimonial o alternativamente regulatorio, de paso, evidencia otro grave defecto procesal que justifica el rechazo de la demanda.

Como el H. Tribunal bien sabe, dentro de los presupuestos procesales necesarios para constituir una relación procesal está la legitimación de partes, que, en definitiva, se determina por la posición en que se encuentran las partes en relación con el objeto litigioso¹⁰⁹.

De esta manera, el demandante estará legitimado activamente cuando se encuentre en una condición jurídica que le permita exigir la prestación que reclama, y el demandado estará legitimado pasivamente cuando esté obligado a cumplir con la prestación que reclama el actor.

En el caso de autos, la legitimación está determinada por la posición en que se encuentran las partes en relación con el DL 211.

En este sentido, los artículos 1º y 3º del DL 211 fijan el estándar de legitimación requerido en esta sede. A partir de dichas disposiciones se concluye que están legitimadas para accionar ante el H. Tribunal únicamente aquellas personas que han sido sujeto pasivo inmediato de una conducta que puede constituir una infracción al DL 211, cuestión que ha sido reconocida por este H. Tribunal en múltiples ocasiones:

“Que ese interés legítimo que debe tener el particular que presenta una demanda en esta sede también ha sido objeto de análisis por parte de este Tribunal. En la Sentencia N°98/2010 se señaló que la demandante particular debe tener la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al D.L. N°211, para lo cual debe participar actual o potencialmente en el mercado que es directamente afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico, o bien en otros mercados conexos que puedan razonablemente verse afectados en forma indirecta por esa actividad supuestamente antijurídica. Esta misma idea se expresa en las Sentencias Nos 114/2011, 126/2012 y 132/2013”¹¹⁰.

Como se indicó *supra*, de lo que se trata acá es de un conflicto entre privados, o a lo sumo de uno regulatorio, pero, bajo ningún punto de vista, se está ante imputaciones propias del ámbito de la libre competencia. De modo que si las conductas imputadas no reúnen las condiciones necesarias para ser calificadas *–prima facie–* de ilícitos anticompetitivos, falta el presupuesto que

¹⁰⁸ Véase Considerando 3º de Resolución de fecha 26 de abril de 2016, pronunciada por el H. Tribunal en autos contenciosos Rol C-305-2016.

¹⁰⁹ Vescovi, Enrique, “Teoría General del Proceso”, Editorial Temis, 1984, p. 196.

¹¹⁰ Sentencia N°146/2015. Considerando 11º.

legítima activa para accionar en esta sede. Y eso es precisamente lo que ocurre en este caso, cuestión que ratifica que la Demanda deba ser rechazada.

V.

Transec no ha incurrido en ninguna de las infracciones anticompetitivas que se describen en la Demanda

Desde un punto de vista sustantivo, Transec no ha incurrido en ninguna de las infracciones anticompetitivas que se describen en la Demanda.

Resulta pertinente en este punto recordar que las Demandantes acusan a Transec, aunque no especifican ni detallan cómo ello habría podido ocurrir, de abusar de su supuesta posición monopólica en el mercado relevante de transmisión en la zona correspondiente al punto óptimo para seccionar la Línea Punta Colorada-Maitencillo, en virtud de las exigencias impuestas en la NTSyCS. Lo anterior, con el supuesto objeto de imponer a dichas Demandantes un esquema contractual respecto de la S/E Don Héctor que les extraería rentas supra competitivas (en palabras de la Demanda, “*sobre rentas*”). Ello, en infracción de la normativa sectorial eléctrica que regula la tarificación (VATT) por concepto de uso de instalaciones del STN, y del inciso primero y el literal b) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211.

Se ha explicado *supra* que el esquema contractual válida y consensuadamente suscrito entre Transec y TSP obedeció a una legítima modalidad de financiamiento de un activo de transmisión que la segunda construyó para inyectar su energía y potencia al STN, y que siempre estuvo en el interés de las partes que los dineros entregados por la Compañía a TSP por concepto de esa operación le fueran devueltos, sin perjuicio de los descuentos que correspondieran por concepto de ingresos una vez que la S/E Don Héctor pasara a formar parte de la regulación del STN o el STZ. Esta sola circunstancia demuestra que la Demanda carece de sentido fáctico y jurídico, y así quedará demostrado a lo largo del proceso, en tanto lejos de existir un mecanismo leonino pactado forzosamente por una parte en beneficio de la otra, lo que existió fue una transacción mutuamente conveniente entre dos partes profesionales que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, estructuraron una operación lícita y carente de cualquier reproche.

Ahora bien, más allá de lo anterior, estrictamente hablando, en los hechos y conductas relatados por la Demanda tampoco concurren los elementos necesarios para que se configure una infracción anticompetitiva por parte de la Compañía. Tanto porque una adecuada delimitación del mercado relevante permite concluir que Transec carece de una posición dominante en lo pertinente para la actual controversia, como porque no se cumple ninguna de las exigencias propias de una conducta abusiva, ni tampoco se verifica el daño anticompetitivo que exige la regulación nacional de libre competencia, según se verá a continuación

V.1. Estándar legal: todo abuso de posición dominante requiere la concurrencia de dos elementos cuya prueba es de carga de la parte demandante: (i) elemento estructural: poder de mercado; y, (ii) elemento conductual: actuar abusivo

Como se sabe, toda conducta de abuso de posición dominante exige la concurrencia de dos elementos: uno estructural, dado por la existencia de una posición dominante en el mercado relevante; y, otro conductual, consistente en un actuar abusivo de dicha posición dominante. El

examen de la concurrencia de ambos requisitos se estructura sobre la base del análisis del mercado relevante, que resulta funcional a la conducta imputada.

En palabras del H. Tribunal:

“Quincuagésimo sexto: Que, como se ha resuelto en esta sede, para configurar un abuso de posición dominante es necesaria la concurrencia de dos elementos, uno estructural y otro conductual. De acuerdo con la literatura económica, “[e]l primer elemento es la posición de dominio [elemento estructural]. Esta posición supone que el comportamiento debe ser desplegado por un agente económico que tiene un poder de mercado sustantivo y que puede actuar con independencia de otros competidores, clientes y proveedores, porque no existe una presión competitiva eficaz que pueda ser ejercida contra él—esto es, un poder disciplinador por parte de los competidores actuales o potenciales o bien, de un eventual poder de contrapeso—, de modo que está en posición de fijar condiciones que no habrían podido ser obtenidas de no mediar la existencia de ese alto poder de mercado” (V.gr. Faull and Nikpay, *The EU Law of Competition, 3rd Edition*, Oxford University Press, 2014, pp. 358 y 359). Por su parte, el segundo elemento es el comportamiento abusivo por parte del agente dominante —elemento conductual—, en el mercado relevante previamente definido, que debe producir efectos anticompetitivos o tener la potencialidad de hacerlo (véase Elhauge, Einer & Geradin Damien, *Global Competition Law and Economics, 2nd Edition*, 2011, p. 344). A este elemento se refiere el D.L. N° 211 como ‘explotación abusiva’, en su artículo 3 literal (b) (véase Sentencia N°174/2020, c. 88° y Sentencia N°176/2021, c. 74°)”¹¹¹.

El análisis abstracto y la concurrencia particular del elemento estructural y conductual será abordado *infra* en los acápites pertinentes. Sin embargo, desde ya puede adelantarse que determinar que un agente posea o no una posición dominante en un mercado en particular no se reduce a afirmar que se tenga en aquel una participación de mercado considerable¹¹², sino que requiere, entre otras cosas, evaluar las diversas fuentes de presión competitiva que pueden enfrentar sus actores, típicamente, de sus competidores actuales, o potenciales y de sus contrapartes comerciales, y, muy relevantemente, cuán constreñido se encuentran sus actores por la regulación vigente —o, dicho de otro modo, de cuánta libertad normativa disponen en su actuar—.

Respecto del análisis del elemento conductual, como es obvio, se exige acreditar una conducta abusiva del agente dominante en el mercado relevante.

Así las cosas, la determinación de si Transelec ha incurrido en un abuso de posición dominante en el mercado relevante de autos pasa por la prueba de la concurrencia copulativa de ciertas circunstancias cuya carga corresponde a los Demandantes de autos —y no ha sido cumplida—. Primero, que Transelec tenga una posición de dominio en el mercado. Segundo, que Transelec haya abusado de su posición dominante. Tercero, se debe acreditar que dicho actuar ha impedido, restringido o entorpecido la libre competencia en el mercado, o a lo menos, tendido a producir tales efectos, existiendo una aptitud causal objetiva para provocar riesgos o lesiones a la libre competencia. Asimismo, no deben haber existido eficiencias asociadas o una justificación objetiva para tales conductas.

V.2. Ausencia de elemento estructural anticompetitivo de abuso de posición dominante de aquellos indicados por el literal b), inciso segundo, del artículo 3° del DL 211

En efecto, H. Tribunal, en el caso de autos no se presenta el elemento estructural de todo abuso de posición dominante, esto es, la posición dominante de Transelec. Y es que como se verá *infra* (i) el mercado relevante de autos no es el de transmisión, sino que es el de la construcción y

¹¹¹ Sentencia N°178-2021. Considerando 56°.

¹¹² Sentencia N°174-2020. Considerando 125°.

financiamiento de la S/E Don Héctor, en el cual, Transelec no tiene posición de dominio; e, **(ii)** incluso si se aceptara que el mercado relevante es aquel que señalan las Demandantes –y que se encontraría configurado por la actividad de transmisión de energía y potencia en el punto óptimo para seccionar la Línea Punta Colorada-Maitencillo–, atendida la estricta regulación a la que se somete la Compañía en cuanto administradora de instalaciones de transmisión del STN (v.gr., acceso abierto, tarifas reguladas y prohibición de integración vertical entre transmisión y generación o distribución), cualquier posible posición de dominio se ve neutralizada.

V.2.1. Errada identificación del mercado en el que se habrían verificado las infracciones denunciadas.

Un aspecto central –y si se quiere, inicial– en todo análisis de libre competencia es la determinación de si el o los agentes económicos involucrados en una o más determinadas conductas están o podrían estar en posición de ejercer poder de mercado¹¹³. Esto tiene sentido, considerando que, en palabras de la Excm. Corte Suprema, el objetivo último del DL 211 es precisamente *neutralizar posiciones de poder de mercado*¹¹⁴.

Así las cosas, el núcleo del examen de hechos, actos o convenciones que se estimen atentatorios a la libre competencia comienza con una delimitación de la industria específica en que ellas se despliegan y de la posición en que se ubican los agentes involucrados en la misma¹¹⁵. En tal sentido, el mercado relevante es el primer elemento para determinar si en un caso concreto se verifican o no restricciones propias del ámbito de la libre competencia entre diferentes agentes¹¹⁶.

En palabras del propio H. Tribunal:

“Trigésimo sexto: Que, por regla general, cuando se analiza un caso de competencia se define, en primer lugar, el o los mercados relevantes y luego los mercados conexos. **El mercado relevante corresponde a aquel en que se ejecuta una conducta anticompetitiva** y, por lo tanto, requiere de la participación directa del agente económico acusado de ejecutarla. En cambio, un mercado conexo al mercado relevante es aquel que se podría ver afectado de forma directa o indirecta por la supuesta práctica anticompetitiva y en el que puede participar o no el agente económico acusado de ejecutarla”¹¹⁷.

En el grueso, las preguntas fundamentales que deben formularse en este ejercicio están orientadas a **(i)** determinar las opciones disponibles para quienes buscan adquirir o contratar un determinado bien o servicio; **(ii)** definir las alternativas disponibles –oferentes– para abastecerse de aquellos; y, **(iii)** aclarar si existen bienes o servicios sustitutos que permitan satisfacer las mismas necesidades¹¹⁸.

Lo anterior es particularmente relevante para el caso de autos, toda vez que las Demandantes esgrimen que existiría un supuesto abuso de posición dominante desplegado en el mercado de transmisión en la zona correspondiente al punto óptimo para seccionar la Línea Punta Colorada-Maitencillo. Con todo, H. Tribunal, una simple apreciación de la demanda permite concluir que ese no es el mercado relevante en base al cual debe evaluarse este caso.

¹¹³ Johnathan Faull & Ali Nikpay, “The EU Law of Competition”, Third Edition, 2014, p. 42.

¹¹⁴ A modo de ejemplo, Excm. Corte Suprema. Sentencia de 10 de mayo de 2021 dictada en autos rol N°138.221-2020. Considerando 5°.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Richard Whish & David Bailey, “Competition Law”, Tenth Edition, 2021, p.184.

¹¹⁷ Sentencia N°181/2022. Considerando 36°.

¹¹⁸ Ibid., p. 43.

En efecto, una simple revisión de la demanda permite apreciar que el conflicto planteado por El Pelicano dice relación con la actividad de construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor, y no con las actividades de transmisión propiamente tales. Y es que, H. Tribunal, los supuestos abusos que acusan las actoras dicen relación con el esquema contractual celebrado entre Transelec y las Demandantes para, valga la redundancia, la construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor; no con la prestación de servicios de transmisión por parte de Transelec. Y en aquella industria, H. Tribunal, Transelec no posee poder de mercado alguno. De hecho, El Pelicano siempre pudo definir libremente el mecanismo y la estructura comercial y financiera para desarrollar y construir la S/E Don Héctor. En dicho sentido, y tal como se explicó *supra* (§III), el financiamiento otorgado por Transelec a las Demandantes respondió a un acuerdo mutuo y voluntario de las partes de este proceso, pero en ningún caso a un hecho acto o convención derivado de una suerte de dependencia económica de los Demandantes para con Transelec.

En simple, las Demandantes no estaban forzadas a obtener el financiamiento que deseaban de Transelec, más allá de que la Compañía era una candidata apta para ello dada su experiencia en el rubro (de ahí la celebración del Contrato de Ingeniería). Sin embargo, era perfectamente posible, y así ocurre en muchos otros casos, que TSP en particular hubiese obtenido el financiamiento de otras empresas de transmisión, de otras empresas generadoras, o incluso, de una institución bancaria o financiera. Las condiciones de esa operación, según se acreditará en el curso del proceso, son el reflejo de lo competitivo del mercado relevante en cuestión. Lo mismo puede predicarse del desarrollo y construcción de la S/E Don Héctor.

En efecto, un análisis del mercado relevante revela que no existen barreras significativas a la entrada que impidan a otros actores ser potenciales sustitutos de Transelec en la construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor. Por el lado del financiamiento, más allá de las exigencias de capital que debe reunir toda empresa que se dedique a las actividades de financiamiento, no existe ningún obstáculo adicional para que otro actor, distinto de Transelec, pueda otorgar financiamiento para este tipo de proyectos. Ejemplos hay muchos de generadores, transmisores, inversionistas y otros que se dedican a financiar proyectos de este tipo. Más aún, una simple revisión de la prensa nacional muestra la existencia de otras subestaciones que han sido financiadas por mecanismos sindicados de *Project Finance* similares a la situación de El Pelicano, los que normalmente se estructuran contra la entrega de garantías de los *sponsors* o bien contra la prenda de determinados contratos de suministro y/o contra la prenda total o parcial sobre los activos construidos¹¹⁹.

Otro tanto ocurre con el desarrollo y construcción de una subestación seccionadora, en que, más allá de la experticia y recursos necesaria para construir una instalación de las características de S/E Don Héctor, cuestión que debe reunir todo agente que pretenda construir una estructura de semejante naturaleza, no existen mayores impedimentos para que otro actor pueda ingresar al mercado relevante y sustituir a Transelec. Por de pronto, la prensa nacional nuevamente

¹¹⁹ A modo de ejemplo, el financiamiento necesario para la construcción y operación de proyectos de transmisión, incluyendo más de 550 kilómetros de líneas de transmisión y ocho subestaciones fue financiado por la sociedad CRC Transmisión, filial del grupo Elecnor. Asimismo, el Impuesto al Valor Agregado derivado de la construcción fue financiado vía préstamo de 20.7 millones de dólares entregados por el Banco Santander- Chile. Véase, <http://go.fn.cl/13n7x> [última consulta: 29 de julio de 2022]. Finalmente, en caso de sellarse finalmente la operación de Enel Chile y Grupo Saesa, se sumaría a otras operaciones del último tiempo en el sector. Por ejemplo, por US\$ 1.295 millones, Colbún logró enajenar su filial de tendido eléctrico al consorcio Alfa Desarrollo, ligado al fondo de pensiones holandés. CGE en 2019 vendió sus líneas a la portuguesa Redes Energéticas Nacionais (REN) en un monto cercano a los US\$ 170 millones. Y AES Andes y su filial Eléctrica Angamos lograron desprenderse del 20% de sus líneas de transmisión en unos US\$ 220 millones, operación en la cual el comprador fue Chilquinta Energía. Véase: <http://go.fn.cl/wbq92> [última consulta: 29 de julio de 2022].

entrega ejemplos de casos recientes en que otros agentes –como es el caso de Engie o Colbún¹²⁰– han participado de la construcción de instalaciones semejantes a la subestación objeto de autos.

Precisamente porque no existen barreras a la entrada significativas que impidan a otros actores servir de sustitutos a Transelec en la construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor, resulta irrelevante la participación de mercado que la Compañía posea, toda vez que el mercado relevante de autos es absolutamente desafiante, circunstancia suficiente para descartar la concurrencia del elemento estructural de toda conducta de abuso de posición dominante. Así, por de pronto, lo ha resuelto el H. Tribunal en la reciente Sentencia N°181/2022:

“Quincuagésimo tercero: Que, así, en lo que dice relación con las condiciones de competencia, **este análisis debe focalizarse no solamente en determinar la participación de mercado de la demandada, sino y muy fundamentalmente en discernir si existen en el mercado relevante definido barreras a la entrada significativas, que le permiten a la firma dominante cobrar precios excesivos sin ser disciplinada por otros actores actuales o potenciales.** En este sentido, dichas barreras deben “ser más altas que aquellas que normalmente sirven para determinar la dominancia, pues lo relevante en el análisis es, en última instancia, determinar la posibilidad real de optar que tiene el agente económico cuya actividad se encuentra constreñida por tales barreras. Es decir, se debe tratar de barreras muy difíciles de superar en la práctica. En otras palabras, el análisis en este punto tiene por objetivo determinar si el consumidor posee alternativas creíbles al producto que le ofrece la firma con poder de mercado significativo” (Sentencia N° 140/2014 c.17°),”¹²¹.

“Octogésimo segundo: Que, en efecto, **no se probó en autos que Walmart tuviera una posición dominante de la cual pudiera abusar, ni menos una posición super dominante que le permitiera cobrar precios excesivos. Lo anterior, por cuanto no existen barreras de entrada significativas al mercado** de servicios logísticos de devolución y recuperación de pallets desde las salas de venta de Walmart, ya que la misma demandante o un tercero designado por esta puede retirar los pallets estandarizados desde dichas salas de venta, para lo cual solo se necesita contar con camiones, de acuerdo con los propios dichos de Redtec”¹²².

Asimismo, y porque el mercado relevante de construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor no presenta barreras significativas a la entrada, El Pelicano siempre pudo definir libremente cuál era la opción que le parecía más conveniente contratar para el financiamiento, construcción y desarrollo de la S/E Don Héctor. Para hacer frente a la realidad del mercado, incompatible con la teoría del caso de las Demandantes, ellas confunden a su conveniencia la posición de Transelec en lo que se refiere a la Línea Punta Colorada – Maitencillo (por lo demás fuertemente regulada en su actividad diaria), y su posición en relación con la S/E Don Héctor, para intentar crear artificialmente una situación de dominancia y dependencia inexistente para con Transelec. A modo de ejemplo de esta confusión, baste observar la sanción que las Demandantes solicitan aplicar a Transelec. Ella no sólo mira a lo cobrado por el uso de la S/E Don Héctor, sino que mira a todos los ingresos que Transelec ha facturado por la prestación del servicio de transmisión de energía y potencia desde la S/E Don Héctor hasta la zona central del SEN:

“Por la gravedad de los hechos denunciados y considerando que Transelec es, por lejos, la mayor empresa de transmisión en el país, solicito que se aplique a Transelec una multa a beneficio fiscal equivalente al 30% de la totalidad de ingresos que haya recibido dicha empresa por concepto de remuneración de los servicios de transmisión que ha prestado (esto es, peajes; ingresos tarifarios reales y remuneraciones provenientes del Cargo Único de Transmisión) y que se encuentran asociados a las infracciones cometidas. Esto es, que se

¹²⁰ Véanse, <http://go.fn.cl/hmscm> [última consulta: 29 de julio de 2022]. Asimismo, véase: <http://go.fn.cl/23w2x> [última consulta: 29 de julio de 2022].

¹²¹ Sentencia N°181/2022. Considerando 53°.

¹²² Ibid. Considerando 82°.

considere para esos efectos, el conjunto de ingresos que Transelec haya facturado por la prestación del servicio de transmisión de energía y potencia desde la S/E Don Héctor hacia la zona central del SEN (...)"¹²³.

Una cosa es segura, H. Tribunal: la construcción de una subestación que se conecta a una línea de transmisión no es lo mismo que la operación de la línea misma. Dicho en otras palabras, no es lo mismo desarrollar, financiar y construir la S/E Don Héctor, que prestar servicios de transmisión por medio de la Línea Punta Colorada – Maitencillo. Así, el mercado relevante de autos no puede ser el de transmisión en la zona donde se emplaza la S/E Don Héctor, pues en ello no existe actuar anticompetitivo acusado de parte de los Demandantes. El mercado relevante de autos es el de construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor y, en él, en ausencia de barreras significativas a la entrada, y existiendo otros oferentes al momento de haberse celebrado el contrato, Transelec carecía y por tanto carece de posición de dominio.

V.2.2. En cualquier caso, la estricta regulación a la que está sometida Transelec neutraliza significativamente cualquier potencial dominancia que aquella pudiera tener en caso de que se considerase que el mercado relevante es de la transmisión eléctrica

H. Tribunal, la desafiability del mercado o la existencia de sustitutos para las Demandantes en el mercado relevante de construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor llevan a la conclusión de que Transelec carece absolutamente de posición de dominio. Esto se confirma en la dimensión conductual de la relación contractual que vincula a la Compañía con las Demandantes, que se basa en precios y condiciones de mercado y bastante favorables para ellas.

Pero incluso si se estimara que el mercado relevante es el de la transmisión eléctrica, como lo pretenden las actoras, es la propia regulación sectorial en la que se ve inserta la Compañía la que impide cualquier abuso de posición dominante. Dicho en palabras de la Excma. Corte Suprema, la posición de poder de mercado se encuentra completamente neutralizada por una regulación de tipo *ex ante*.

Al igual que en Chile, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea, la solución *ex ante* adoptada por la legislación para impedir el abuso de posición dominante y, a su vez, asegurar una competencia efectiva¹²⁴, consiste en la adopción de reglas que consagren el acceso abierto al segmento de transmisión, sometido además a tarifas que, en el mejor de los casos, se encontrarán reguladas. En este sentido, se ha indicado que “[t]anto Estados Unidos como Europa han resuelto el problema del acceso a las redes de transmisión de un modo similar: la imposición de un régimen de tarifas de acceso abierto (...) para hacer la competencia algo posible y efectivo”¹²⁵. A ello debe sumarse la existencia de reglas que impidan o limiten la integración vertical entre los operadores de transmisión y otros segmentos, lo que se efectúa precisamente para neutralizar los posibles conflictos de interés de parte de los operadores de transmisión en favorecer a sus relacionadas, eliminando el incentivo a discriminar a los competidores en el acceso a la red.

Y es que, en efecto, el transporte de energía a través de infraestructuras de transmisión presenta significativas economías de escala, indivisibilidad de la inversión y cuenta con una función de

¹²³ Demanda; p. 75.

¹²⁴ Mohr, Jochen. “The Foundation Of Energy Regulation In Europe On The Basis Of Art. 102 Tfeu – The Example Of Energy Grids”; p. 16: “Regulation of third-party access to the grids is the main instrument for enabling effective competition competition of the up- and downstream markets. It finds its core expression in the essential facilities doctrine (...).”

¹²⁵ Anchustegui Herrera, Ignacio: “Transmission Networks in Electricity Competition: Third-Party Access and Unbundling – A Transatlantic Perspective”; p. 17. Traducción libre: “Both the US and Europe have addressed the problem of access to electricity transmission networks in a similar vein: the imposition of tariff-based TPA regime complemented by unbundling requirements to make competition possible and effective”.

costos *sub-aditiva* (esto es, una sola empresa es capaz de producir la cantidad que se demanda del bien en cuestión, a un costo menor o igual al que tendrían a dos o más empresas)¹²⁶. Por estas razones, la actividad de transmisión presenta características de monopolio natural¹²⁷.

Un requisito para la competencia efectiva en el mercado de la electricidad es el acceso a la infraestructura de red en condiciones competitivas razonables. Es por ello, así como atendido el carácter de instalación esencial de las líneas de transmisión y de determinadas instalaciones asociadas, que la regulación sectorial busca corregir esta falla de mercado mediante el establecimiento de una obligación de acceso abierto, de conformidad con la cual el propietario de la instalación de transmisión debe permitir que cualquier tercero acceda a la red de forma no discriminatoria.

Esto es precisamente lo que ocurre en Chile.

Según ya se adelantó *supra* (§II.2.4), a partir de la Ley N°19.940 la LGSE garantiza el acceso a los sistemas de transmisión a los distintos usuarios interesados en transportar energía y potencia por dichas instalaciones. Para tales efectos, inicialmente se estableció, respecto de los propietarios de instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión, un régimen obligatorio de acceso abierto en virtud del cual éstos debían permitir el libre acceso a sus instalaciones, no pudiendo negarlo a ningún interesado por motivos de capacidad técnica; siempre que los usuarios efectuaran el pago de peaje correspondiente a dicho uso. Respecto de los sistemas de transmisión adicional, la ley establecía, en cambio, que sólo estaban sometidas al régimen de acceso abierto aquellas líneas que hicieran uso de las servidumbres forzosas establecidas mediante concesión eléctrica y las que usaran bienes nacionales de uso público en su trazado.

Tras la Ley de Transmisión, y tal como también se expuso *supra* (§II.2.4), la generalidad de las instalaciones de los sistemas de transmisión se encuentra sometidas a un régimen de acceso abierto, pudiendo ser utilizadas por terceros bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias entre todos los usuarios, a través del pago de la remuneración del sistema de transmisión que corresponda acorde con tarifas reguladas, sin que resulte posible negar el acceso al servicio por motivos de capacidad técnica¹²⁸. La diferencia en el caso de los sistemas de transmisión dedicados es que esto último –la imposibilidad de negar el acceso al servicio fundado en capacidad técnica– es sin perjuicio de la capacidad contratada o de los proyectos propios que se hayan contemplado fehacientemente al momento de la solicitud de uso de capacidad técnica; correspondiéndole en todo caso al Coordinador determinar fundadamente la capacidad técnica disponible de conformidad con un procedimiento reglado al efecto¹²⁹.

Asimismo, y según ya se abordó, de conformidad tanto con la Ley Eléctrica como el Reglamento de Transmisión, el Coordinador cuenta con amplias competencias para verificar el cumplimiento de las reglas en materia de acceso abierto, debiendo autorizar la conexión a los sistemas de transmisión, verificar el cumplimiento de los requisitos y exigencias a la que ésta deberá sujetarse, e instruir las medidas que fueren necesarias, pudiendo definir la realización de auditorías e

¹²⁶ Evans, Eugenio y Yáñez, Eduardo. Op. Cit., p. 4.

¹²⁷ Al respecto, en el considerando 4° de la Resolución N°488 de la Comisión Resolutiva se señaló: “(...) las actividades de transmisión y distribución tienen, en grado importante, características de monopolio natural, es decir, presentan funciones de producción con rendimientos crecientes a escala, mientras el proceso de generación es susceptible de competencia entre empresas de muy diverso tamaño, debido, esencialmente, al desarrollo de tecnologías que han posibilitado la entrada de nuevos generadores al mercado a escalas de producción relativamente modestas”.

¹²⁸ Artículo 79 de la LGSE.

¹²⁹ Artículo 80 de la LGSE.

inspecciones periódicas de las instalaciones con el fin de verificar el cumplimiento de las condiciones de conexión autorizadas y los plazos establecidos¹³⁰.

Es así, H. Tribunal, que especialmente tras la adopción de la Ley de Transmisión, la normativa sectorial eléctrica regula las obligaciones en materia de acceso abierto, de las cuales en esta presentación se ha hecho sólo somera referencia; obligaciones cuya cautela le corresponde a un órgano independiente y de reconocida independencia –el Coordinador– y cuya infracción da lugar al ejercicio de la potestad sancionatoria de la SEC. El fortalecimiento de esta regulación fue, de hecho, uno de los principales objetivos de la Ley de Transmisión, tal como se manifestó en su Mensaje, sin perjuicio de los avances que representó la ley N°19.940 en la materia, de conformidad con el marco normativo entonces vigente: *“quienes desean ejercer el derecho al acceso abierto y el uso del servicio público, deben negociar directamente con el propietario de las instalaciones aludidas, lo que no da garantías de que dicho acceso se otorgue imparcialmente. Al no existir reglas claras para esto, podría existir la posibilidad de dobles pagos por el mismo servicio”*¹³¹.

Es así que Transelec no puede denegar el acceso a sus instalaciones, especialmente tratándose de aquellas que formen parte del STN o STZ, como en el presente caso. Asimismo, cualquier potencial e implausible amenaza de Transelec de impedir el acceso a sus líneas de transmisión está abiertamente prohibido por la regulación sectorial, correspondiéndole al Coordinador verificar su cumplimiento, lo que es además sin perjuicio del ejercicio de las facultades sancionatorias de la SEC y de la posibilidad de, en ciertos casos que la LGSE contempla, someter las discrepancias que se originen ante el H. Panel de Expertos, tal como se abordó *supra* (§II.2.4). Y es que, por de pronto, no hay evidencia alguna de que Transelec haya sido denunciado ante la SEC por infringir el deber de acceso abierto en relación con TSP (o con nadie), ni que hayan surgido discrepancias que hayan sido llevadas al H. Panel de Expertos tras la adopción de la Ley de Transmisión. Así, las supuestas amenazas que Transelec habría proferido a TSP para obligarla a suscribir el esquema de financiamiento de la S/E Don Héctor –que en todo caso las Demandantes no especifican– demuestran ser de una preocupante ligereza.

De este modo, atendida la profunda densidad regulatoria dispuesta por la normativa sectorial que controla el segmento en que la Compañía se desempeña, esta última, ante el eventual futuro incumplimiento por parte de Pelicano de las obligaciones establecidas en los Contratos, solamente le cabría ejercer las facultades que correspondan de conformidad con lo libremente pactado por ambas y recurrir ante los tribunales pertinentes para ejercer las acciones contractuales que al respecto se hubiesen establecido, dando cuenta, entre otras cosas, del carácter eminentemente privado del conflicto de autos¹³².

¹³⁰ Artículo 6° del Decreto supremo N°37, de 2021, del Ministerio de Energía, que “Aprueba Reglamento de los sistemas de transmisión y de la planificación de la transmisión”.

¹³¹ Historia de la Ley N°20.936. Mensaje, p. 6.

¹³² Al respecto, la cláusula undécima del Acuerdo Marco dispone: *“Todas las dificultades o controversias relativas al Contrato, incluyendo, entre otras, aquellas referidas a su cumplimiento o incumplimiento, aplicación, interpretación, validez o invalidez, exigibilidad, nulidad o resolución, terminación, determinación de la indemnización de perjuicios relacionados con su incumplimiento y las cuestiones relativas a la propia jurisdicción y competencia del tribunal, serán resueltas por un árbitro mixto; es decir, arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo, no procediendo en su contra recurso legal alguno, con la excepción del recurso de queja ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, y del recurso de casación en la forma por las causales de incompetencia y ultrapetita. (...)”*. Por su parte, la cláusula decimosexta del Convenio de Inversión dispuso que: *“Toda controversia referida a la interpretación, ejecución o validez de este Convenio será resuelta en única instancia por un árbitro que tendrá la calidad de mixto, esto es, arbitrador respecto al procedimiento, pero que deberá fallar conforme a derecho, de acuerdo a los procedimientos señalados por el Reglamento Arbitral del Centro Nacional de Arbitrajes S.A. (‘CNA’), el que será designado en conformidad con el procedimiento indicado en dicho reglamento, una copia del cual fue protocolizado en la notaría de Santiago de don Raúl Iván Perry Pefaur con fecha 20 de marzo de 2008. En caso de conflicto, se aplicará el Reglamento Arbitral del CNA vigente a la fecha del juramento del árbitro. En contra de las resoluciones del árbitro no procederá recurso alguno, con excepción de los que sean irrenunciables en conformidad con la ley. (...)”*.

Así las cosas, H. Tribunal, es la propia regulación sectorial *ex ante* la que descarta cualquier posibilidad de abuso de posición dominante si se considera que el mercado relevante es el de transmisión eléctrica.

V.3. Ausencia del elemento conductual: Transelec no ha impuesto, directa ni indirectamente, ni pretendido imponer, estructuras contractuales ni comerciales a El Pelicano

V.3.1. Consideración preliminar: la demanda no describe el contexto, los términos ni los pormenores del supuesto abuso que la afectaría

H. Tribunal, una lectura desapasionada de la Demanda impide apreciar cuál sería la conducta abusiva desplegada por Transelec en perjuicio de las Demandantes. Contrariamente a ello, esa misma Demanda da cuenta de una operación comercial válida y voluntariamente desarrollada por el antecesor jurídico de las Demandantes, el grupo económico SunPower Corporation en conjunto con Total Energies, para el desarrollo de una instalación de transmisión que permite a las actoras inyectar la energía y potencia generada con su central al SEN, de manera de cumplir con sus compromisos contractuales de abastecimiento con el Metro de Santiago¹³³.

En efecto, ninguna parte de la Demanda explica siquiera mínimamente cómo fue que Transelec habría forzado a TSP a celebrar los Contratos. Para salvar semejante vacío en su teoría del caso, esto es, la ausencia de una coacción que haya forzado a las Demandantes a incorporarse al supuesto esquema contractual abusivo, las Demandantes esgrimen tres órdenes de argumentos relacionados con el contexto en que tales contratos fueron celebrados con su antecesora jurídica. Todos estos argumentos son contradictorios entre sí y, si se permite, un par de ellos resultan francamente sorprendentes:

Un primer argumento es que TSP supuestamente no habría estado preocupada por este asunto, dado que ya había adoptado la decisión de iniciar el proceso venta de El Pelicano a las Demandantes, por lo que –según indica– sus incentivos no se habrían encontrado necesariamente alineados con precaver los efectos en el largo plazo que derivaran de la naturaleza y tenor de los Contratos¹³⁴. El punto aparente es que TSP habría sido un pobre administrador de sus activos porque en realidad la situación de éstos ya no le importaba mucho.

Esto, H. Tribunal, simplemente no tiene sentido. ¿Qué actor racional no cuida de maximizar el valor de sus activos hasta el mismo momento en que negocia su venta, con el objeto de obtener el mejor precio? Es evidente que a TSP no le era indiferente celebrar un contrato lo más beneficioso posible para sus intereses *precisamente* porque estaba en un proceso de venta.

Ahora bien, si lo que las Demandantes están tratando de argumentar –aunque en esto su posición es confusa– es que la celebración de los Contratos se realizó justo después de acordada la venta entre Actis y TSP, entonces a lo sumo podría existir un caso contractual entre ambas compañías –la gestión deficiente de un activo vendido, pero no entregado a su comprador–. Pero eso es algo que desde luego no empece a Transelec. En todo caso, dado el nivel de sofisticación de este tipo de contratos y las cláusulas usuales para operaciones de esta naturaleza, que prevén

¹³³ Demanda, p. 4.

¹³⁴ “Es importante notar que la matriz de TSP, al momento de suscribir con Transelec la mayoría de los Contratos S/E Don Héctor, durante agosto y septiembre de 2017, ya había tomado la decisión de iniciar el proceso de venta de la Central El Pelicano, por lo que sus incentivos no necesariamente estaban alineados con precaver los efectos de largo plazo que se derivaran de la naturaleza y tenor de los Contratos S/E Don Héctor”. Demanda, pp. 46-47.

situaciones de este tipo, hacen bastante improbable que una transacción de este tipo se pudiera haber realizado en esas circunstancias.

En suma, esta idea de que la S/E Don Héctor sería un bien dejado a su suerte por TSP en beneficio de un Transelec aprovechador y oportunista no se sostiene como tesis.

Un segundo argumento estribaría en la omisión de los asesores jurídicos de la propia Actis en levantar esta materia como una digna de mención. Señala la Demanda:

“Cabe mencionar también que, con ocasión de la adquisición de la Central El Pelicano, los asesores jurídicos de Actis, que practicaron el Due Diligence de la transacción, le reportaron que no existían asuntos regulatorios significativos que informar tras revisar los documentos relacionados con la interconexión del proyecto Central El Pelicano”¹³⁵.

El argumento implícito aquí es que las Demandantes adquirieron El Pelicano desconociendo el esquema contractual de inversión que revestía a S/E Don Héctor, a raíz de una omisión que no guarda relación con Transelec, quien **(i)** no le vendió El Pelicano a los Demandantes; **(ii)** no es dueño de dicha Central; **(iii)** ni tampoco fue su asesor jurídico en el proceso de compra.

Desde luego, que los asesores jurídicos de la compradora no hayan levantado ningún punto relativo a esta materia se debe simplemente a que no había nada jurídicamente relevante que informar. Dentro de las obligaciones de El Pelicano existía la de solventar los pagos por un financiamiento que lícitamente había recibido. No hay asesores jurídicos, al menos no para agentes económicos sofisticados, que le puedan validar la mala fe contractual a las Demandantes.

Finalmente, un tercer argumento que se sugiere –pero no se desarrolla en absoluto–, es que Transelec habría impuesto el esquema contractual de S/E Don Héctor a TSP abusando de la propiedad que la Compañía posee sobre la Línea Punta Colorada-Maitencillo y sobre la S/E Don Héctor. Note por favor el H. Tribunal como esto es completamente inconsistente con el primer argumento esbozado *supra*. Allí TSP es un negligente administrador de sus bienes a quien nada le importa. Aquí es una víctima de abusos.

Nótese, además, cómo, en la cita siguiente, no hay ningún detalle que sustente el *poder de mercado* y la *capacidad de ejercerlo* de Transelec, en un contexto de altísima regulación de la actividad de transmisión –que es aquel mercado relevante que identifica la Demanda, y del cuál esta parte discrepa– en sus componentes de acceso abierto, según se explicó detalladamente *supra* (§II.2.4), ni menos una explicación de cómo ese ejercicio se materializó:

“Transelec tenía poder de mercado y la capacidad de ejercerlo respecto de TSP en los Contratos S/E Don Héctor, entre otras consideraciones, porque era propietaria de la Línea Punta Colorada-Maitencillo, cuyo seccionamiento óptimo correspondía al punto en donde era técnica y económicamente eficiente que se construyera la S/E Don Héctor y se conectara la Central El Pelicano. Dicho de otra manera, la S/E Don Héctor era la única vía técnica y económicamente racional que existía para permitir la inyección de energía al SEN desde la Central El Pelicano y desde otros proyectos de generación, como lo fue el caso de la Central El Romero de Acciona y la Central Pajonales de Prime Energía”¹³⁶.

Esto es medular. No hay ninguna denuncia ante el Coordinador, quien por ley tiene la potestad de supervigilar el cumplimiento del deber de acceso abierto, ni ante la SEC, quien es la competente para el ejercicio de facultades sancionadoras; de que Transelec haya limitado o

¹³⁵ *Ibid.*, p. 31.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 46.

condicionado de alguna forma el acceso de la Central a las líneas de propiedad de Transelec. Naturalmente, será en la etapa probatoria en la cual las Demandantes deberán hacerse cargo de sus dichos, produciendo evidencia clara, concreta y contundente que apoye esta acusación.

En suma, H. Tribunal, la Demanda no es capaz de explicar de manera mínimamente convincente cómo Transelec habría abusado de una supuesta posición dominante.

V.3.2. Transelec no ha incurrido en conducta abusiva alguna. Simplemente desarrolló, en conjunto con TSP, una operación comercial legítima y mutuamente beneficiosa, que contribuyó a viabilizar la operación de la Central

Se ha explicado cómo los contratos entre Transelec y TSP obedecen a una operación comercial legítima, que fue libre y voluntariamente celebrada de común acuerdo por ambos contratantes. Nada más lejos de una hipótesis de imposición de cláusulas abusivas contrarias al DL 211.

Tanto es así, que fue voluntariamente pactado el precio al que se vendería la S/E Don Héctor por el Contrato de Compraventa, sobre la base de la oferta efectuada por TSP y que fue aceptada por Transelec. Y es que, por de pronto, H. Tribunal, existe una circunstancia adicional que contribuye a despejar dudas sobre este punto. El precio de adquisición de la S/E Don Héctor pagado por Transelec correspondió al costo de desarrollo, adquisición de equipos y construcción que le representó a la vendedora. Es decir, correspondió a lo que se denomina como el *Capex* del proyecto.

¿Cuál sería la racionalidad económica que podría ir detrás de la venta de una instalación al costo de desarrollo y construcción de esta? Especialmente si, tal como indican las propias Demandantes, la Compañía sabía que ella pasaría prontamente a formar parte del STN y con ello, bajo su tesis, sólo a remunerarse bajo los ingresos regulados.

No hay, H. Tribunal.

Lo que pretendió esta operación fue otorgar financiamiento a TSP, quién se vio liberada de los costos en que incurrió para desarrollar la ingeniería, adquirir los equipos y construir la instalación S/E Don Héctor, ahorrándose futuros gastos para efectos de su operación, administración y mantenimiento. A su vez, lo anterior le permitió a Transelec ampliar su cartera de activos de transmisión. Así, los pagos realizados por las Demandantes a Transelec en virtud del Convenio de Inversión, permiten cubrir el retorno por aquella inversión, al igual que le permite cubrir los costos de operación y mantenimiento de la S/E Don Héctor, hallando una plena, razonable y objetiva justificación económica a sus cobros.

En simple, H. Tribunal, precisamente porque la operación de autos es una inversión, la S/E Don Héctor fue adquirida al valor de inversión de desarrollo de la ingeniería, adquisición de los equipos y construcción de la S/E.

Dicho de otro modo, es natural que el precio pactado en el Contrato de Compraventa sea el mismo valor del Valor de Inversión estipulado en el Convenio de Inversión, pues el retorno no puede ser mayor a la inversión considerando su costo de oportunidad. Asimismo, debido al hecho de que Transelec debe soportar la carga de mantener en óptimas condiciones de operación a la S/E Don Héctor, y que ello resulta en una garantía a las Demandantes de que no existirán inconvenientes técnicos para poder cumplir –a lo menos en lo relativo a la transmisión de la

energía generada por la Central– con sus obligaciones contractuales con Metro de Chile, El Pelicano paga a Transelec por la operación y mantenimiento de la instalación de transmisión (OyM).

Y *precisamente* porque Transelec no desea extraer rentas supra competitivas de parte de El Pelicano, el VATT pagado por las Demandantes a Transelec (o las tarifas pagadas por el Contrato de Peaje Dedicado, respecto aquella sección de la instalación que no pasó a ser calificada como parte del STN) es deducido del Valor de Inversión que sirve de base al cálculo de las cuotas que mes, a mes, deben pagarse en virtud del Convenio de Inversión.

Por su parte, la tasa de retorno pactada es absolutamente competitiva. Como se dijo *supra*, en derecho de la competencia se sabe que un precio por definición no puede ser abusivo cuando éste se compara con un precio regulado y resulta ser inferior:

“**Decimoctavo.** Que, por su parte, la segunda etapa del análisis consiste en examinar los precios cobrados por la firma dominante para determinar si ellos son extremadamente excesivos. Si bien la doctrina ha identificado una serie de *benchmarks* o estándares de comparación tendientes a distinguir en concreto entre precios excesivamente altos y precios competitivos, todos ellos han sido sujetos a críticas serias que impiden que puedan ser considerados por separado como determinantes para efectuar una evaluación (véase, en general, R. O’Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 732 y ss.). Por tanto, a juicio de este Tribunal, el análisis debe ser efectuado utilizando de manera simultánea todos los estándares de comparación disponibles, incluyendo, por ejemplo, el análisis de costos (lo que en concreto implica establecer si el precio cobrado por el producto excede el costo medio total), precios (por ejemplo, históricos o cobrados a diversas clases de clientes) y utilidades de la firma dominante. Lo más relevante para estos propósitos es que los estándares escogidos sean razonables y tengan sentido económico, esto es, que provean de información útil acerca de las características del precio bajo análisis y cuán cercano se encuentra éste de lo que se esperaría fueran las condiciones de competencia imperantes en el mercado, siendo secundario cuán imperfecta o limitada pueda eventualmente ser dicha información”¹³⁷.

Más aún, no sólo se deducen de las cuotas del Convenio de Inversión –lo que considera un precio compuesto tanto del Valor de Inversión como del OyM– las sumas pagadas por los Demandantes por concepto de peaje de transmisión, sino que también lo pagado por terceros, cosa que sólo se explica, nuevamente, por el hecho de que Transelec no quiere extraer rentas supra competitivas de los Demandantes ni percibir dobles rentas, pudiendo ser posible un escenario en que se cubra la totalidad de la cuota mensual del Convenio de Inversión con los peajes pagados por terceros por el uso de la S/E Don Héctor. Asimismo, aquellas sumas pagadas por terceros que excedan las cuotas del Convenio de Inversión se reparten por mitades entre los Demandantes y Transelec, pues en este caso no se vislumbraban razones para que Transelec se llevara un porcentaje superior.

Todo lo anterior hace que el precio cobrado a las Demandantes en función del Convenio de Inversión sea objetivo, razonable y económicamente justificado, en tanto es **(i)** el financiamiento del Contrato de Compraventa; **(ii)** el costo de oportunidad que implica para Transelec no tener disponible en su patrimonio la caja desembolsada en la operación; y, **(iii)** la remuneración por los costos de puesta en marcha, operación y mantenimiento de la subestación.

Así las cosas, H. Tribunal, tanto porque la operación fue voluntariamente celebrada por las partes de este litigio, como porque tiene una plena racionalidad económica, no existe conducta abusiva alguna de parte de la Compañía en los hechos relatados en autos.

¹³⁷ H. Tribunal, Sentencia N°140/2014. Considerando 18°.

V.4. La Demanda guarda silencio sobre cuáles son los daños anticompetitivos producidos por la supuesta conducta sometida al conocimiento del H. Tribunal

V.4.1. Necesidad de un daño anticompetitivo para la existencia de todo ilícito anticompetitivo

Uno de los requisitos necesarios para la existencia de todo ilícito anticompetitivo es la existencia de un daño anticompetitivo, sea este actual o potencial. Así se ha resuelto por la jurisprudencia y doctrina de referencia.

En efecto, se ha sostenido por las más respetadas autoridades de competencia que “[n]uestro objetivo es sencillo: proteger la competencia en el mercado como medio de aumentar el bienestar de los consumidores y garantizar una asignación eficiente de los recursos”¹³⁸. En esta línea, este H. Tribunal ha sido claro en sostener que “[e]n Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación del derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo”¹³⁹.

Así, más allá de que existen permanentes discusiones académicas respecto de si la normativa de libre competencia persigue sólo la eficiencia económica o podría perseguir otros fines, existe cierto consenso en que “una de las principales ventajas de la eficiencia económica como único objetivo del derecho de la competencia es que proporciona seguridad, claridad y coherencia”¹⁴⁰.

En particular, respecto de los objetivos de la normativa de libre competencia que prohíbe los abusos de posición dominante, es posible sostener que dicha norma persigue los mismos objetivos:

“El primer objetivo del artículo 102 del TFUE -que es la legitimidad básica para toda la aplicación del derecho de la competencia es impedir las prácticas que puedan perjudicar a la sociedad y a los consumidores a través del ejercicio del poder de mercado; en otras palabras, promover la eficiencia y el bienestar”¹⁴¹.

En relación con este punto, también ha existido discusión respecto de si el bienestar bajo la normativa de libre competencia se refiere al bienestar del consumidor, el bienestar de los productores o el bienestar total de la sociedad. Sin embargo, respecto de lo que sí existe consenso es que la normativa de protección de la libre competencia no tiene como objetivo proteger a determinadas empresas en particular:

“Aunque existe un debate considerable sobre hasta qué punto el bienestar del consumidor es el objetivo de la ley de competencia de la UE, o simplemente uno de los objetivos importantes, está claro que el derecho de la competencia de la UE no se basa ni en el bienestar del productor ni en el bienestar total”¹⁴².

¹³⁸ Discurso Neelie Kross, Miembro de la Comisión Europea Política Europea de Competencia - Ofrecer mejores mercados y mejores opciones Día Europeo del Consumidor y de la Competencia, Londres, 15 de septiembre de 2005. Traducción libre de: “Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources”.

¹³⁹ H. Tribunal, Sentencia N°138/2014, de 30 de julio de 2014, considerando decimonoveno.

¹⁴⁰ Alison Jones, Brenda Sufrin y Niamh Dunne. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, Seventh Edition, 2019, p. 34. Traducción libre: “It is often claimed that a major advantage of economic efficiency as the sole goal of competition law is that it provides certainty, clarity and consistency”.

¹⁴¹ Robert O’Donoghue y Jorge Padilla. The Law and Economics of Article 102 TFEU. Oxford, Hart Publishing, Bloomsbury Publishing Plc, 2020, p. 6. Traducción libre: “The first objective under Article 102 TFEU—which is the basic legitimacy for all competition law enforcement—is to prevent practices that would harm society and consumers through the exercise of market power; in other words, to promote efficiency and welfare”.

¹⁴² Ibid., p. 6. Traducción libre: “While there is considerable debate as to what extent consumer welfare is the objective of EU competition law, or simply one of a number of important objectives, it is clear that EU competition law is not based on either producer welfare or total welfare”.

Pues bien, más allá de las discusiones académicas que existen en torno a los objetivos que persigue la normativa de libre competencia, lo que sí es claro es que la forma en que financia un activo de transmisión como la S/E Don Héctor no es una materia relevante para la normativa de libre competencia, desde que ello supondría ir más allá de la protección del proceso competitivo, o del bienestar de los consumidores, razón por la que esta regulación *ex post* simplemente no puede ser instrumentalizada para tales fines.

De hecho, en la medida en que no haya un daño al bienestar de los consumidores como consecuencia de una distorsión a la competencia entre agentes económicos, resulta irrelevante si una parte de una relación comercial entre privados no está conforme con el esquema de inversión convenido para financiar la S/E Don Héctor o con el *due diligence* que aquel hizo cuando tomó el control de la Central El Pelicano. La razón de lo anterior es simple: en la medida que exista competencia en el mercado de la construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor, cada parte será libre de escoger con quién contratar y, en qué términos.

En definitiva, en la medida en que no exista un actor con una posición dominante que haya abusado de dicha posición ocasionando un perjuicio en el bienestar de los consumidores por la vía de aumentar los precios de forma sostenida en el tiempo, disminuyendo la cantidad o calidad en el mercado, el descontento de una empresa en particular, porque no ha obtenido la ganancia esperada con su negocio o no tiene una estructura de costos que desearía; simplemente, no puede ser base legítima de un conflicto que deba ser resuelto en sede de libre competencia. Resumen lo anterior O'Donoghue y Padilla, autores de usual referencia en esta materia, al afirmar con claridad que:

“Las transferencias de riqueza no pueden ser objetables en sí mismas en virtud del artículo 102 del TFUE [equivalente al artículo 3 letra b) del DL 211], ya que, de lo contrario, el derecho de la competencia protegería a los a los competidores individuales, no a la competencia”¹⁴³.

Naturalmente, la normativa de libre competencia nacional exige la existencia de un daño anticompetitivo actual o potencial, lo que se determina, en línea con la doctrina y jurisprudencia comparada, sobre la base del bien jurídico protegido. En Chile, dicho requisito emana del propio artículo 3° del DL 211, que en su inciso primero consagra el ilícito anticompetitivo sancionado por la normativa de libre competencia:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos (...)”

Siendo el bien jurídico protegido por el DL 211 y, en consecuencia, aquel que puede ser dañado actual o potencialmente por un actuar anticompetitivo, la libre competencia, la Excma. Corte Suprema ha entendido que ello se relaciona con la protección del interés o bienestar del consumidor:

“En esta dirección el derecho a la competencia, según lo indica la doctrina más consolidada, garantiza el orden público económico en el sector donde opera y se aplica la economía de mercado y comprende la tutela de los intereses envueltos, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo”¹⁴⁴.

¹⁴³ Ibid., p. 1026. Traducción libre de: “*Wealth transfers cannot be objectionable in themselves under Article 102 TFEU, since, otherwise, competition law would protect individual competitors, not competition. Thus, a key component of the anticompetitive exercise of buyer power to pay too low a price for inputs is that it should also involve a reduction in output.*”

¹⁴⁴ Excma. Corte Suprema, Rol N°1531-2018, conociendo de reclamación interpuesto contra Sentencia 160/2017 del H. Tribunal.

Así las cosas, H. Tribunal, la ausencia de un daño anticompetitivo actual o potencial –entendido como la afectación a los intereses de los consumidores, a raíz del impedimento, obstaculización o restricción de la libre competencia en el mercado– implica la inexistencia de un ilícito anticompetitivo que pueda ser conocido por esta sede. Así, por de pronto, lo ha resuelto la jurisprudencia de este H. Tribunal, la que ha desestimado otras acciones, precisamente por carecer de indicios de un daño anticompetitivo:

“Que, además, no existiendo indicios de que haya habido un objeto anticompetitivo en la exclusión de Infonet de la Grilla de VTR, en términos de haber tenido ella al menos la potencialidad de afectar negativamente la estructura y funcionamiento de los mercados en que operaba, no le corresponde a este Tribunal pronunciarse acerca de la legitimidad de la situación contractual que le permitió a VTR terminar el contrato en la forma que lo hizo, ni sobre si la terminación del contrato con RGB podría ser reprochable desde el punto de vista del derecho de los contratos, lo que deja a RGB en libertad de acción para decidir si ejerce o no, ante quien corresponda, los derechos que estime pertinentes para resarcirse de los perjuicios civiles que dicha conducta de VTR le pueda haber ocasionado”¹⁴⁵.

Tal como se verá en el próximo acápite, precisamente para el caso de autos, se está ante una situación en que no existe daño anticompetitivo actual o potencial alguno; motivo adicional – uno más que se agrega a los ya expuestos– por el cual la demanda simplemente no puede prosperar.

V.4.2. La Demanda no señala cuál es el daño anticompetitivo, porque éste no existe. Los consumidores no se ven afectados por las supuestas conductas objeto de este libelo. No hay un problema de libre competencia de aquellos indicados por el inciso primero, del artículo 3° del DL 211

A juicio de las Demandantes, la actuación de Transelec restaría competitividad a El Pelicano frente a sus competidores en el mercado de generación y comercialización de energía, potencia y servicios complementarios, al imponerle –según ellas– costos de transmisión desproporcionadamente indebidos en comparación con los costos de transmisión eficientes y correctamente tarifados que enfrentan otros generadores con los que la Compañía compete. Asimismo, estiman que no debería descartarse que el supuesto –y en realidad inexistente– actuar anticompetitivo de Transelec, se haya replicado con otras centrales que requieren de sus instalaciones de transmisión para inyectar energía y potencia al SEN. Señala la Demanda:

“De no ponerse término a este injusto anticompetitivo, ello podría adicionalmente causar graves distorsiones anticompetitivas en el segmento de generación, en donde El Pelicano compete.

Se trata de distorsiones consistentes en restar capacidad competitiva a mí representada, al imponerle costos de transmisión desproporcionadamente indebidos en comparación con los costos de transmisión eficientes y correctamente debidos que enfrentan los demás generadores con los cuales compete.

En todo caso, no debe descartarse que esta estrategia abusiva se repita respecto de otras centrales que igualmente requieren de las instalaciones de transmisión de Transelec para inyectar su energía y potencia al SEN”¹⁴⁶.

De la sola apreciación de los párrafos de la demanda antes transcritos, dos cosas saltan rápidamente a la vista.

¹⁴⁵ Sentencia N°98/2010. Considerando 65°.

¹⁴⁶ Demanda; p. 70.

En primer lugar, es un error sostener que las prácticas imputadas a Transelec distorsionan la competencia entre generadores. Por de pronto, El Pelicano cerró un contrato con el Metro de Santiago, cliente al cual abastece cerca de la mitad de sus requerimientos de energía eléctrica y potencia, como se afirma en la misma Demanda¹⁴⁷ (en rigor cerca de un 42%), de forma previa a la formalización de las obligaciones contractuales vigentes con Transelec que rigen a la S/E Don Héctor. Esto representa el 100% de la capacidad de generación de la Central, con lo cual El Pelicano garantiza no ser deficitaria si no lo desea. Así, mal puede El Pelicano argumentar que se ha visto en una desventaja competitiva cuando su Central precisamente obtuvo un contrato de suministro con un importantísimo cliente libre.

En segundo lugar, incluso asumiéndose por un instante siquiera que El Pelicano enfrenta costos artificialmente mayores que sus competidores en el mercado de la generación eléctrica, la baja significancia de la Central dentro del SEN y lo atomizado de dicho mercado hacen que la eventual salida de dicha Central difícilmente genere un efecto actual o potencial en la competencia entre generadores y con ello –en el largo plazo– en los consumidores finales. De hecho, recientemente la FNE ha constatado el grado de intensidad competitiva existente en el mercado de generación de la zona central.

En este sentido, la FNE señaló en la “Investigación de oficio en el mercado de distribución a clientes libres”, en donde analizó potenciales abusos de posición dominante de empresas generadoras y distribuidoras de energía eléctrica respecto de clientes libres y elegibles (clientes regulados pero potencialmente sujetos al régimen de libres), que “*La circunstancia fáctica antedicha, esto es, la supuesta falta de competencia en dicho mercado, mutó a lo largo del tiempo, observándose un importante aumento de la oferta de generación, así como un aumento de la demanda por parte de clientes elegibles, a lo que se tradujo en una caída en los precios observados*”¹⁴⁸.

Así las cosas, la situación que alegan El Pelicano y Actis como anticompetitiva, es una cuestión que afecta solamente a sus intereses particulares, en el marco de una relación contractual con Transelec, celebrada con ocasión de la construcción, desarrollo y financiamiento de la S/E Don Héctor, pero que no compromete al mercado de la energía como un todo, ni por el lado de los generadores, ni tampoco por el lado de los consumidores finales.

En consecuencia, H. Tribunal, no existiendo daño anticompetitivo actual o potencial alguno para los consumidores ni para los generadores en general, la cuestión planteada por las Demandantes es una materia que no es atinente a esta sede, pues se trata una mera cuestión contractual. Y la sede correspondiente para discutir aquello, H. Tribunal, no es otra que la sede arbitral indicada por los propios contratos que las Demandantes estiman anticompetitivos o, en subsidio, la justicia ordinaria¹⁴⁹.

VI.

En cualquier caso, las conductas alegadas por las Demandantes están ineludiblemente prescritas

Según se ha expuesto *supra*, la Demanda debe ser rechazada por no existir en la especie un conflicto propio del ámbito de la libre competencia, lo cual demuestra la inexistencia de cualquier

¹⁴⁷ *Ibid*; p. 4.

¹⁴⁸ Informe de Archivo en expediente Rol N°2391-16 FNE; ¶64.

¹⁴⁹ Entre otras, véase cláusula Décimosexta del Convenio de Inversión. Asimismo, véase cláusula Undécima del Acuerdo Marco.

potencial infracción al DL 211, así como la incompetencia del H. Tribunal, y la falta de aquella legitimación activa exigida en esta sede.

Sin perjuicio de lo anterior, de manera subsidiaria, para el caso en que el H. Tribunal estimara que la Demanda sí contiene una imputación que, al menos hipotéticamente, caería en el ámbito del DL 211, ella debe ser igualmente rechazada –incluso antes de entrar al análisis de fondo– por encontrarse totalmente prescrita la acción para perseguir dicha supuesta infracción.

VI.1. El estándar legal y jurisprudencial de prescripción de las acciones en materia de libre competencia

El artículo 20 del DL 211 dispone que:

“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”.

Toda vez que en la especie se está ante acusaciones que, en el evento de estimarse que podrían llegar a constituir actos anticompetitivos, caerían bajo el inciso primero, y el literal b) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211¹⁵⁰, es indudable que el plazo de prescripción aplicable es de tres años, los que se cuentan desde la ejecución de los hechos que sustentan la Demanda.

El H. Tribunal ha tenido la oportunidad de referirse en múltiples oportunidades a la manera en que debe calcularse el plazo de prescripción en esta sede, y, muy especialmente, sobre los alcances de la expresión “*ejecución*” de la conducta de que se trate; materia que resulta crucial para efectos de definir el momento en que comienza a computarse el plazo de prescripción.

Tratándose de acusaciones como las de autos, que versan sobre conductas unilaterales, el análisis está compuesto de, al menos, tres etapas diferentes:

VI.1.1. Conductas de ejecución instantánea versus conductas continuas o de tracto sucesivo

La primera etapa del análisis supone identificar si se está ante conductas de ejecución instantánea –es decir, aquellas que se realizan en un solo acto¹⁵¹–, en cuyo caso el plazo comienza a correr desde el momento mismo de la realización de la conducta, o si se trata de hechos de ejecución continua, que son aquellas que no se materializan en un solo momento, sino que corresponden a conductas de tracto sucesivo que se verifican través de una serie concatenada de actos consecutivos¹⁵². Esta clase de conductas se entienden ejecutadas cada vez que acto en cuestión se verifica, y concluyen una vez que cesan, siendo este momento aquel en que el plazo de prescripción comienza a computarse¹⁵³.

¹⁵⁰ Véase §V.3 de la demanda.

¹⁵¹ Sentencia N°173/2020. Considerando 36°.

¹⁵² Sentencia N°173/2020. Considerando 40°.

¹⁵³ Sentencia N°181/2022. Considerando 14°.

VI.1.2. Actos a los que la parte afectada concurrió con su propia voluntad versus conductas heterónomas del agente acusado

Luego, el análisis exige identificar si la conducta que se intenta calificar de anticompetitiva deriva de una convención a la que la parte demandante concurrió con su voluntad, si proviene de convenciones en las que la parte afectada no participó, o de actos unilaterales¹⁵⁴ –heterónomos, en palabras de la Excm. Corte Suprema¹⁵⁵– emanados de un tercero.

Tratándose **(i)** de casos en que la infracción deriva de convenciones a las que la actora concurrió voluntariamente, la regla es que el plazo de prescripción comienza a correr desde la suscripción de dicha convención, entendiéndose que se trata de actos de ejecución instantánea:

“Que la primera de ellas tiene lugar cuando el abuso se encuentra contenido en una cláusula o estipulación contractual y el afectado por el acto abusivo es o fue una parte de aquel contrato. En este sentido, la jurisprudencia en esta sede ha sostenido que: “[e]n otras palabras, el ejercicio de los derechos y obligaciones que un contrato libremente pactado establece para las partes es el efecto natural del mismo y no puede, por lo tanto, cuestionarse el ejercicio de tales derechos sin atacar la fuente de los mismos que, en la especie, corresponde al Contrato Original y sus Adhesiones” (Sentencia N°118/2012, c. 16; Sentencia N°126/2012, c. 15). En el mismo sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema: “[c]abe señalar que de estimarse que ha existido una conducta atentatoria a la libre competencia ella no se materializa al momento de la aplicación de dicha cláusula sino a la fecha de la celebración de los contratos que la contemplan” (c. 6°; sentencia Excm. Corte Suprema, Rol N°2255- 2012, de 7 de diciembre de 2012)”¹⁵⁶.

Por su parte, cuando **(ii)** las infracciones se asocian a conductas unilaterales de la parte demandada; o, **(iii)** cuando, habiendo mediado una convención, se demuestra que los actos imputados escapan de la voluntad prestada por la eventual afectada, el plazo de prescripción se cuenta desde la verificación de la última conducta que conforma la acusación:

“Que, sin embargo, cuando el abuso proviene de un acto unilateral o de un contrato en el que el afectado no participó en su celebración, la conducta en estos casos no se entiende ejecutada en la época de ejecución del acto o celebración del contrato sino cada vez que se aplica dicho acto o contrato; en otras palabras, se ha considerado, para efectos de la prescripción, como una actividad continuada o de tracto sucesivo (Sentencia N°173/2020, C°81°). Así, por ejemplo, en el caso de cobros que se califican de abusivos y que no se establecen en un contrato, se ha resuelto que la conducta ‘se verifica o ejecuta desde el establecimiento de los parámetros de cobro cuestionados, cada vez que EFE [el demandado] exige el pago de las tarifas abusivas denunciadas, y que cesa o concluye una vez que éstos dejan de aplicarse o son reestructurados’ (Sentencia N°76/2008, c. 9°)”¹⁵⁷.

VI.1.3. Hechos que dan cuenta de la ejecución misma de una infracción anticompetitiva versus circunstancias que pueden ser calificadas como efectos de dichas conductas

En parte importante de los casos, el examen de esta materia requiere de un paso adicional, referido a identificar si las circunstancias que se describen en la acusación consisten en la ejecución misma de una conducta supuestamente anticompetitiva, o, si, en realidad, corresponden a efectos, consecuencias, o a la aplicación práctica –como, por ejemplo, el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones– de un acto ejecutado en un momento anterior¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Sentencia N°178/2021. Considerando 17°.

¹⁵⁵ Véase sentencia de la Excm. Corte Suprema, pronunciada en los autos Ingreso N°94.189-2020.

¹⁵⁶ Sentencia N°178/2021. Considerando 18°.

¹⁵⁷ Ibid. Considerando 19°.

¹⁵⁸ Véanse, entre otras, la Sentencia N°181/2022. Considerando 40°. En el mismo sentido se pronunció el H. Tribunal recientemente en la Sentencia N°181/2022.

Cuando los hechos acusados consisten, claramente, en la ejecución misma de conductas supuestamente abusivas, habrá de estar a las dos primeras etapas del análisis que han sido explicadas *supra*.

Si, por el contrario, los hechos que se acusan **(i)** son meros efectos de una convención suscrita previamente; **(ii)** si corresponden a la aplicación práctica de disposiciones contractuales convenidas anteriormente; o, **(iii)** si se trata de consecuencias derivadas de la aplicación práctica de tal convención, el plazo de prescripción se cuenta desde la ejecución de la conducta que sirvió de base para los efectos que se intentan calificar de anticompetitivos, esto es, desde la fecha de materialización de la respectiva convención.

Esto, porque esas hipótesis simplemente dan cuenta del ejercicio de derechos –o del cumplimiento de obligaciones, según el caso– de convenciones que han sido pactadas, o de actos ejecutados en una fecha anterior, no pudiendo cuestionarse tales resultados o efectos sin atacar la convención o acto unilateral que hizo las veces de fuente de esos resultados.

“Que, en este orden de ideas, son dos los asuntos relevantes que deben analizarse para resolver la excepción de prescripción opuesta por Walmart. El primero es si estamos en presencia de un solo hecho del cual derivaron una serie de efectos -o, como dice la demandada, cuestiones accesorias-, o en presencia de hechos diversos que constituyen actos anticompetitivos separados”¹⁵⁹.

En función de estos criterios, a continuación, se expondrá cómo es que en la especie la acción formulada por Actis y El Pelicano se encuentra irremediamente prescrita, al estar fundada en hechos de carácter eminentemente contractual a los que concurrió El Pelicano, y con ello, las Demandantes, voluntariamente.

VI.2. El sustrato fáctico de la Demanda se identifica con la suscripción de los Contratos, todos los cuales se firmaron hace aproximadamente cinco años, en 2017

Una simple revisión de la Demanda lleva a concluir que, para El Pelicano, las conductas anticompetitivas que sustentan su acusación se identifican con la suscripción de los siguientes contratos: **(i)** el Acuerdo Marco, de 31 de agosto de 2017; **(ii)** el Contrato de Compraventa, de 14 septiembre de 2017; **(iii)** el Contrato de Peaje Dedicado, de 31 de agosto de 2017; **(iv)** el Convenio de Inversión, de 31 de agosto de 2017; y, **(v)** el Convenio de Operación, de 20 de septiembre de 2017.

Lo anterior quedó plasmado en múltiples secciones de la Demanda, algunas de las cuales se transcriben a continuación:

“[...] Transelec se ha valido de su poder de mercado, debido a su monopolio natural sobre la Línea Punta Colorada-Maitencillo, para establecer un esquema contractual que le permite cobrar ingresos por el uso de la S/E Don Héctor, por sobre su VATT, obteniendo sobre rentas, con lo cual incurre en hechos y actos completamente contrarios a la libre competencia”¹⁶⁰.

“Los Contratos S/E Don Héctor están plagados de ejemplos de cláusulas, aparentemente beneficiosas o recíprocas, que no tienen efecto, o que sólo benefician a Transelec, lo que demuestra un alto grado de sofisticación en su elaboración.

¹⁵⁹ Sentencia N°181/2022. Considerando 14°.

¹⁶⁰ Demanda, p. 45.

Ello es consistente con la conciencia que tuvo Transelec de estar haciendo algo reñido con la legislación sectorial y la normativa de defensa de la libre competencia, motivo suficiente para disimular el objetivo real del Contrato de Peaje Dedicado y del Convenio de Inversión. Además, cabe considerar que los Contratos S/E Don Héctor [...] fueron suscritos entre agosto y septiembre de 2017, cuando la matriz de TSP ya había puesto a la venta la Central El Pelicano, lo que implicaba que TSP no iba a tener que soportar los efectos de largo plazo de los contratos que suscribiera, siempre que éstos no afectaran la venta, lo que también debe haber operado como incentivo para disimularlos¹⁶¹.

“Por tanto, teniendo Transelec la opción de ajustar a la LGSE el P3 del Convenio de Inversión, y sabiendo de la infracción que implicaba seguir cobrando dicho P3, decidió igualmente ejercer su facultad contractual de cobrar a El Pelicano ese P3, establecido en el Convenio de Inversión, respecto del servicio de transmisión nacional prestado desde el 1 de enero de 2020 a través de la S/E Don Héctor y sus activos. [...]”¹⁶².

“Por tanto, Transelec, aprovechando su posición dominante en el mercado, al ser el propietario de la Línea Punta Colorada-Maitencillo [...] simplemente impuso a TSP el régimen de Contratos S/E Don Héctor, cuyas cláusulas antes mencionadas, tuvieron por fin evitar el cumplimiento de las normas de orden público tarifario que regulan la remuneración máxima anual de las instalaciones pertenecientes al STN”¹⁶³.

Como se observa, la Demanda identifica los actos supuestamente anticompetitivos que atribuye a Transelec con el “*esquema contractual*” del que dan cuenta los Contratos. Para las Demandantes, la suscripción de esos instrumentos constituiría una supuesta imposición¹⁶⁴ –“*reñida con la legislación de defensa de la libre competencia*”¹⁶⁵– que Transelec habría materializado –“*aprovechando su posición dominante en el mercado, al ser propietario de la Línea Punta Colorada-Maitencillo*”¹⁶⁶– en perjuicio de TSP, a quien supuestamente no habría importado tal imposición, en el entendido de que no tendría que soportar los potenciales efectos anticompetitivos derivados de su aplicación por haber estado la Central a la venta al momento de su suscripción¹⁶⁷.

Se está, sin duda, ante imputaciones que se identifican con la suscripción de convenciones; acuerdos de voluntades concretados entre agosto y septiembre de 2017 a las que, como se expondrá a continuación, concurrieron voluntariamente las Demandantes a su celebración.

VI.3. Las Demandantes son parte de los Contratos

El segundo aspecto que resulta determinante para el análisis de prescripción es que El Pelicano, y por lo tanto las Demandantes, suscribieron los Contratos, lo que demuestra que el sustrato de la Demanda se identifica con convenciones a las que la supuesta afectada concurrió voluntariamente.

En relación con este último punto, no puede dejar de llamarse la atención del H. Tribunal en un aspecto que, en la respetuosa opinión de Transelec, demuestra un actuar astuto –más bien engañoso– de las Demandantes.

Nótese que, al inicio de la Demanda, en aquella parte en que se relata el origen de la Central, y la operación comercial que serviría de contexto al presente juicio, se busca instalar la idea de que la sociedad El Pelicano –que concurre como demandante en autos– sería diferente de la sociedad

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 53.

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ *Ibid.*, p. 54.

¹⁶⁴ *Ibidem.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 53.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 53.

“*Total SunPower El Pelicano SpA*”, que es individualizada bajo la abreviación “TSP” en el resto de la Demanda:

“El Pelicano es una compañía generadora de energía eléctrica renovable no convencional (“ERNC”). La empresa es propietaria de una planta solar fotovoltaica de 110 MW de capacidad instalada (la “Central” o “Central El Pelicano”), ubicada en la comuna de La Higuera de la Región de Coquimbo.

La Central fue inicialmente desarrollada por AustrianSolar Group (hoy conocido como AustriaEnergy), siendo adquirida, en calidad de proyecto de generación en desarrollo, el 1 de diciembre de 2016 por SunPower Corporation. Posteriormente, SunPower Corporation formó un consorcio con la empresa francesa Total para la construcción de la Central, a través de la sociedad Total SunPower El Pelicano SpA (“TSP”).

El 25 de diciembre de 2017, la Central El Pelicano fue adquirida por Actis, su actual propietario, mediante la compra de la totalidad de las acciones de la sociedad SunPower El Pelicano Holding SpA, sociedad propietaria de TSP, a SunPower AssetCo, LLC¹⁶⁸.

De hecho, en la Demanda se busca diferenciar a El Pelicano de TSP, y se enfatiza que el “*esquema contractual*” que sirve de base para su acusación habría sido supuestamente impuesto por Transelec a TSP; en ninguna parte se señala que El Pelicano habría sido el sujeto pasivo directo de los supuestos abusos denunciados.

Lo que se omite, sin embargo, es que TSP y El Pelicano son, y han sido siempre, una misma persona jurídica. Se trató, en sus orígenes de una sociedad anónima constituida bajo la razón social “*Australiansolar Chile Cinco SpA*”¹⁶⁹. En enero de 2016, por medio de una modificación estatutaria, dicha sociedad pasó a denominarse “*Total Sunpower El Pelicano SpA*”¹⁷⁰ –la tantas veces referida en la Demanda como TSP–, para finalmente, en abril de 2018, cambiar su razón social a la actual “*El Pelicano Solar Company SpA*”¹⁷¹, que está definida en la Demanda como El Pelicano, y que tiene la calidad de demandante en estos autos.

De este modo, todas las referencias que existen en la Demanda a TSP, son, en definitiva, alusiones a una de las Demandantes de autos, El Pelicano. Un aspecto que, como el H. Tribunal podrá apreciar, es determinante para los efectos de la prescripción extintiva, toda vez que evidencia que los hechos que sirven de base para la acusación constituyen convenciones que fueron suscritas voluntariamente por la parte demandante.

La situación es exactamente la misma respecto de la otra demandante, Actis, pues dicha sociedad conforma un mismo grupo económico con El Pelicano –de hecho, se reconoce en la Demanda que dicha demandante adquirió en diciembre de 2017 la propiedad de TSP a través de la compra de la totalidad de las acciones de su sociedad matriz, SunPower Corporation–, y, en cualquier caso, porque en su calidad de propietaria, indirecta, de TSP –o, El Pelicano como lo señala la Demanda–, ocupa actualmente la calidad de contratante en los Contratos.

Pues bien, dado que los Contratos –todos, con la única salvedad del Contrato de Servicios de Ingeniería anterior– fueron suscritos en agosto y septiembre de 2017, y que la Demanda fue notificada a Transelec el 22 de junio de 2022, es evidente –en función de los criterios legales y jurisprudenciales expuestos– que la acción deducida está prescrita, por haber transcurrido con

¹⁶⁸ Demanda, p. 4.

¹⁶⁹ Dicha sociedad fue constituida el 24 de octubre de 2013 y está inscrita en el Registro de Comercio de Santiago a fojas 87.420, N°57.226, del año 2013.

¹⁷⁰ Un extracto de dicha modificación se inscribió en el Registro de Comercio de Santiago, a fojas 9.021, N°5120 del año 2016.

¹⁷¹ Un extracto de dicha modificación se inscribió en el Registro de Comercio de Santiago, a fojas 30.595, N°16.214 del año 2018.

creces el plazo de tres años que al efecto dispone el artículo 20 del DL 211. De hecho, entre la fecha de suscripción del último de los Contratos, esto es, el 20 de septiembre de 2017 (Convenio de Operación) y la fecha de notificación de la demanda, esto es, el 22 de junio de 2022, pasaron 4 años y 9 meses.

Y es que como es de conocimiento del H. Tribunal, conforme lo ha señalado en su jurisprudencia más reciente, tratándose de abusos anticompetitivos de origen contractual, y en casos en que el afectado por dicho abuso ha participado del contrato, el hecho de significación jurídica es considerado de ejecución instantánea en la fecha de la celebración del contrato, remontándose el computo de la prescripción a tal fecha, para todos los efectos legales. Así por de pronto, lo resolvió en la Sentencia N°178/2021, para efectos de determinar cuándo se entendía por ejecutado el acto anticompetitivo, en los términos prescritos por el artículo 20 del DL 211:

“**Decimoséptimo:** Que, en casos de abusos de posición dominante en los que la conducta se configura con ocasión de un contrato u otro acto de carácter privado, la jurisprudencia de este Tribunal ha distinguido dos situaciones para efectos de resolver cuando se entiende ejecutada una conducta;”¹⁷²

“**Decimooctavo:** Que la primera de ellas tiene lugar cuando el abuso se encuentra contenido en una cláusula o estipulación contractual y el afectado por el acto abusivo es o fue una parte de aquel contrato. En este sentido, la jurisprudencia en esta sede ha sostenido que: “[e]n otras palabras, el ejercicio de los derechos y obligaciones que un contrato libremente pactado establece para las partes es el efecto natural del mismo y no puede, por lo tanto, cuestionarse el ejercicio de tales derechos sin atacar la fuente de los mismos que, en la especie, corresponde al Contrato Original y sus Adhesiones” (Sentencia N°118/2012, c. 16; Sentencia N°126/2012, c. 15). En el mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema: “[c]abe señalar que de estimarse que ha existido una conducta atentatoria a la libre competencia ella no se materializa al momento de la aplicación de dicha cláusula sino a la fecha de la celebración de los contratos que la contemplan” (c. 6°; sentencia Excma. Corte Suprema, Rol N°2255- 2012, de 7 de diciembre de 2012);”¹⁷³

Así las cosas, H. Tribunal, conforme al criterio plasmado por vuestra jurisprudencia recién transcrita, y siendo las conductas acusadas como abusivas por los Demandantes de autos de aquellas que derivarían de abusos contractuales derivados de convenciones suscritas libre y voluntariamente por las partes de este proceso, el cómputo de la prescripción debe contarse desde la fecha de la suscripción de tales contratos, cosa que ocurrió el año 2017. En consecuencia, y sea cual sea el contrato desde el cuál se inicie el cómputo de la prescripción, una cosa es segura: las conductas acusadas como anticompetitivas por los Demandantes están prescritas.

VI.4. Todos los demás acontecimientos descritos en la Demanda tienen su origen exclusivo en los Contratos, de modo que su verificación es intrascendente para efectos de computar el plazo de prescripción

Las Demandantes están plenamente conscientes de que su acción está prescrita. Por ello, en el libelo se encuentran algunos intentos –desesperados, valga señalarlo– de sortear ese escollo.

El primer ejemplo de lo anterior se encuentra en la página 54 de la Demanda. Para las Demandantes, a contar del 1 de enero de 2020, la remuneración de la S/E Don Héctor debió haberse simplemente sujetado a las normas de los artículos 114 y siguientes de la LGSE. Por

¹⁷² Sentencia N°178/2021. Considerando 17°.

¹⁷³ Sentencia N°178/2021. Considerando 18°.

ello, se identifica como un actuar supuestamente abusivo la circunstancia de que Transelec haya continuado cobrando el Valor de Inversión con posterioridad a esa fecha.

Luego, se agrega como otra supuesta muestra de la ejecución de la conducta anticompetitiva acusada, un intercambio epistolar verificado entre el 5 y el 9 de noviembre de 2021, que estuvo seguido de otros intercambios de correspondencia electrónica entre las partes¹⁷⁴. Para las Demandantes, esas comunicaciones supuestamente, **(i)** demostrarían una negativa de Transelec a ajustar los cobros a la regulación sectorial¹⁷⁵; **(ii)** se erigirían como una interpretación ilegítima de Transelec de los Contratos, al entenderlos como una forma de financiamiento en favor de El Pelicano¹⁷⁶; **(iii)** implicarían un desconocimiento de parte de Transelec del carácter de compraventa que los Contratos habrían tenido respecto de la S/E Don Héctor¹⁷⁷; y, **(iv)** darían cuenta de una reticencia de Transelec a adecuar su conducta a la normativa vigente en lo que se refiere a los Contratos¹⁷⁸.

Finalmente, se señala como un acto *inciertamente ilegítimo*¹⁷⁹ atribuible a Transelec, la supuesta falta de información respecto de la proporción de activos de la S/E Don Héctor que serían parte integrante del STD y los que pertenecerían al STN; materia que, nuevamente, sería relevante, en su concepto, para definir el monto del precio de los Contratos que Transelec supuestamente podría cobrarle por sobre la tarifa regulada¹⁸⁰.

Así, en la Demanda se señala que “*el elemento conductual*”¹⁸¹ de la infracción denunciada estaría configurado:

- (i)** “[P]or la imposición de condiciones contractuales y abusivas a TSP con ocasión de la suscripción del Convenio de Inversión y Contrato de Peaje Dedicado”¹⁸²;
- (ii)** “[P]or la posterior extensión de esas condiciones en contra de El Pelicano, quedando habilitado contractualmente para cobrar un precio monopolístico por sobre la tarifa máxima que tiene derecho a percibir por el uso de los activos de transmisión nacional de la S/E Don Héctor”¹⁸³; y,
- (iii)** “[Porque] a sabiendas de la ilicitud que afecta al Convenio de Inversión, Transelec perseveró en su voluntad de mantener el abuso, sin mostrar hasta ahora la más mínima intención de rectificar su conducta anticompetitiva”¹⁸⁴.

H. Tribunal, todos los hechos en los que se sustenta la Demanda conducen a lo mismo: a la suscripción de los Contratos entre Transelec y TSP –la que, como se ha dicho, es la denominación que El Pelicano tuvo hasta hace algunos años– en 2017.

Si los Contratos no se hubiesen suscrito en 2017, ninguno de los demás acontecimientos que se describen en la Demanda –que se enuncian en los numerales **(ii)** y **(iii)** *supra*– habrían ocurrido. En efecto, si los Contratos no se hubiesen celebrado, o si no se hubiesen acordado las cláusulas

¹⁷⁴ Véanse páginas 54 y siguientes de la demanda.

¹⁷⁵ Véase demanda, p. 56.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 58.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 59.

¹⁷⁹ Esto, porque en la página 59 de la demanda se señala que nuestra representada “*podría*” estar abusando de El Pelicano, y, en ningún caso, se afirma la existencia de una infracción.

¹⁸⁰ Demanda, p. 59.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 68.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 69.

cuya supuesta imposición constituye el núcleo de la acusación, El Pelicano sencillamente no habría tenido motivo por el cual solicitar ningún ajuste de precio a Transelec a contar del 1 de enero de 2020. Tampoco podrían las Demandantes reclamar que la Compañía supuestamente habría entregado, a contar de esa fecha, una calificación de financiamiento a los Contratos, o que se habría negado a supuestamente cumplir la ley. En simple, ninguno de esos acontecimientos puede cuestionarse sin atacar su fuente, en este caso, los Contratos.

Ese fue el razonamiento seguido por el H. Tribunal, recientemente, en la Sentencia N°181/2022, que, en lo que interesa, plantea lo siguiente:

“Que, en este orden de ideas, son dos los asuntos relevantes que deben analizarse para resolver la excepción de prescripción opuesta por Walmart. El primero es si estamos en presencia de un solo hecho del cual derivaron una serie de efectos -o, como dice la demandada, cuestiones accesorias-, o en presencia de hechos diversos que constituyen actos anticompetitivos separados. El segundo asunto consiste en dilucidar si el establecimiento de las cuestionadas tarifas por los “SLI” están contenidas en cláusulas contractuales -o, al menos, si fueron pactadas de algún modo por las partes-, o si dichas tarifas y sus cobros fueron impuestos unilateralmente por Walmart;

Que, respecto del primer punto mencionado en el considerando anterior, tal como se ha anticipado, Redtec ha imputado a Walmart cuatro hechos supuestamente ilícitos (i) el doble cobro por los servicios de transporte y devolución de pallets; (ii) el cobro de una tarifa sin sustento ni valores reales; (iii) la retención indebida de pallets de la demandante en las dependencias del Walmart; y (iv) la modificación unilateral e intempestiva de las condiciones de devolución de los pallets. En principio entonces, estaríamos en presencia de cuatro ilícitos distintos respecto de los cuales habría que evaluar si las acciones que emanan de cada uno de ellos se encuentran prescritas. Sin embargo, tal como se expondrá en los considerandos siguientes y, lo más importante, como están relatados los hechos en la demanda de autos, es posible concluir que la conducta acusada tiene su origen en el establecimiento de las tarifas por los servicios de logística inversa. En efecto, producto de la poca claridad que, en opinión de la demandante, tendría la causa y justificación de los cobros por dichas tarifas devinieron todos los hechos que se describen en la demanda, esto es, el no reconocimiento por parte de Redtec de estos servicios; los pagos que tuvo que realizar frente a las amenazas que habría sufrido; las demandas de cobro por deudas impagas interpuestas por Walmart; la supuesta retención indebida de sus pallets; y los cambios en las condiciones para la devolución de los mismos”¹⁸⁵.

Es más, del relato de las Demandantes, es indiscutido que Transelec se ha limitado a exigir de manera continua, desde 2017 hasta la fecha de presentación de la Demanda, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos. No existe, en realidad, ningún acto o hecho que se atribuya a Transelec que, según las Demandantes, se haya verificado con posterioridad a la suscripción de los Contratos, o que refleje un cambio de conducta de la Compañía a este respecto. Todo lo adicional a la suscripción de los Contratos que se relata en el libelo representan meros intentos de las Demandantes por alterar el *statu quo* que rige desde 2017, y, en ningún caso, conductas o hechos que puedan ser atribuibles a Transelec.

Así, en función, de las disposiciones legales, y de los criterios jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia, es evidente **(i)** que las conductas supuestamente anticompetitivas acusadas se corresponden con la suscripción de los Contratos, momento en el que, por tanto, dichas conductas se consideran ejecutadas, y, **(ii)** que los supuestos antecedentes adicionales que se describen en la demanda –además de no constituir, en sentido estricto, hechos o conductas de Transelec– corresponderían, en el mejor de los casos para las Demandantes, a efectos, resultados o a la aplicación de tales Contratos con estricto apego a su letra, todos los cuales fueron suscritos en 2017, encontrándose, por ende, la acción deducida por las Demandantes totalmente prescrita.

¹⁸⁵ Sentencia N°181/2022. Considerandos 14°-15°.

VII. Conclusiones

En el célebre cuento *La Carta Robada* (1844), Edgar Allan Poe enseña que la mejor manera de esconder algo es dejarlo a la vista de todos.

Las Demandantes han seguido ese predicamento y han decidido ocultar su mala fe nada menos que ventilándola en un expediente judicial.

Pero no lo han hecho en cualquier sede. Conscientes de sus nulas chances de prosperar en un litigio civil, han traído impropriamente sus pretensiones a una sede técnica de libre competencia que nada tiene que ver con la interpretación de un esquema contractual válidamente suscrito entre dos partes profesionales y autónomas. El H. Tribunal, huelga recordar algo obvio, no es un aplicador del Código Civil; ni siquiera lo es, en rigor, de la legislación sectorial eléctrica, salvo en tanto ello sea relevante para la aplicación del DL 211. Éste no es, ni de cerca, el caso.

Esta controversia es, de cualquier forma, de relativa simpleza. Por una parte, las Demandantes sostienen que el ingreso de la S/E Don Héctor al STN sólo da derecho a percibir ingresos regulados y no cualquier otro que pueda haberse pactado. Transelec está de acuerdo con esto, porque ese no es el punto. La Compañía no pretende percibir ingresos más allá de los regulados, y de hecho ha mostrado convincentemente en esta presentación que toda la regulación contractual suscrita con El Pelicano apunta precisamente a prevenir eso. El punto es otro, y esto las Demandantes lo saben. Transelec efectuó una inversión en un activo de transmisión a una tasa competitiva, y razonablemente espera obtener la devolución de esos cuantiosos montos; esto no tiene nada que ver con los ingresos regulados de la S/E Don Héctor por concepto de su uso de esa instalación, salvo en tanto los Contratos aseguran mecanismos destinados a prevenir dobles rentas o rentas supra competitivas en favor de Transelec; es decir, buscan prevenir *precisamente* lo que Actis y El Pelicano acusan que ocurriría. Así, mientras Transelec obra de buena fe, las Demandantes hacen completamente lo opuesto.

Este falso dilema jurídico planteado por las Demandantes –astutamente, valga decirlo– choca con varios problemas jurídicos y prácticos cuando es llevado a contrapelo a una jurisdicción de libre competencia. Por de pronto, en lo tocante a la definición del mercado relevante: este litigio no versa sobre la transmisión de energía eléctrica, sino que, sobre la construcción, desarrollo y financiamiento de una infraestructura de transmisión. Más concretamente, una subestación seccionadora. Y ahí Transelec compite con una plétora de otros actores, desde bancos de inversión hasta generadores. Pero incluso si se acogiera la definición de mercado relevante que plantean las Demandantes, cuesta ver cómo, en un contexto de regulaciones muy estrictas de acceso abierto y fijación tarifaria e intensa fiscalización de estas obligaciones por las autoridades, un transmisor puede ejercer poder de mercado.

Y esto se empalma con otro problema de la Demanda: su carácter altamente especulativo. Actis y El Pelicano han presentado suposiciones, no hechos. La Demanda no ha sido capaz de citar una sola evidencia –ni siquiera ejemplo, por pedirles poco– que apoye la tesis de que TSP habría suscrito los Contratos contra su voluntad, asumiendo presuntas condiciones leoninas en su perjuicio. Simplemente la Demanda lanza la acusación, sin fundarla adecuadamente. Pero si se miran los Contratos siquiera superficialmente, y la etapa probatoria así lo corroborará, lo que ellos reflejan es una transacción normal entre dos partes profesionales y sofisticadas que llegaron a términos mutuamente convenientes, y que en virtud de ello maximizaron la posibilidad de que

la Central inyectara energía y potencia al SEN de manera segura y eficiente. Es decir, se cumplió justamente con los objetivos que el DL 211 asume deben darse en todo mercado competitivo y sin costos de transacción.

Lo que tampoco logra explicar la Demanda es cómo conversa el argumento anterior –la supuesta coacción de Transelec hacia TSP– con la aparente indiferencia de esta última para suscribir Contratos poco favorables en lo relativo a la S/E Don Héctor. El principio de no contradicción enseña que dos opuestos no pueden ser ciertos al mismo tiempo. O hay coacción o hay negligencia. Lo primero desde luego no ocurrió, y las Demandantes, ya está dicho, ni siquiera se aventuran en explicar quién, cómo y dónde se habría producido tal coacción; lo segundo sencillamente es inverosímil bajo cualquier lógica de administración patrimonial. Las actoras pretenden hacer creer que TSP sería una especie de interdicta incapaz de gestionar razonablemente sus activos antes de su venta. Lo que enseña la teoría económica más básica es precisamente lo contrario: es al momento de tomarse la decisión sobre una venta que el administrador de sus activos es más cuidadoso con ellos, porque esto afecta el valor de la transacción futura.

Y está, finalmente, el problema del daño anticompetitivo, elemento basal de todo caso de abuso de posición dominante. En concreto, ¿cómo se ha lesionado la libre competencia en este caso? ¿La Central ha dejado de inyectar su energía al SEN? ¿El Pelicano perdió contratos con clientes libres? Pero incluso si así fuera: ¿impactó esto realmente en la competencia en el mercado conexo de la generación eléctrica, de suerte tal que pueda aventurarse que los precios a clientes regulados y libre subirán? De estos aspectos no solo no se hace cargo la Demanda, sino que tampoco han ocurrido.

Como sea, lo que Transelec tampoco entiende es por qué se trae a esta sede una cuestión evidentemente prescrita. La ley es clara: el plazo de prescripción principia su cómputo desde la celebración del acto o contrato cuando quien invoca la infracción es una de las partes de ese acto o contrato. Los contratos son del año 2017. Transelec tiene el justo temor de estar perdiendo el tiempo en un litigio que terminará necesariamente con una declaratoria de prescripción de la acción.

Así como el derecho protege la buena fe no ampara el dolo. Y aquí, H. Tribunal, la contraparte pretende obtener réditos indebidos y no honrar sus compromisos. El DL 211 no está para eso. Transelec tampoco.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: tener por contestada la demanda y rechazarla íntegramente, con costas.