



ANT.: Presentación de don Carlos Sottolichio Urquiza y otro ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para la dictación de instrucciones de carácter general. Rol N° 1779-10 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 03 FEB 2011

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES (S)

Por esta vía, esta División informa a usted respecto de la presentación del Antecedente, sugiriendo el archivo de la misma, en base al análisis que se expone a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de agosto de 2010, don Carlos Sottolichio Urquiza y don Manuel Hernández Vidal, Consejeros Regionales del Consejo Regional Metropolitano de Santiago, efectuaron ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una presentación solicitando la dictación de instrucciones de carácter general de conformidad lo dispuesto el número 3 del artículo 18 del D.L. N° 211.
2. La solicitud se funda en una serie de circunstancias que estarían acaeciendo en los procesos de licitación para el recambio de luminarias públicas en diversas Municipalidades del país, los que, a juicio de los solicitantes, constituirían ilícitos anticompetitivos, consistentes en el establecimiento de barreras que impedirían que nuevos competidores puedan participar en dichos procesos licitatorios.

3. Conforme a lo señalado por los consejeros, los hechos denunciados ocurrirían en la etapa de “aclaratorias” o “consultas” de las bases de licitación¹, en la que integrantes de las denominadas “Comisiones Técnicas Evaluadoras” - influenciadas por empresas distribuidoras- incorporarían criterios pocos transparentes e imparciales de elegibilidad², favoreciendo a dichas empresas³.
4. Lo anterior estaría agravado por la posición privilegiada que ostentan las empresas distribuidoras, quienes al poder participar por medio de sociedades filiales o vinculadas, lo harían en condiciones más favorables que sus competidores.
5. Con fecha 7 de octubre de 2010, el H. Tribunal negó lugar a la solicitud señalada, por considerar que los antecedentes presentados carecen del fundamento suficiente para justificar el inicio de un procedimiento no contencioso para la dictación de instrucciones de carácter general, todo ello sin perjuicio del derecho de los solicitantes de accionar conforme a lo establecido en el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211.

II. EL SERVICIO ASOCIADO A LA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA MATERIA DE LA PRESENTACIÓN ANTE EL H.TRIBUNAL

6. Existen una serie de servicios que son otorgados por las empresas distribuidoras de electricidad que no consisten en el suministro de energía propiamente tal, y que son denominados “servicios asociados” a la distribución.
7. Dentro de dichos servicios asociados, deben distinguirse aquellos regulados de los no regulados, consistiendo los primeros, a partir de lo señalado en el artículo 147 del D.F.L. N° 4 -Ley General de Servicios Eléctricos-, en aquellos

¹ Por tratarse de inversiones de carácter regional, las bases confeccionadas por los Municipios deben contar con la aprobación de la Unidad de Control y Gestión del Gobierno Regional (GORE) correspondiente. Una vez que son aprobadas por dicho organismo, son remitidas a las Municipalidades respectivas, desligándose el GORE del resto del proceso licitatorio.

² La presentación señala algunos ejemplos de dichos criterios a fs. 6: cantidad de años en el mercado, cantidad mínima de puntos luminicos, capital contable mínimo, exigencia de perfiles profesionales fuera de la norma de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, necesidad de estar inscritos en los registros del MINVU y/o del MOP, en circunstancias que para la ejecución de obras de igual naturaleza dichos órganos no realizan tales exigencias, etc.

³ En particular, se refieren a Chilectra y a CGE.

que expresamente han sido calificados por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como sujetos a fijación de precios por parte del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria⁴. En este caso particular, la instalación y recambio de luminarias es un servicio asociado al de distribución de energía eléctrica que no se encuentra regulado.

8. Respecto de los proyectos referidos en la presentación ante el H. Tribunal, ellos se enmarcan en un programa de eficiencia energética que llevan a cabo las diferentes Municipalidades del país y consisten, a rasgos generales, en el recambio de casi la totalidad de los balastros de doble nivel de potencia en todas las luminarias nuevas, con lo cual se lograría un millonario ahorro mensual para los consumidores.
9. Si bien pocas empresas incursionan en un territorio que ha sido generalmente explotado por parte de las distribuidoras que entregan el servicio de distribución en su respectiva zona de concesión, ello encuentra justificación en las economías de escala que presenta la empresa incumbente.
10. Adicionalmente, el servicio de conexión e inspección de los empalmes, asociado a estos programas, no puede ser prestado por terceros, debiendo prestarlo necesariamente la propia concesionaria, la que tiene el monopolio de la intervención de la red de distribución.

III. MERCADO RELEVANTE

12. Esta Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado⁵.

⁴ Decreto N° 197 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción Publicado en el Diario Oficial del 14 de octubre de 2004.

⁵ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

13. En este caso, el mercado relevante afectado corresponde a la prestación del servicio asociado al de suministro energético (distribución) consistente en el recambio de los balastos de doble nivel de potencia de luminarias enmarcado dentro de los programas de eficiencia energética que llevan a cabo las diferentes Municipalidades del país.
14. Es importante destacar que no existen sustitutos perfectos para los servicios asociados al suministro de energía eléctrica, y que la recepción de los mismos, constituye un servicio básico indispensable para la gran mayoría de las viviendas en nuestro país. En ese sentido, todas las construcciones de futuras viviendas que se realicen en la zona, requerirán ineludiblemente de los servicios de distribución actual o de la empresa que en ese momento se encuentre prestando el suministro eléctrico.
15. En cuanto al ámbito geográfico, el mercado abarca, en primer lugar, a la zona de concesión asignada al titular de la concesión de distribución de energía eléctrica correspondiente a la Municipalidad que pretende realizar el recambio de luminarias y, en segundo lugar, a todas aquellas empresas (usuarios actuales y/o potenciales) que ofrezcan este servicio asociado y que se ubican dentro y en las cercanías de la zona de concesión de cada uno de los distribuidores (zona de influencia).

IV. CONDICIONES DE ENTRADA

16. La Fiscalía entiende por barreras a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar⁶.

Barreras Legales

17. Respecto de las concesionarias de distribución de energía eléctrica, cabe destacar el artículo 17 de la Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE"), que

⁶ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006. En www.fne.cl

contempla expresamente la superposición de concesiones de distribución, facultando a terceros para que puedan solicitar concesiones de distribución en un territorio (o parte de él) en el que ya exista una⁷.

18. Por lo tanto, no existirían impedimentos legales para el ingreso de una nueva empresa eléctrica de distribución en la zona⁸.
19. Por otro lado, respecto de las empresas (usuarios actuales y/o potenciales) que ofrezcan este servicio asociado al suministro energético y que se ubican dentro y en las zonas de influencia, es posible señalar que también pueden participar en la propuesta o licitación, ya que, tal como indican las bases, puede participar cualquier persona natural o jurídica que esté inscrita en el portal electrónico de compras públicas del Estado y que, además, cuente con licencia vigente de instalador eléctrico clase "A" otorgada por la Superintendencia de Electricidad y Combustible o el Ministerio de Economía al momento del acto de apertura de la licitación. Si el postulante es una persona jurídica, debe cumplir este requisito al menos uno de sus trabajadores⁹.
20. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible señalar que no existirían mayores impedimentos legales para que una empresa contratista pueda postular a dichos procesos y como se observa de los requisitos anteriormente señalados éstos no representan mayores costos hundidos o activos específicos para el ingreso de una empresa a esta licitación en particular.

V. OTROS ORGANISMOS SON COMPETENTES PARA CONOCER LA PRESENTACIÓN EFECTUADA ANTE EL H. TRIBUNAL

21. En consideración a que la solicitud presentada ante el H. Tribunal se refiere a circunstancias que estarían acaeciendo en la etapa de "aclaratorias" o

⁷ Resolución N°342 de 1990 de la Comisión Resolutiva: *Vistos: 4.- La superposición de concesiones eléctricas tiende a fomentar la libre competencia y a beneficiar a los usuarios mediante la rebaja de tarifas y mejoramiento del servicio...*

⁸No obstante, igualmente se debe considerar que de conformidad al artículo 108 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, sólo la distribuidora se encuentra facultada para intervenir sus redes, dentro de su respectiva zona de concesión.

⁹ Estos requisitos están contemplados en las Bases de las Municipalidades de Colina y Lo Espejo las que, tal como indica el solicitante, tienen el carácter de "Bases Tipo" y que fueron acompañadas al expediente a fojas 45 y 113 respectivamente.

“consultas” de los procesos de licitación cuestionados, existen otras sedes establecidas por la ley, distintas de aquellas dispuestas para la defensa de la Libre Competencia.

22. En efecto, se debe considerar al Tribunal de Contratación Pública, el cual, según lo establece el artículo 24° de la Ley N° 19.886, sobre de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, “(...) *es competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, entre la aprobación de las Bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.*”
23. Además, otra entidad competente es la Contraloría General de la República, que cuenta con la facultad de conocer los eventuales vicios sucedidos en los procesos licitatorios o, por ejemplo, frente a la concurrencia de ilícitos administrativos vinculados con transgresiones a la normativa sobre probidad administrativa prevista en la Ley General de Bases Generales de la Administración del Estado; lo anterior, sin perjuicio, además, de otras eventuales responsabilidades envueltas en la comisión de los mismos, como acontecería con las eventuales influencias ejercidas respecto de funcionarios Municipales en los procesos de aclaratorias.

VI. CONCLUSIONES

24. Del análisis de los antecedentes, se concluye que en este caso no existen elementos suficientes que den cuenta de eventuales infracciones al Decreto Ley N° 211 que justifiquen la apertura de una investigación. En efecto, los antecedentes dan cuenta de una presentación realizada ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la que fue rechazada por dicho organismo – sin que exista una denuncia o remisión de antecedentes formal a esta Fiscalía.
25. Además, cabe considerar que existen otros organismos con competencia para conocer de las circunstancias planteadas en este caso, como el Tribunal de Contratación Pública y la Contraloría General de la República. Por lo tanto, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico decretar el archivo de los

antecedentes, sin perjuicio de las atribuciones de otras instancias jurisdiccionales o administrativas.

Saluda atentamente a usted,



MARIO YBAR ABAD

JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES (S)



POS/BAY